

TJ-RJ

■ VOLUME 116 ■

Revista de
Direito

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA
Dano Ambiental - Imprescritibilidade

- **A Norma da Proporcionalidade – Algumas Controvérsias Doutrinárias**
- **Proteção de Dados Pessoais Intangíveis**

Diretoria-Geral
de Comunicação e de
Difusão do Conhecimento

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

DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Nº 116 - 2019
jan./abr.

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 Captação do Conhecimento - (DICAC)

Ana Claudia Elsuffi Buscacio

Capa e 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

Desembargador CLÁUDIO DE MELLO TAVARES

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA

Desembargador BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO

1º VICE-PRESIDENTE

Desembargador REINALDO PINTO ALBERTO FILHO

2º VICE-PRESIDENTE

Desembargador PAULO DE TARSO NEVES

3º VICE-PRESIDENTE

Desembargadora ELISABETE FILIZZOLA ASSUNÇÃO

REVISTA DE DIREITO

DIREÇÃO DA REVISTA

Diretor: Desembargador SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES

EQUIPE TÉCNICA

ANDRÉA DE ASSUMPTÃO RAMOS PEREIRA (Chefe de Serviço)

CLAUDIA SILVEIRA SERRA DE CASTRO GONÇALVES

WANDERLEI BARREIRO LEMOS

ÓRGÃO ESPECIAL

Des. LUIZ ZVEITER
 Des. ANTÔNIO EDUARDO FERREIRA DUARTE
 Des^a. NILZA BITAR
 Des^a. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR
 Des^a. MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO
 Des. REINALDO PINTO ALBERTO FILHO
 Des. MILTON FERNANDES DE SOUZA
 Des. OTÁVIO RODRIGUES
 Des. NILDSO ARAÚJO DA CRUZ
 Des. NAGIB SLAIBI FILHO
 Des. ADRIANO CELSO GUIMARÃES
 Des. BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO
 Des^a. ELISABETE FILIZZOLA ASSUNÇÃO
 Des. CLAUDIO DE MELLO TAVARES
 Des. MARCO ANTONIO IBRAHIM
 Des^a. LEILA MARIA R. P. DE CARVALHO E ALBUQUERQUE
 Des. ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA
 Des. PAULO DE TARSO NEVES
 Des. ELTON MARTINEZ CARVALHO LEME
 Des^a. KATYA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT
 Des^a. MARIA ANGÉLICA GUIMARÃES GUERRA GUEDES
 Des. ANTÔNIO ILOÍZIO BARROS BASTOS
 Des. ADOLPHO CORREA DE ANDRADE MELLO JÚNIOR
 Des^a. SANDRA SANTARÉM CARDINALI

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Des. CLÁUDIO DE MELLO TAVARES
 Des. BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO
 Des. REINALDO PINTO ALBERTO FILHO
 Des. PAULO DE TARSO NEVES
 Des^a. ELISABETE FILIZZOLA ASSUNÇÃO
 Des. LUIZ FELIPE MIRANDA DE MEDEIROS FRANCISCO

Des^a. RENATA MACHADO COTTA
 Des. FÁBIO DUTRA
 Des. SIDNEY ROSA DA SILVA
 Des. SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Des. FERNANDO ANTÔNIO DE ALMEIDA
 Des. CAIRO ÍTALO FRANÇA DAVID
 Des^a. CLAUDIA PIRES DOS SANTOS FERREIRA
 Des. PLÍNIO PINTO COELHO FILHO
 Des^a. MARIA ISABEL PAES GONÇALVES

COMISSÃO DE LEGISLAÇÃO E NORMAS

Des. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO
 Des. ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO AMADO
 Des^a. 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
 Des^a. MARIA ISABEL PAES GONÇALVES
 Des. LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES FILHO

3ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. HELDA LIMA MEIRELES
Des. FERNANDO FOCH DE LEMOS
ARIGONY SILVA
Des. MÁRIO ASSIS GONÇALVES
Des^a. RENATA MACHADO COTTA
Des. PETERSON BARROSO SIMÃO

4ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO
DE FIGUEIREDO
Des. MARCO ANTONIO IBRAHIM
Des. ANTÔNIO ILOÍZIO BARROS BASTOS
Des^a. MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA
COSTA
Des^a. MARIA HELENA PINTO MACHADO
MARTINS

5ª CÂMARA CÍVEL

Des. HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE
FIGUEIRA
Des^a. CRISTINA TEREZA GAULIA
Des. HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES
Des^a. CLAUDIA TELLES DE MENEZES
Des^a. DENISE NICOLL SIMÕES

6ª CÂMARA CÍVEL

Des. NAGIB SLAIBI FILHO
Des. BENEDICTO ULTRA ABICAIR
Des^a. TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES
Des^a. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO
Des^a. 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 SABÓIA RINALDI DE
CARVALHO

8ª CÂMARA CÍVEL

Des. ADRIANO CELSO GUIMARÃES
Des^a. MÔNICA MARIA COSTA DI PIERO
Des^a. 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
Des^a. DANIELA BRANDÃO FERREIRA

10ª CÂMARA CÍVEL

Des. JOSÉ CARLOS VARANDA DOS SANTOS
Des. CELSO LUIZ DE MATOS PERES
Des. PEDRO SARAIVA DE ANDRADE LEMOS
Des^a. 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
Des^a. 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
 Des^a. SIRLEY ABREU BIONDI
 Des. GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO
 Des. MAURO PEREIRA MARTINS

14ª CÂMARA CÍVEL

Des. JOSÉ CARLOS PAES
 Des. CLÉBER GHELLENSTEIN
 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
 Des^a. JACQUELINE LIMA MONTENEGRO
 Des^a. 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
 Des^a. MÁRCIA FERREIRA ALVARENGA
 Des^a. 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
 Des^a. MARGARET DE OLIVAES VALLE
 DOS SANTOS

19ª CÂMARA CÍVEL

Des. MILTON FERNANDES DE SOUZA
 Des. FERDINALDO NASCIMENTO
 Des. GUARACI DE CAMPOS VIANNA
 Des^a. VALÉRIA DACHEUX NASCIMENTO
 Des. LÚCIO DURANTE

20ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR
 Des^a. CONCEIÇÃO APARECIDA
 MOUSNIER T. GUIMARÃES PENA
 Des^a. MARÍLIA DE CASTRO NEVES
 VIEIRA
 Des^a. MÔNICA DE FARIA SARDAS
 Des^a. MARIA DA GLÓRIA OLIVEIRA
 BANDEIRA MELLO

21ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. DENISE LEVY TREDLER
 Des. PEDRO FREIRE RAGUENET
 Des. ANDRÉ EMÍLIO RIBEIRO VON
 MELENTOVYTCH
 Des^a. REGINA LÚCIA PASSOS
 Des^a. MÔNICA FELDMAN DE MATTOS

22ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. 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

Des^a. 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

Des^a. NILZA BITAR

Des. ALCIDES DA FONSECA NETO

Des^a. ANDRÉA FORTUNA TEIXEIRA

Des^a. CÍNTIA SANTARÉM CARDINALI

Des. LUIZ ROBERTO AYOUB

25ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. LEILA MARIA R. PINTO DE
CARVALHO E ALBUQUERQUE

Des. WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO

Des. SÉRGIO SEABRA VARELLA

Des^a. MARIANNA FUX

Des. LUIZ FERNANDO DE ANDRADE
PINTO

26ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA

Des^a. SANDRA SANTARÉM CARDINALI

Des^a. 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

Des^a. LUCIA HELENA DO PASSO

Des^a. TEREZA CRISTINA SOBRAL
BITTENCOURT SAMPAIO

Des^a. MARIA LUIZA DE FREITAS
CARVALHO

SEÇÃO CÍVEL

Des. REINALDO PINTO ALBERTO FILHO

Des. MÁRIO ASSIS GONÇALVES

Des^a. MARÍLIA DE CASTRO NEVES
VIEIRA

Des. AGOSTINHO TEIXIRA DE ALMEIDA
FILHO

Des. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO
TORRES

Des. ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO
FREITAS CÂMARA

Des. CLAUDIO LUIS BRAGA DELL'ORTO

Des. EDUARDO GUSMÃO ALVES DE
BRITO NETO

Des^a. CLAUDIA PIRES DOS SANTOS
FERREIRA

Des^a. MARIA REGINA FONSECA NOVA
ALVES

Des. MARCELO LIMA BUHATEM

Des^a. CLAUDIA TELLES DE MENEZES

Des. ANDRÉ EMÍLIO RIBEIRO VON
MELENTOVYTCH

Des. GILBERTO CAMPISTA GUARINO

Des. LUCIANO SABOIA RINALDI DE
CARVALHO

Des^a. MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA
COSTA

Des^a. VALÉRIA DACHEAUX NASCIMENTO

Des^a. FLÁVIA ROMANO DE REZENDE

Des. JUAREZ FERNANDES FOLHES

Des. JOSÉ ROBERTO PORTUGAL
COMPASSO

Des. AUGUSTO ALVES MOREIRA JÚNIOR

Des^a. NATACHA NASCIMENTO GOMES
TOSTES GONÇALVES DE OLIVEIRA

Des. LUIZ HENRIQUE OLIVEIRA MARQUES

Des. SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA
FERNANDES

Des. WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO

Des. JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI

Des. MARCOS ANDRÉ CHUT

Des. LUIZ ROBERTO AYOUB

CÂMARAS CRIMINAIS**1ª CÂMARA CRIMINAL**

Des. LUIZ ZVEITER

Des. MARCUS HENRIQUE PINTO
BASÍLIO

Des. ANTÔNIO JAYME BOENTE

Des^a. KATYA MARIA DE PAULA
MENEZES MONNERATDes^a. MARIA SANDRA ROCHA KAYAT
DIREITO**2ª CÂMARA CRIMINAL**Des. CELSO FERREIRA FILHO
Des. ANTÔNIO JOSÉ FERREIRA
CARVALHODes^a. KÁTIA MARIA AMARAL JANGUTTADes^a. ROSA HELENA PENNA MACEDO GUITADes. FLÁVIO MARCELO DE AZEVEDO
HORTA FERNANDES**3ª CÂMARA CRIMINAL**Des. ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO
AMADODes^a. SUIMEI MEIRA CAVALIERIDes^a. MÔNICA TOLLEDO DE OLIVEIRADes. PAULO SÉRGIO RANGEL DO
NASCIMENTO

Des. CARLOS EDUARDO FREIRE ROBOREDO

4ª CÂMARA CRIMINALDes. ANTÔNIO EDUARDO FERREIRA
DUARTEDes^a. GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA

Des. FRANCISCO JOSÉ DE ASEVEDO

Des^a. MÁRCIA PERRINI BODART

DES. JOÃO ZIRALDO MAIA

5ª CÂMARA CRIMINAL

Des. CAIRO ÍTALO FRANÇA DAVID

Des. PAULO DE OLIVEIRA LANZELLOTTI
BALDEZDes^a. DENISE VACCARI MACHADO PAES

Des. LUCIANO SILVA BARRETO

Des. MARCELO CASTRO ANÁTOCLES
DA SILVA FERREIRA**6ª CÂMARA CRIMINAL**

Des. NILDSO ARAÚJO DA CRUZ

Des^a. 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

Des^a. MARIA ANGÉLICA GUIMARÃES
GUERRA GUEDES

Des. SIDNEY ROSA DA SILVA

Des. JOSÉ ROBERTO LAGRANHA TÁVORA

Des. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA
NETO**8ª CÂMARA CRIMINAL**Des^a. SUELY LOPES MAGALHÃES

Des. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA

Des^a. ELIZABETE ALVES DE AGUIARDes. CLÁUDIO TAVARES DE OLIVEIRA
JÚNIORDes^a. 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 25 de abril de 2019)

SUMÁRIO

- **DOCTRINA**

A Norma da Proporcionalidade – Algumas Controvérsias Doutrinárias

ANDRÉA BARROSO SILVA15

Proteção de Dados Pessoais Intangíveis

JORGE LOBO.....57

- **JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....61**

- **JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA – DANO AMBIENTAL - IMPRESCRITIBILIDADE107**

- **JURISPRUDÊNCIA CÍVEL.....177**

- **JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL.....257**

- **ÍNDICE DE ACÓRDÃOS POR ASSUNTO.....297**

- **ÍNDICE DE ACÓRDÃOS POR RELATOR.....307**

- **ÍNDICE DE ACÓRDÃOS POR ORDEM NUMÉRICA.....309**

DOCTRINA

A NORMA DA PROPORCIONALIDADE: ALGUMAS CONTROVÉRSIAS DOCTRINÁRIAS

ANDRÉA BARROSO SILVA

Juíza de Direito do TJRJ

NOTA DE LEITURA

O presente relatório foi realizado para ser apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no Curso de Aperfeiçoamento Conducente ao Mestrado de Direitos Fundamentais 2009/2010, referente à disciplina de Direitos Fundamentais, cujo tema é Ponderação e Direitos Fundamentais.

O relatório foi escrito no português utilizado no Brasil, o que, por vezes, significa que algumas palavras são escritas de forma diferente daquela adotada em Portugal, eis que não foram consideradas as mudanças introduzidas pela reforma ortográfica.

As citações bibliográficas foram feitas pelo nome completo do autor, seguido do título integral da obra, além de informação referente à editora, número, local e data da edição (sempre que disponíveis), na primeira vez na qual a obra é referida, seguida do número da página. Nas demais, foram indicados o nome completo do autor, mas somente a referência de que a obra foi anteriormente citada (ob. citada), ou com o início do título quando houver mais de um título do mesmo autor (ex.: ALEXY, Robert. “*On Balancing...*”), seguida do número da página.

I – INTRODUÇÃO

Trata-se o presente estudo de relatório a ser apresentado no Curso Conducente ao Mestrado Científico de Direitos Fundamentais, na disciplina de Direitos Fundamentais, cujo tema é Ponderação e Direitos Fundamentais.

No presente relatório nos propomos realizar um estudo sobre a norma da proporcionalidade, especialmente no que se refere a sua natureza jurídica e ao uso das diferentes terminologias atribuídas à mesma.

Tratando-se da cadeira de Ponderação e Direitos Fundamentais, a escolha do tema deste relatório se deve, especialmente, a três motivos: a) a natureza jurídica da maioria das normas de direitos fundamentais, qual seja, a de princípios,¹ cujo método de solução de conflitos

1 ROBERT ALEXY afirma que a tese central da teoria dos direitos fundamentais que desenvolveu “é a de que os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização” (Theorie der Grundrechte, 5ª edição,

normativos que os envolvem é, segundo grande parte da doutrina, a ponderação;² b) a íntima relação entre ponderação e proporcionalidade, o que pode-se extrair da lição de ROBERT ALEXY, que afirma que no direito constitucional alemão, a ponderação é parte do que é exigido por um princípio mais abrangente, qual seja, o princípio da proporcionalidade, consistente em três sub-princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito;³ c) a importância atribuída à norma da proporcionalidade, que tem como essência e destinação, a preservação dos direitos fundamentais.⁴

Diversas são as manifestações doutrinárias que destacam a importância da norma da proporcionalidade, como GILMAR MENDES, que assevera que “o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder”,⁵ e ainda

Suhrkamp Verlag, 2006, traduzido para o português Teoria dos Direitos Fundamentais, por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, Ed. Malheiros, São Paulo, 2008, p. 575). GOMES CANOTILHO afirma que muitas normas jurídico-constitucionais têm a natureza tendencialmente principal (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Editora Almedina, 7ª edição, p. 1.241).

2 Segundo ROBERT ALEXY, o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que aquelas são normas que são satisfeitas ou não, ou seja, se ela vale, então, deve-se fazer exatamente o que ela determina, nem mais, nem menos. Já os princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, funcionando como mandamentos de otimização, que significa que podem ser satisfeitos em graus variados, de acordo com as normas colidentes (*Theorie...*, pp. 90/91). HUMBERTO ÁVILA afirma que a teoria moderna do Direito Público, baseada nos ensinamentos de RONALDO DWORCKIN e ROBERT ALEXY, que sustentam uma divisão forte entre regras e princípios, tem por um dos fundamentos o modo de aplicação de cada uma dessas espécies normativas, qual seja, regras são aplicadas por subsunção e princípios, por ponderação (Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos, Editora Malheiros, 10ª edição, p. 87). GOMES CANOTILHO afirma que ponderação é método característico de solução de conflitos normativos que envolvam princípios (CANOTILHO, J. J. GOMES, ob. citada, p. 1.241). MARTÍN BOROWSKI, citando J.R. SIECKMANN, afirma que a forma de aplicação dos princípios é a ponderação, enquanto das regras é a subsunção (MARTÍN BOROWSKI, “La Restricción de los Derechos Fundamentales”, traduzido para o espanhol por RODOLFO ARANGO, in Revista Espanhola de Derecho Constitucional, ano 20, nº 59, Maio/Agosto - 2000, p. 36). Por outro lado, DAVID DUARTE sustenta que a ponderação é o método de solução de conflito normativo concreto, não resolúvel por normas de conflitos, independentemente, portanto, da natureza da norma (“Drawing Up the Boundaries of Normative Conflicts that Lead to Balances”, ainda inédito, p. 1).

3 ALEXY, Robert. “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *Ratio Juris*, Vol. 16, nº 2, Junho- 2003, p. 135. O original em inglês assim dispõe: “In German law, balancing is one part of what is required by a more comprehensive principle. This more comprehensive principle is the principle of proportionality (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). The principle of proportionality consists of three sub- principles: the principles of suitability, of necessity, and of proportionality in the narrow sense”.

4 GUERRA FILHO, WILLIS SANTIAGO, “Notas em Torno ao Princípio da Proporcionalidade”, in *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, Jorge Miranda (Org.), Vol. I, Coimbra Editora, 1997, p. 253

5 Mendes, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 3ª edição, revista e ampliada, Editora Saraiva, São Paulo, 2004, p. 64

JORGE REIS NOVAIS, que afirma que a doutrina portuguesa fez formalmente do princípio da proporcionalidade o núcleo central dos requisitos materiais exigidos às restrições aos direitos fundamentais.⁶

Considerando tratar-se de um relatório a ser apresentado no Curso Conducente ao Mestrado Científico, de âmbito limitado, portanto, seja pelo propósito, seja por suas limitações físicas, o presente estudo não tem a pretensão de esgotar o tema, abordando todas as questões relativas à norma da proporcionalidade.

Negativamente, encontra-se este relatório delimitado à norma da proporcionalidade, sendo certo que não serão abordados os assuntos conexos anteriormente mencionados, como o método da ponderação e as diversas espécies de conflitos normativos resolúveis pelo mesmo, através da norma da proporcionalidade, eis que tal propósito demandaria um estudo de proporções monográficas, extrapolando os objetivos deste relatório.

Com a elaboração do presente relatório, pretendemos aclarar algumas questões controvertidas sobre a norma da proporcionalidade, uma das quais, inclusive, se manifesta já na terceira citação acima referenciada, ligada à natureza jurídica da norma.

Embora ROBERT ALEXY refira-se ao princípio⁷ da proporcionalidade, como se demonstrará no decorrer do presente estudo, o autor não considera que seja esta a natureza jurídica da referida norma, embora outros doutrinadores assim o façam.

Ao discorrer sobre a norma da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro, LUÍS ROBERTO BARROSO afirma que o “princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade não está expresso na Constituição”,⁸ enquanto GOMES CANOTILHO, no direito português, também inclui o termo “proibição de excesso”, além de “razoabilidade” para referir-se à mesma norma.⁹

Como se pode verificar, a questão terminológica da norma da proporcionalidade, fortemente marcada por uma oscilação semântica, nas palavras de REIS NOVAIS,¹⁰ também é uma questão controvertida sobre a referida norma, e, por isso, será objeto deste relatório.

O estudo, assim, terá como objetivo principal trazer à baila a discussão sobre as contro-

6 NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Editora Coimbra, 2003, p. 730

7 Optamos por transcrever, na respectiva nota de rodapé, o trecho citado no original em inglês, para que se possa verificar a fidelidade da tradução quanto ao termo “principle”.

8 Barroso, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 7ª edição atualizada, Ed. Renovar, Rio de Janeiro-São Paulo, 2003, p. 314

9 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Obra citada*, p. 268.

10 NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições...*, pp. 729 e ss.

vérsias acerca da natureza jurídica da norma da proporcionalidade e a terminologia utilizada para referir-se à mesma.

O presente estudo encontra-se dividido em 5 (cinco) capítulos, sendo, o primeiro, a presente Introdução.

O capítulo II será dedicado à origem da norma da proporcionalidade, bem como às fontes da mesma, sejam implícitas ou explícitas no ordenamento jurídico português e brasileiro.

No capítulo III, as questões controvertidas supra referidas, que constituem o objetivo principal do estudo, serão trabalhadas, ocasião em que abordaremos, na primeira parte do capítulo, a natureza jurídica da norma da proporcionalidade, e, na segunda, as oscilações semânticas relativas à terminologia da mesma.

No capítulo IV, trataremos dos elementos parciais da norma da proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sem aprofundamento em cada elemento, devido à delimitação negativa do estudo já anteriormente explicitada.

O último capítulo será dedicado à conclusão, quando pretendemos, através da análise do que foi exposto, tecer os comentários finais sobre as questões controvertidas constantes do capítulo III, sem pretensão de darmos uma resposta definitiva a questões tão amplamente discutidas na doutrina.

II – A NORMA DA PROPORCIONALIDADE

II.1 – Gênese

Reconhecida por sua grande importância na disciplina da teoria dos direitos fundamentais, a norma da proporcionalidade, considerada instrumento indispensável na ponderação de princípios, e identificado como o terceiro elemento/máxima parcial/sub-regra ou subprincípio da proporcionalidade, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito,¹¹ através do qual se busca alcançar a justa proporção na ponderação entre os valores constitucionais envolvidos na limitação a qualquer direito fundamental,¹² tem sua origem discutida na doutrina.

Afirma WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO “que o princípio da proporcionalidade remonta ao próprio moderno estado de direito, respaldado em uma constituição que visa

11 ALEXY, Robert. “Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático”, traduzido para o português, *in Revista de Direito Administrativo* n° 217, julho/setembro, 1999, pp. 67/79.

12 BINENBOJM, Gustavo. “Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo”, *in Interesse Público vs Interesse Privado: Desconstituindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, DANIEL SARMENTO (Org.), Editora Lumen Juris, 3ª tiragem, Rio de Janeiro, 2010, p. 164.

manter o equilíbrio e respeito entre o Estado e os indivíduos que o compõem, a quem são reconhecidos direitos fundamentais inalienáveis”.

Um importante marco histórico, ainda segundo o mesmo autor, seria a Magna Carta Inglesa de 1215, origem do Bill of Rights de 1689, que impôs limitações ao poder estatal para restringir a liberdade individual.¹³

LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, afirma que tal assertiva não é correta, embora muito defendida por diversos doutrinadores, afirmando que na Inglaterra, teria se originado, através desses documentos históricos, o princípio da irrazoabilidade, passando a ser discutida a norma da proporcionalidade no direito inglês somente após o Human Rights Act em 1998.¹⁴

HEINRICH SCHOLLER afirma que o princípio da proporcionalidade se desenvolveu no âmbito do direito administrativo na Alemanha, no século XIX. Afirma, ainda, que tal princípio acabou tendo reconhecimento doutrinário e jurisprudencial com a vigência da Lei Fundamental da Alemanha em 1949.¹⁵

A maioria da doutrina afirma que a ideia de proporcionalidade surgiu como limitação do poder de polícia no direito administrativo, sendo posteriormente transplantado para o Direito Constitucional, sobretudo pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, com o advento da Lei Fundamental de Bonn, a partir de 1949.

A partir de 1955, no Direito Alemão aparece a primeira monografia dedicada ao tema, realizada por RUPPRECHT V. KRAUSS, estabelecendo o autor uma associação entre a norma da proporcionalidade e o Estado de Direito, condicionando sua aplicabilidade ao exercício do legislador, extrapolando assim o âmbito de atuação do direito administrativo. No ano seguinte, GÜNTER DÜRIG, em artigo publicado no Arquivo de Direito Público, defende a tese de que o art. 1º, da Lei Fundamental da Alemanha Ocidental, impõe o respeito pela dignidade da pessoa humana, incluindo a norma da proporcionalidade no plano constitucional, pois considera que violaria a dignidade da pessoa humana, qualquer pessoa ser importunada por emprego de meios mais rigorosos do que exige a consecução dos fins do Estado. Outro

13 GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Dignidade Humana, Princípio da Proporcionalidade e Teoria dos Direitos Fundamentais”, in **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**, Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva (Coord.), São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 307.

14 SILVA, Luís Virgílio Afonso da, “O Proporcional e o Razoável”, in **Revista dos Tribunais**, Ano 91 – abril de 2002 - volume 798, p. 29.

15 SCHOLLER, Heinrich. “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha”, in **Revista Interesse Público**, nº 02, 1999, traduzido por INGO WOLFGANG SARLET, p. 93. O autor afirma que até a promulgação da Lei Fundamental Alemã de 1949, a ideia era de que os direitos fundamentais valiam somente na medida das leis, e somente com o advento da mesma, especialmente pelo disposto no art. 1º, inc. III, é que tanto a administração quanto o legislador e os órgãos judicantes passaram a ser objeto de vinculação à Constituição e aos direitos fundamentais nela consagrados, o que representou uma radical mudança no pensamento e concepção dos direitos fundamentais (p. 95).

importante estudo de 1961, de PETER LERCHE, também trata do mesmo tema.¹⁶

A doutrina aponta o início da década de 1970 como marco para a utilização da norma da proporcionalidade, tal como ela é hoje entendida, pelo Tribunal Constitucional alemão,¹⁷ citando diversos doutrinadores, como WILLIS SANTIAGO,¹⁸ a seguinte passagem extraída do julgado BVerfGE 30:292 (316), de março de 1971, também citada por GILMAR MENDES¹⁹ e PAULO BONAVIDES,²⁰ que segundo afirmam, foi o primeiro julgado do Tribunal Constitucional Alemão que se utilizou a norma da proporcionalidade, nos termos atualmente entendidos, *verbis*:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.

Com esse julgado, verifica-se que a norma da proporcionalidade surge na realidade jurídica com o fim de limitar a limitação dos direitos, no exercício do poder. Afirma JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO que pela norma da proporcionalidade passa todo o controle jurídico da atuação do Estado, sobretudo em relação aos limites e restrições aos direitos, liberdades e garantias, especialmente dos direitos fundamentais.²¹

Diferentemente da maioria da doutrina, VITALINO CANAS identifica no julgado de 1958 relativo ao caso das farmácias o primeiro julgado do Tribunal Constitucional Alemão, no qual a norma da proporcionalidade foi utilizada, distinguindo seus três subprincípios.²²

16 GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Princípio da proporcionalidade e devido processo legal”, in **Interpretação Constitucional**. Virgílio Afonso da Silva (Org.), Ed. Malheiros, 1ª ed., 2ª tiragem, pp. 258/259.

17 CLÉRICO, Laura. *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, 1ª ed. Buenos Aires: Universidade de Buenos Aires, 2009 - fl. 25; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da Proporcionalidade...*, p. 262.

18 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da Proporcionalidade...*, p. 262

19 MENDES, Gilmar. *Obra citada*, p. 48.

20 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 22ª ed. revista e ampliada. Ed. Malheiros, São Paulo, 2008, p. 409.

21 ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais – Introdução Geral - Princípios**, Estoril, abril de 2007, p. 125.

22 CANAS, Vitalino. “O Princípio da Proibição do Excesso na Constituição: Arqueologia e Aplicações”, in **Perspectivas Constitucionais - Nos 20 Anos da Constituição de 1976**, Vol. II, Jorge Miranda (Org.), Ed. Coimbra, p. 331.

Segundo o mesmo autor, no direito português, foram AFONSO QUEIRÓ e A. BARBOSA DE MELO, em 1967, que fizeram a primeira referência à obra de LERCHE, sem contudo tratar especificamente da norma da proporcionalidade. Posteriormente, VITAL MOREIRA em “A ordem jurídica do capitalismo” em 1973 abordou o mesmo tema, mas coube a J. J. GOMES CANOTILHO tratá-lo pela primeira vez na doutrina portuguesa de forma estruturada e desenvolvida, em 1974, em O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos, não tendo, todavia, a atenção do mundo jurídico, fazendo com que o assunto fosse efetivamente discutido após a promulgação da Constituição da República 1976, sobretudo na obra Direito Constitucional. Tópicos de Estudo, do mesmo autor.²³

GILMAR MENDES, citando KONRAD HESSE, reconhece na norma da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas, mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.^{24 25}

A importância da norma da proporcionalidade no atual sistema de direitos fundamentais é tão grande, que os doutrinadores defendem que toda e qualquer limitação a direitos fundamentais deve ser justificada à luz da mesma.

II.2 – Fonte

Segundo ROBERT ALEXY, a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e esta implica aquela, afirmando, ainda, que o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais implica a necessidade de ponderação quando entram em colisão. Afirma o autor que qualquer outra busca de fundamentar a norma da proporcionalidade no Estado de Direito, na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça são bem-vindos, mas não são necessários.²⁶

Diante desse entendimento, o princípio da proporcionalidade não necessitaria encontrar-se normatizado na Constituição, eis que seria uma decorrência da natureza principiológica das normas de direitos fundamentais.

Não obstante, WILLIS SANTIAGO sustenta, com base na doutrina alemã defendida por PETER LERCHE e GÜNTER DÜRIG, que a Lei Fundamental Alemã, em seu artigo 19, contempla expressamente o princípio da proporcionalidade, ao dispor que os direitos

23 CANAS, Vitalino. Obra citada, pp. 341/342.

24 MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**, 3ª ed. rev. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 45.

25 Quanto ao núcleo essencial, resumidamente, tem-se a teoria absoluta (cada direito fundamental tem um núcleo essencial onde não se pode intervir em nenhuma hipótese) e a relativa (núcleo essencial é o que restará após a ponderação e, se respeitar a regra da proporcionalidade, e mesmo que nada reste, não há violação do núcleo essencial, o que somente ocorre em casos raros), conforme ROBERT ALEXY, *Theorie...*, pp. 297/298.

26 ALEXY, Robert. *Theorie...*, pp. 116/120.

fundamentais jamais devem ser ofendidos em sua essência. Segundo o autor, é o referido princípio que estabelece o limite da ofensa ao direito fundamental que não se deve ultrapassar, decorrendo desta exigência, a norma da proporcionalidade, que possibilita a efetivação dessa proteção.²⁷

Já GILMAR TEIXEIRA sustenta que não há norma positivada na Constituição Federal Alemã que seja a fonte de tal princípio, afirmando que, no direito alemão, este teria “qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito”.²⁸

De mesma posição doutrinária, é o ensinamento de PAULO BONAVIDES, que afirma que o princípio da proporcionalidade independe de explicitação no texto constitucional, porque está diretamente ligado à essência e natureza do Estado de Direito,²⁹ afirmando que tal entendimento prevalece na doutrina alemã. A mesma questão é defendida por JORGE REIS NOVAIS,³⁰ LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA,³¹ e Laura Clérico.³²

No direito português, a norma da proporcionalidade está expressamente consagrada na Constituição da República, relativamente ao regime de restrição aos direitos fundamentais (art. 18º, nº 2) e como princípio fundamental da Administração Pública (art. 266º, nº 2), para além de diversas outras referências expressas (arts. 18º, nº 3; 19º, nº 3, 4 e 8; 272º, nº 2 e 282º, nº 4), como reconhecido pela doutrina pátria (JOSÉ MELO ALEXANDRINO,³³ JORGE REIS NOVAIS,³⁴ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE³⁵ e J. J. GOMES CANOTILHO³⁶).

27 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade..., fl. 262.

28 MENDES, Gilmar. Ob. citada, p. 47.

29 BONAVIDES, Paulo. Ob. citada, pp. 400/401.

30 NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**, Coimbra Editora, 2004, p. 161. O autor afirma que a norma da proporcionalidade, que nomina de princípio, é atualmente “referência fundamental”, “principal instrumento” e “chave” do controle da atuação dos poderes públicos em Estado de Direito, em particular no âmbito dos limites dos direitos fundamentais, que se pode considerar supérflua sua fundamentação constitucional, eis que o mesmo decorre da própria ideia de Estado de Direito.

31 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional**..., p. 42.

32 CLÉRICO, Laura. “El examen”, pp. 26/27, na qual afirma que “El examen de proporcionalidad en sentido amplio no es exigido por la Ley Fundamental (Grundgesetz, en adelante LF) en forma expresa. Sin embargo, el rango constitucional de este mandato es reconocido en general, ya que su validez y rango puede ser fundamentada con múltiples argumentos”.

33 ALEXANDRINO, José de Melo. Ob. citada, pp. 124.

34 NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições*..., pp. 729 e ss.

35 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Ed. Almedina, 4ª edição, p. 226.

36 CANOTILHO, J. J. Gomes. Ob. citada, pp. 271.

No direito brasileiro, alguns autores vislumbram no disposto no parágrafo 2º, do artigo 5º da Constituição Federal,³⁷ a normatização da norma da proporcionalidade. Todavia, sustenta LUÍS VIRGÍLIO,³⁸ com base nos ensinamentos de ALEXY, que independentemente deste dispositivo constitucional, a exigibilidade da regra da proporcionalidade decorre da própria estrutura dos direitos fundamentais, como “mandamentos de otimização”. No mesmo sentido, HUMBERTO ÁVILA.³⁹

PAULO BONAVIDES afirma que o princípio da proporcionalidade é direito positivo em nosso ordenamento constitucional, fluindo do espírito do parágrafo 2º, do art. 5º, da Carta Magna, embora não formulado como norma jurídica global, estando abrangido pela parte não escrita dos Direitos e Garantias da Constituição.⁴⁰

A nós nos parece que todos esses fundamentos são válidos, decorrendo a norma da proporcionalidade, como sustenta Reis Novais, tanto do princípio do Estado de Direito como da essência dos direitos fundamentais.⁴¹

III – CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS

III.1 – Natureza Jurídica - As diferentes classificações na Doutrina

Conforme ressaltado na Introdução, a natureza jurídica da norma da proporcionalidade é discutida por toda a doutrina, não havendo consenso a respeito, o que é ainda alimentado, a nosso ver, pelo uso indiscriminado do termo “princípio da proporcionalidade”, sem que necessariamente se refira a princípio como espécie normativa.

Visando discutir a presente questão, nos indagamos: sendo a proporcionalidade uma norma jurídica, como seria classificada na clássica distinção de normas, entre regras e princípios?

Segundo RONALD DWORKIN, as regras possuem uma dimensão de validade e, por isso, são aplicadas da maneira tudo-ou-nada, ou seja, dados os fatos que uma regra estipula,

37 Dispõe o parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal do Brasil: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

38 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional..., pp. 43/44.

39 ÁVILA, Humberto. “A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade” in *Revista de Direito Administrativo*, nº 215, Janeiro/Março-1999, Brasil, p. 160.

40 BONAVIDES, Paulo. *Obra Citada*, p. 436. Afirma o autor “que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade”.

41 NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições...*, p. 733. Afirma o autor que todos os direitos fundamentais se reúnem nos valores do Estado de Direito democrático e social, no qual convergem os princípios de justiça, dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade.

então ou a regra é válida, e neste caso, a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida e neste caso em nada contribui para a decisão. Já os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância, e quando se entrecruzam, aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um.⁴²

DWORKIN ainda vislumbra a existência de um terceiro tipo de norma, que são as “policies”, que são tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria econômica, política ou social da comunidade, enquanto o princípio seria o padrão que deve ser observado não porque vá promover ou assegurar tais melhorias, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Todavia, o próprio autor reconhece que esses conceitos de políticas e princípios muitas vezes se confundem.⁴³ ALEXY, ao comentar a teoria de DWORKIN, afirma que as políticas e os princípios, estariam abrangidos por um conceito amplo de princípios, diferenciando-se quanto ao tipo de interesse que visa proteger: se particular (princípio), se coletivo (política).⁴⁴

A partir do desenvolvimento da teoria dworkiana, ROBERT ALEXY sustenta que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São “mandamentos de otimização” que podem ser satisfeitos em graus variados, dependendo a medida de sua satisfação das possibilidades fáticas e jurídicas, que são determinadas pelas regras e princípios colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas, contendo “determinações” no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.⁴⁵ Regras são mandamentos definitivos em contraposição aos princípios, que são mandamentos de otimização, havendo uma diferença de qualidade entre essas classes de normas, e não só de grau.⁴⁶

42 DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**, tradução para o português Levando os Direitos a Sério, Nelson Boeira, 2ª ed., São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2007, pp. 39/42. Para o autor a distinção entre regras e princípios é de natureza lógica, diferenciando-se pelo tipo de orientação que oferecem.

43 DWORKIN, Ronald. Obra citada, pp. 36/37.

44 ALEXY, Robert. **Theorie...**, p. 116.

45 ALEXY, Robert. **Theorie...**, pp. 90/91. Para o autor a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não apenas de acordo com o grau de generalidade das normas, que é mais amplo nos princípios que nas regras.

46 46 ALEXY, Robert. “On the Structure of Legal Principles”, in **Revista Ratio Juris**, Vol. 13, nº 3, Setembro/2000, p. 295. Nesse artigo, o autor diferencia os mandamentos que são otimizados dos mandamentos para otimizar. Os primeiros são mandados que são otimizados (*commands to be optimized*), são os objetos da ponderação, que expressam um dever-ser ideal, que se transformam em dever-ser real após serem otimizados. Já os mandados para otimizar (*commands to optimize*) ou mandamentos de otimização (*optimization commands*) estão em um metanível, e determinam o que deve ser feito com os objetos da ponderação, determinando que eles (os mandados que são otimizados – *commands to be optimized*) sejam realizados na maior medida possível. Conclui que os princípios não são *optimization commands*, mas *commands to be optimized* (p. 300).

Ressaltando que a contraposição entre princípios e regras tem sido realizada sob o “domínio das indefinições”, DAVID DUARTE salienta duas distinções entre essas categorias normativas, quais sejam: o grau de indeterminação e a distinção relativa à diferença nas formas de aplicação.

Pela primeira distinção, princípios seriam normas com maior grau de indeterminação que as regras, o que não significa maior generalidade (assim entendida como indeterminabilidade de destinatários) ou maior abstração (assim entendida como capacidade da norma de ser aplicável reiteradamente sempre que seus pressupostos estejam configurados), mas maior e menor densidade da norma.⁴⁷

Quanto ao segundo critério, nesse aspecto aproximando-se dos posicionamentos doutrinários já acima apontados, baseados nas lições de DWORKIN e ALEXEY, as regras são aplicadas de maneira tudo ou nada, ou seja, não sendo inválida, determina um efeito necessariamente aceite, enquanto os princípios apenas indicam um sentido de regulação, apontando para uma solução a considerar, dependendo de outras normas para que se possa afirmar o seu efeito no caso concreto.

O autor ressalta que essa diferenciação qualitativa, ao contrário da anterior, pretende captar propriedades exclusivas de normas, resultando daí várias consequências que sublinham a diferença entre as espécies normativas, como o modo de projeção no ordenamento; a forma da resolução de confrontos normativos; e a definitividade da regulação.⁴⁸

Analisando a estrutura da norma jurídica, que para o autor se baseia “na conjugação sequencial de uma previsão, um operador deôntico e uma estatuição”,⁴⁹ afirma que a dife-

47 DUARTE, David. **A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa – A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória**, Ed. Almedina, Coimbra, 2006, pp. 130-132. O autor ressalta que essa distinção, embora real, não é suficiente, eis que não determina suas consequências, nem tampouco o respectivo alcance, não esclarecendo, ainda, qual componente normativa é menos densa.

48 DUARTE, David. *A Norma...*, pp. 132-133. Quanto à forma de solução dos confrontos normativos, o autor afirma que, considerando a diferença qualitativa nas formas de aplicação das regras e princípios, esses confrontos se resolvem de maneira diferente, pois enquanto o confronto entre princípios leva à ponderação, ao abrigo da qual se justificará a prevalência em concreto de um princípio sobre o outro, o confronto entre as regras implica o afastamento de uma delas, através da aplicação de uma norma de prevalência que afasta as outras regras, ou pela invalidade de uma das regras confrontadas (p. 134). Em artigo mais recente do mesmo autor, ainda pendente de publicação, o mesmo afirma que via de regra os conflitos normativos se resolvem pelas normas de solução de conflitos (*lex superior derogat legi inferiori, lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generalis*), todavia, se resolvem por ponderação quando existe um conflito concreto (situações normativas nas quais não há norma de solução de conflito aplicável), traçando para a solução do conflito por ponderação uma fronteira positiva (conflito concreto) e uma fronteira negativa (ausência de norma de conflito aplicável), independentemente da natureza da norma (DAVID DUARTE, *Drawing Up...*, pp. 11.

49 DUARTE, David. *A Norma...*, pp. 137/138, onde o autor ressalta que toda norma possui esses três

rença entre regra e princípio se encontra na “previsão”, na forma como este elemento normativo se encontra preenchido, não textualmente no enunciado normativo, mas na configuração implícita da previsão, com a existência nas normas de princípio de um pressuposto implícito como “em todas as situações de qualquer género (**all-situations-of-any-kind**), declarativo de o conteúdo da estatuição ser aplicável a todas as situações, seja qual for o seu género, em que o efeito nela contido as possa ter como condição”, pressuposto este inexistente nas regras.⁵⁰

MANUEL ATIENZA E JUAN RUIZ MANERO, após fazerem diversas diferenciações internas entre os princípios,⁵¹ diferenciam regras e princípios sob três enfoques distintos: estrutural; em relação ao papel ou função que as normas desempenham como razão prática para os destinatários; e em conexão com os interesses e relações de poder existentes na sociedade.⁵²

Analisando o enfoque estrutural da norma, os autores referidos afirmam que se deve questionar se os princípios, da mesma forma que as regras, se referem a uma relação caso/solução, para afirmar que os princípios em sentido estrito sim, embora possuam a configuração do caso de forma mais aberta que as regras, por possuírem maior grau de indeterminação. Afirmam, ainda, que esses mesmos princípios não podem ser cumpridos em diversos graus, como mandados de otimização, como defende ALEXY em relação

elementos, mesmo naquelas em que o enunciado normativo não traz expressa linguisticamente a previsão, essa pode ser aferida através dos demais elementos, especialmente através da estatuição.

50 DUARTE, David. Obra citada, p. 139. Para o autor, a distinção entre regras e princípios, a partir da estrutura normativa, se verifica com a presença na previsão desse pressuposto implícito como “em todas as situações de qualquer género” sempre presente nos princípios (para além dos pressupostos que possam ou não estar determinados), e as previsões do tipo “em todas as situações do género” próprias das regras, em que esse pressuposto implícito não existe. Consequentemente, nos princípios não há determinabilidade da conduta pressuposta na previsão, sendo que várias e indefinidas são as ações que podem fazer acionar a mecânica normativa porque não há um único género de situação que suscite a aplicação da norma, ao contrário do que ocorre nas regras, cuja ação pressuposta na previsão é determinada, ou ao menos, determinável.

51 ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. LAS PIEZAS DEL DERECHO – TEORIA DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS, Editorial Ariel, Barcelona, 4ª edição, 2007, pp. 26/27. Dentre as diversas classificações, para o que aqui nos interessa, ressaltamos a classificação interna feita pelos autores em relação aos princípios, que os divide em princípios em sentido estrito (aqueles que expressam valores superiores de um ordenamento jurídico) e diretrizes ou normas programáticas (aqueles que estipulam a obrigação de perseguir determinado fim). Não obstante os Autores sustentem a natureza exaustiva e excludente desta classificação, ressaltam que “aunque es posible que un mismo enunciado pueda considerarse en ciertos contextos argumentativos como principio y en otros como directriz (y hasta pueda decirse que ello constituye una ambigüedad característica de muchos principios), una misma persona no puede utilizarlo, en un mismo contexto argumentativo, como ambas cosas a la vez”.

52 ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz, Las Piezas..., pp. 28/29.

a todos os princípios.⁵³ Segundo os autores, somente as diretrizes caracterizar-se-iam como mandamentos de otimização.^{54 55}

Estruturalmente, as regras possuem nas condições de aplicação um conjunto fechado, e os princípios, uma configuração aberta. Todavia, diferenciam o modelo de conduta prescrito nas regras como fechado, assim como nos princípios em sentido estrito, e abertos nas diretrizes, o que possibilitaria a realização, em maior ou menor grau a consecução dos objetivos, pelo que se configurariam como mandados de otimização, na concepção alexyana de princípios.^{56 57}

CARLOS BERNAL PULIDO, especificamente em relação às normas de direitos

53 ROBERT ALEXY contesta a tese dos Autores de que os princípios em sentido estrito não funcionariam como mandados de otimização, a serem cumpridos em graus variados. ALEXY afirma que o exemplo usado pelos autores, do princípio da igualdade, funciona como regra porque os Autores incluíram uma cláusula geral de reserva como “e quando outro princípio contrário com maior peso não ordene outra coisa”, que não existe no enunciado normativo da Constituição. Afirma o autor que o princípio da igualdade, sem essa cláusula, funciona como princípio, podendo ser cumprido em graus variados, e que ATIENZA e MANERO classificam os princípios em sentido estrito como razões de correção, o que retiraria o caráter deontológico dos mesmos (“Sobre la Estructura de los Principios Jurídicos”, in *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, nº 28, Universidad Externado de Colombia, pp. 118/123. Embora esse artigo esteja sendo referenciado também em inglês, há na versão em espanhol duas objeções não constantes da versão em inglês, inclusive a parte ora citada, motivo pelo qual são referenciadas ambas as versões).

54 ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz, *Las Piezas...*, pp. 30/31. Os autores, dentro das diversas divisões internas dos princípios, afirmam que os princípios no sentido de normas programáticas ou diretrizes possuem essa propriedade de realização em variados graus.

55 Na realidade, os autores admitem, em certo sentido, que as diretrizes também funcionem como mandamentos de otimização, eis que possuem condições de aplicação configuradas de forma aberta, possibilitando assim, no caso concreto, uma ponderação com fatores relevantes, princípios ou regras que jogam em sentido contrário. Todavia, afirmam que uma vez prevalecendo a diretriz após a ponderação, sua aplicação seria plena, e não gradual (MANUEL ATIENZA e JUAN RUIZ MANERO, “Sobre Principios y Reglas”, in *Doxa*, Cuardenos de Filosofía del Derecho, nº 10, 1991, p. 110).

56 ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. “Las Piezas...”, pp. 32/34

57 Afirmando que as normas jurídicas se expressam somente como regras ou princípios (sem qualquer subdivisão entre esses últimos), ANDRÉ SADDY comenta o dissídio doutrinário entre os autores DAVID DUARTE e MANUEL ATIENZA/J. RUIZ MANERO, ressaltando que a diferenciação entre os princípios feita por estes últimos não é aceita por aquele, nem tampouco pelo próprio ANDRÉ SADDY, que apenas ressalta a existência dessas duas modalidades de normas jurídicas, afirmando que os princípios “são comandos que integram todas as normas de um determinado sistema jurídico. Logo, possuem uma maior abrangência que as regras, que lhes devem observância. Com efeito, as regras devem ajustar-se aos princípios, sendo, portanto, essas razões para as regras e, por conseguinte, para decisões discricionais” (ANDRÉ SADDY, *Discricionariedade Administrativa nas Normas Jurídicas em Abstrato – Limites e Técnicas de Contenção*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, pp. 100/103). Entendemos que tal discussão doutrinária resume-se na concordância dos autores supramencionados com a divisão das normas jurídicas em princípios e regras, mas com uma subdivisão nos princípios para MANUEL ATIENZA/RUIZ MANERO, defendendo estes últimos que o modo de aplicação dos princípios em sentido estrito não se daria em diversos graus, como mandados de otimização, considerando-se a dimensão de peso dos mesmos, como parecem defender ALEXY e DAVID DUARTE para todos os princípios.

fundamentais, afirma que a diferenciação entre regras e princípios não se pode fazer abstratamente, somente com base na leitura do enunciado normativo, mas deve ser feita quando da relação entre a Constituição e a lei no juízo de constitucionalidade. São princípios aquelas normas mais indeterminadas em sua relação com a lei, e regras, aquelas mais determinadas.⁵⁸

Como consequência, as regras se aplicam por subsunção para solução de casos fáceis, enquanto os princípios se aplicam para solução dos casos difíceis, ocasião em que os princípios “constituyen en estos casos los objetos normativos que se aplican mediante los tres subprincipios de la proporcionalidad”.^{59 60}

De forma diferente, HUMBERTO ÁVILA acresce à clássica divisão das normas entre regras e princípios, os postulados, entendidos como condições essenciais para interpretação de qualquer objeto cultural, sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido. Divide os postulados em hermenêuticos (destinados à compreensão em geral do Direito) e aplicativos (destinados a estruturar a aplicação concreta do Direito).⁶¹

58 PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, 3ª edição, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 594/595. O autor discorda da doutrina, defendida por J. R. SIECKMANN e BOROWSKI, que sustenta a existência de regras que tenham parcialmente determinado seu conteúdo. Para o autor, se uma norma tem parcialmente determinado seu conteúdo é um princípio, o que, todavia, somente se pode precisar no caso concreto.

59 PULIDO, Carlos Bernal. *Obra citada*, pp. 595/597. Em relação à norma da proporcionalidade, o autor afirma que as normas que já foram concretadas e fundamentadas pelo Tribunal Constitucional (denominadas normas adstritas) e que se aplicam como precedentes têm caráter de regra, e já foram objeto da norma da proporcionalidade, enquanto os princípios ainda o serão. Todavia, afirma o autor, se em um caso futuro, havendo novas razões derivadas de outros princípios contrários à esta norma adstrita usada como precedente, o Tribunal deverá voltar a pronunciar-se sobre a fundamentação da referida norma, aplicando novamente a norma da proporcionalidade, quando então esta norma adstrita terá funcionado como princípio. Nesse sentido, demonstra o autor porque afirma que a natureza da norma somente pode ser aferida no caso concreto, e não abstratamente.

60 A aplicação dos três subprincípios da proporcionalidade, como referido pelo autor, implica dizer que a solução dos chamados casos difíceis se dá por ponderação (balancing), método de solução de conflitos de normas, cujo instrumento é a proporcionalidade. Segundo ALEXY, existem duas operações básicas na aplicação da lei: subsunção e ponderação, tendo o autor desenvolvido esquemas para demonstração da solução dos casos através de ambas as operações, Lei da Subsunção (*Subsumption Formula*) e Lei da Ponderação (*Balancing Law*), afirmando que o esquema da primeira funciona através de regras de lógica e da segunda através de regras de aritmética (ROBERT ALEXY, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, Vol. 16, nº 4, Dezembro/2003, pp. 433-449).

61 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, pp. 123/124. Afirma o autor que “os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau”.

Sustenta ÁVILA que as regras e princípios são normas objeto de aplicação, enquanto os postulados são normas que orientam a aplicação de outras; que as normas de primeiro grau dirigem-se aos sujeitos do direito (estado/contribuintes), enquanto os postulados dirigem-se aos aplicadores/intérpretes; as normas de primeiro grau implicam-se reciprocamente, de modo preliminar/complementar (princípios) ou preliminar/decisivo (regras), já os postulados, por se situarem num metanível, orientam a aplicação dessas normas sem conflituosidade necessária com outras normas.⁶²

EMERSON GARCIA afirma que HUMBERTO ÁVILA acresceu à clássica “dicotomia normativa” a categoria dos postulados, sendo que as regras e princípios estariam numa categoria normativa regulatória e os postulados numa categoria metódica, “que serve de instrumental à individualização e conseqüente correção do dever ser, do padrão normativo que, de forma imediata, rege o caso concreto”, prosseguindo que a imperatividade de ambos as classificaria como normas. O autor questiona se não existiriam princípios que, face a sua fundamentalidade ou funcionalidade específica, não assumiriam uma vocação conflitual, o que afastaria a necessidade de ponderação, sem que perdessem a natureza de princípio, o que decerto afastaria essa terceira classe de norma defendida por ÁVILA.⁶³

A nosso ver, e considerando a distinção de normas de segundo grau como aquelas que têm outras normas como objeto, com o conteúdo relativo ao direito na previsão,⁶⁴ o que será melhor abordado adiante, entendemos que essa terceira espécie normativa se enquadraria como normas de segundo grau em geral,⁶⁵ que teriam a natureza de regra ou princípio, sendo desnecessária uma terceira categoria de norma, acrescentando, ainda, os valorosos argumentos de EMERSON GARCIA, acima referido.

62 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, p. 124. No mesmo sentido, o artigo “A distinção...”, do mesmo autor.

63 GARCIA, Emerson. *Conflito entre Normas Constitucionais – Esboço de uma Teoria Geral*, Ed. Lumem Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 179.

64 DUARTE, David. *A Norma...*, pp. 100/101. Partindo da concepção de HART na distinção entre normas primárias (que regulam comportamento) e secundárias (que se reportam às normas primárias), o autor diferencia normas primárias e secundárias, definindo aquelas como normas relativas a condutas, e portanto, normas que têm por objeto a realização exterior ao mundo do direito, enquanto que as normas secundárias são as que têm outras normas como objeto, sejam essas primárias ou secundárias. Acresce, ainda, mais um critério para identificação da norma secundária, que é a inserção do conteúdo relativo ao direito no primeiro elemento estrutural da norma, qual seja, a previsão, diferenciando-se, neste ponto, da definição de HART.

65 Segundo HART, as regras de segundo grau são como parasitas ou secundárias em relação às regras primárias (que são aquelas pelas quais aos seres humanos é exigido que façam ou deixem de fazer certas ações, quer queiram ou não) porque asseguram que os seres humanos possam criar novas regras primárias, ao fazer ou dizer certas coisas, podem extinguir ou modificar as regras antigas ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação (HART, Herbert L. A. *The Concept of Law*, tradução para o português *O Conceito de Direito*, por ARMINDO RIBEIRO MENDES, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 3ª edição, p. 91)

Todavia, relativamente a toda essa divergência doutrinária a respeito das espécies normativas, em qual das espécies se situaria a norma da proporcionalidade?

Comumente, refere-se à proporcionalidade como princípio. Considerando a clássica divisão supra, estaria juridicamente adequada tal denominação?

DAVID DUARTE afirma que há normas que são difíceis de qualificar como regra ou princípio, e remete justamente ao exemplo da norma da proporcionalidade, que para o referido autor é qualificada como princípio,⁶⁶ o que será abordado adiante.

Adotando-se a classificação feita por MANUEL ATIENZA/RUIZ MANERO, com uma subdivisão interna entre os princípios, não possuindo os princípios em sentido estrito a característica de funcionarem como mandados de otimização, sendo aplicados à maneira tudo ou nada como as regras, a norma da proporcionalidade, a nosso ver, seria classificada como um princípio em sentido estrito. Entendemos que se pode considerar que a norma da proporcionalidade expressa um valor superior do ordenamento jurídico,⁶⁷ qual seja, propiciar o melhor equilíbrio possível entre a necessária e adequada interferência em um princípio, de acordo com o grau de importância do princípio prevaletente.

Todavia, optamos por seguir a clássica divisão das normas somente entre regras e princípios, considerando estes as normas mais indeterminadas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, funcionando como “mandamentos de otimização”, conforme a lição de ROBERT ALEXY já referenciada, sem qualquer subdivisão interna.

Na tríplice classificação adotada por HUMBERTO ÁVILA, o autor classifica a proporcionalidade como postulado normativo aplicativo,⁶⁸ sustentando que o mesmo não pode ser classificado como norma, mas sim como metanorma ou norma de segundo grau, eis que se qualifica como norma sobre a aplicação de outras normas.

Criticando a diferenciação feita por ÁVILA, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA sustenta que a regra da proporcionalidade, embora não seja regra de conduta, nem regra de atribuição de competência (tipos de regras jurídicas classificadas por HART, segundo o autor), ela seria uma regra sobre a aplicação de outras regras, da mesma forma que as regras de resolução

66 DUARTE, David. **Drawing Up...**, pp. 09/10.

67 Característica própria dos princípios em sentido estrito, conforme nota 51, supra.

68 EROS GRAU filia-se à posição doutrinária defendida por ÁVILA, afirmando ser a proporcionalidade um postulado normativo aplicativo, o que considera “um novo nome dado aos velhos e desprezados cânones de interpretação”, que especificamente identifica, em relação à proporcionalidade, com a equidade (GRAU, Eros. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**, 4ª edição, Ed. Malheiros, Brasil, 2006, pp. 188/193).

de antinomias: lei posterior derroga a anterior, lei superior derroga lei inferior e lei especial derroga (parcialmente) lei geral.⁶⁹

A nosso ver, e considerando a distinção de normas de segundo grau como aquelas que têm outras normas como objeto, com o conteúdo relativo ao direito na previsão,⁷⁰ entendemos que a classificação dada pelo autor enquadraria a norma da proporcionalidade como uma norma de segundo grau, como o faz LAURA CLERICO, como será abordado adiante, persistindo a questão quanto à classificação como regra ou princípio.

ALEXY refere-se à proporcionalidade como máxima, afirmando que há uma estreita conexão entre a natureza dos princípios e a máxima da proporcionalidade, em que uma implica a outra.

Discorrendo sobre a máxima da proporcionalidade, afirma ALEXY que embora tratada como princípio, do mesmo não se trata, devido à ausência de possibilidade de ponderação, e ainda, que as máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) são regras, eis que devem ser satisfeitas ou não.⁷¹

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA defende da mesma forma que a proporcionalidade é regra, devido ao seu modo de aplicação, através da subsunção, que afirma ser a forma de aplicação das regras, segundo a teoria de ALEXY. Sustenta ainda que a expressão corriqueiramente usada de “princípio da proporcionalidade”, não se refere a princípio como norma em oposição à regra, mas como exigência de proporcionalidade, numa linguagem não técnica.⁷²

Na mesma linha de raciocínio, LAURA CLERICO defende que princípios são mandados que devem ser otimizados, em vez de mandados de otimização, eis que são os objetos da ponderação, e as regras que determinam como os princípios devem ser otimizados são regras de segundo grau.⁷³ Afirma a autora que o mandado de proporcionalidade e seus três submandados têm caráter de regra, como é defendido por ALEXY e HAVERKATE, admitindo o dissídio doutrinário acerca da natureza jurídica da proporcionalidade, principalmente a posição contrária defendida por M. JAKOBS.⁷⁴

69 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais...*, pp. 168/169.

70 DUARTE, David. *A Norma...*, pp. 100/101, conforme nota 64 supra.

71 ALEXY, Robert. *Theorie...*, p. 117, nota de rodapé 84.

72 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional...*, pp. 24/26.

73 CLÉRICO, Laura. *Obra citada*, p. 30. Afirma a autora que regras de segundo grau são regras que definem como os princípios devem ser aplicados.

74 CLÉRICO, Laura. *Obra citada*, pp. 29/30. A autora afirma que a norma da proporcionalidade e seus três submandados não se ponderam frente a outras normas, pois não são objeto de ponderação, mas determinam como devem ser ponderados esses objetos. Afirma, ainda, que quando o Tribunal Constitucional Alemão determina a intensidade da aplicação dos três submandados da proporcio-

CARLOS BERNAL PULIDO, também admitindo a divergência doutrinária em sentido contrário, especialmente a defendida por E. GRABITZ na Alemanha, seguida por M. MEDINA GUERRERO na Espanha, afirma que, ainda que pareça uma contradição, o princípio da proporcionalidade não tem caráter de norma de princípio que imponha um mandado de otimização, mas é definido como um conjunto de três regras que devem ser cumpridas, sempre que estiverem presentes os pressupostos fáticos nos quais devem ser aplicadas a proporcionalidade, quais sejam, os casos difíceis de fundamentação de normas adstritas, e que proíbe ser aplicado quando esses pressupostos não se apresentam.⁷⁵

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, defende a natureza de princípio para a proporcionalidade, na concepção proposta por DWORKIN e ALEXY, afirmando que “não poderia ser uma regra o princípio que é a própria expressão da peculiaridade maior deste último tipo de norma em relação à primeira, o tipo mais comum de normas jurídicas, peculiaridade esta que RONALD DWORKIN refere como “dimensão de peso” (*dimension of weight*) dos princípios, e ALEXY como a ponderação ou sopesamento (*Abwägung*) – justamente o que se contrapõe à subsunção nas regras”, e salientando, ainda, a impossibilidade da existência de regras implícitas no ordenamento jurídico. Assim, sustenta o autor que caso se considerasse a norma da proporcionalidade como regra, esta não poderia ser inerente à cláusula do devido processo legal, deduzindo-a do sistema constitucional, em sintonia com a ideia de Estado de Direito, como defende o autor.^{76 77}

JORGE REIS NOVAIS trata da proporcionalidade como princípio da proibição do excesso,⁷⁸ referindo-se ao princípio da proporcionalidade como o que comumente se convencionou

nalidade no controle de medidas estatais, está ponderando não a norma da proporcionalidade, mas o direito fundamental afetado no caso concreto, o dever de proteção desses direitos pelo poder judiciário e o princípio democrático, que determina o respeito pela opção política do legislador democraticamente eleito.

75 PULIDO, Carlos Bernal. Obra citada, p. 597.

76 GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Dignidade Humana, Princípio da Proporcionalidade e Teoria dos Direitos Fundamentais”, in **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**, JORGE MIRANDA e MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA (Coord.), São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 306/307. Embora o autor afirme que os subprincípios da proporcionalidade são passíveis de subsumirem fato e questões jurídicas, tal fato não pode fazer com que a proporcionalidade seja considerada “mera regra, ao invés de verdadeiro princípio”. Relacionando as ideias de proporcionalidade, estado de direito, devido processo legal e dignidade humana, o autor afirma que a ideia subjacente à proporcionalidade, da limitação do poder estatal em benefício do cidadão, confunde-se com o nascimento do moderno estado de direito, respaldado em uma constituição (p. 307), consubstanciando-se em garantia fundamental, derivada da cláusula do devido processo legal, visando a consecução da finalidade maior de um Estado Democrático de Direito, que é o respeito pela dignidade humana (p. 313).

77 Da mesma forma, entendendo a norma da proporcionalidade como princípio, sem contudo justificar a classificação, DANIEL SARMENTO, A Ponderação de Interesse na Constituição Federal, 1ª edição, 3ª tiragem, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003, p. 53.

78 Da mesma forma que GOMES CANOTILHO (obra citada, p. 267)

chamar de proporcionalidade em sentido estrito, sem contudo adentrar na discussão acerca de sua natureza jurídica. Da mesma forma, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO também se referem à proporcionalidade como princípio.⁷⁹

DAVID DUARTE afirma a natureza jurídica de princípio da norma da proporcionalidade, entendendo que há na mesma o pressuposto implícito inerente às normas de princípio, já acima mencionado (em todas as situações de qualquer gênero),⁸⁰ afirmando ainda que presente a hipótese legal que faz acionar o referido princípio (todas as relações meio-fim), o mesmo se expande até o limite fático ou legal em sentido contrário,⁸¹ demonstrando, sob sua ótica, que o princípio da proporcionalidade também possui uma dimensão de peso, comportando-se como um mandado de otimização, que se realiza na maior medida possível dentro das condições fáticas e jurídicas.

Considerando as posições doutrinárias acima trazidas à colação, entendemos, primeiramente que a proporcionalidade é uma norma de segundo grau, eis que dispõe sobre a aplicação de outras normas, adotando-se as definições de HART e DAVID DUARTE de norma de segundo grau.

Quanto a ser uma regra ou princípio, entendemos que a dimensão de peso dos princípios (e, conseqüentemente, a forma como os mesmos se projetam no ordenamento jurídico, determinando que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, funcionando como mandamentos de otimização) não se encontra presente na norma da proporcionalidade, afastando-se esta, por este aspecto, da natureza de princípio.⁸²

Quanto à forma de aplicação, seguimos o entendimento defendido por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, LAURA CLÉRICO e BERNAL PULIDO, já acima referenciados, de que a proporcionalidade se aplica por subsunção, o que também é forma característica de aplicação das regras, como já anteriormente explicitado, com base na teoria de ALEXYY.⁸³

Certo é que há quem defenda o contrário, vislumbrando a dimensão de peso na norma da proporcionalidade, identificando-a como princípio, como DAVID DUARTE, que afirma que

79 NOVAIS, Jorge Reis. As Restrições..., pp. 729 e ss.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, obra citada, p. 141; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, obra citada, p. 124.

80 DUARTE, David. A Norma..., pp. 634/635.

81 DUARTE, David. Drawing Up..., pp. 9/10.

82 Nesse aspecto, entendendo que a proporcionalidade não possui uma dimensão de peso, e portanto, suas máximas parciais não se ponderam frente a outros princípios, nos reportamos à lição de LAURA CLÉRICO, constante da nota 74 supra, com quem concordamos. No mesmo sentido, HUMBERTO ÁVILA, Teoria..., p. 181, em relação a todos as normas que classifica como "postulados".

83 Para além das referências já anteriormente mencionadas, conforme afirmado por ALEXYY, somente os princípios são objeto de ponderação ("*Y hay que tener en cuenta que los objetos de la ponderación solo pueden reconstruirse de manera racional como principios entendidos en el sentido de la tesis de la optimización*" – ROBERT ALEXYY, Sobre la Estructura..., p. 122).

há ponderação entre a proporcionalidade e outras normas convergentes, como o interesse público, por exemplo, que possam obrigar a uma decisão desequilibrada, caso em que a norma da proporcionalidade é preterida.⁸⁴

Quanto à divergência doutrinária apontada, entendemos que a norma da proporcionalidade funciona como uma norma de segundo grau, como defende LAURA CLÉRICO, disciplinando como se dará a aplicação dos princípios em colisão no caso concreto, de acordo com o peso de cada um, como será desenvolvido adiante, quando abordamos cada máxima parcial da norma, e não sendo a mesma objeto da ponderação.

Indiscutivelmente, concordamos que, se se busca a classificação da norma da proporcionalidade como regra ou princípio, de acordo com a estrutura da norma, verifica-se que se encontra na proporcionalidade o pressuposto implícito na previsão “em todas as situações de qualquer gênero”, sempre que presente a relação meio-fim, o que classificaria a proporcionalidade como princípio, de acordo com a tese defendida por DAVID DUARTE.⁸⁵

Todavia, entendemos que o que diferencia fundamentalmente princípio e regra, é que o primeiro expressa a ideia de otimização, adotando-se a teoria dos princípios, como formulada por ROBERT ALEXY que afirma “principles express the idea of optimization. This can be expressed in the short formula that principles are optimization commands, and it is this feature that represents the main distinction between principles and rules. This understanding may be termed ‘principle theory’”,⁸⁶ motivo pelo qual entendemos tratar-se a norma da proporcionalidade de regra.⁸⁷

III.2 – Oscilações Semânticas Relativas à Terminologia

Dentre os doutrinadores, é comum a referência ao princípio da proporcionalidade com diferentes denominações, tais como razoabilidade e proibição de excesso.

Como a denominação da norma da proporcionalidade não vem expressamente escrita no ordenamento constitucional, há na doutrina e jurisprudência o uso indiscriminado de denominações que se referem ao mesmo.⁸⁸

84 Duarte, David. *A Norma...*, pp. 634/635.

85 Duarte, David. *A Norma...*, p. 634.

86 ALEXY, Robert. *On the Structure...*, p. 294, sem grifos no original.

87 Não obstante tal posicionamento, continuaremos mencionando “princípio da proporcionalidade” sempre que estivermos citando algum autor que assim denomina a referida regra.

88 A afirmação de que “a denominação da norma da proporcionalidade não vem expressamente escrita no ordenamento constitucional” não significa que não exista enunciado normativo a prevendo, o que de fato ocorre em Portugal, através do art. 18º, nº 2, da CRP, ao contrário do que ocorre no Brasil. Todavia, a afirmação deriva do fato de que tal previsão não afasta a oscilação no uso indiscriminado dos termos “proporcionalidade” e “proibição de excesso”, o que se verifica na doutrina,

III.2.1 - Proporcionalidade e Proibição de Excesso

Diversos autores identificam o princípio da proibição do excesso, sem fazer qualquer distinção, com o princípio da proporcionalidade.⁸⁹

Como afirma REIS NOVAIS, “poucos domínios apresentam uma terminologia tão oscilante como a que se refere ao princípio da proibição de excesso, ou, na acepção mais vulgarizada, às várias dimensões do princípio da proporcionalidade”.⁹⁰

A norma da proporcionalidade está diretamente ligada à imposição de limites aos limites ou restrições às restrições aos direitos fundamentais, ou seja, pela mesma se impõe ao Estado, que quando de sua atividade tiver que restringir os direitos fundamentais, que tais restrições sejam sempre proporcionais, que significa que sejam adequadas, necessárias e que encontre a melhor realização de um direito, com a menor restrição ao outro. Daí, o uso corrente da proibição de excesso como princípio da proporcionalidade.

Todavia, defende VIRGÍLIO AFONSO que, atualmente, é comum o uso da norma da proporcionalidade no caso de omissão do Estado, motivo bastante suficiente, segundo o autor, para que não se use indiscriminadamente ambos os termos (proporcionalidade e proibição de excesso) com o mesmo significado.⁹¹

Já GILMAR MENDES, discorrendo sobre o mesmo tema, refere-se sempre ao princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso da mesma forma, tratando-os como sinônimos, e, quanto à crítica do uso deste último termo no caso de omissão legislativa, sustenta que “o

afirmando REIS NOVAIS, por exemplo, que a CRP só consagrou o princípio da proibição de excesso e a garantia do núcleo essencial (As Restrições..., p. 733) e GILMAR MENDES, que afirma que “o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido como princípio da proibição de excesso (Übermassverbot), foi erigido à dignidade de princípio constitucional, consagrando-se, no art. 18º, 2, do Texto Magno” (Direitos Fundamentais..., p. 49). Ou seja, mesmo em relação ao direito português, onde existe enunciado normativo na Constituição da República, o uso indiscriminado da nomenclatura da norma persiste, por serem os referidos termos tratados por muitos doutrinadores como sinônimos.

89 ALEXANDRINO, José de Melo. Obra citada, p. 124; CANOTILHO, J. J. Gomes. Obra citada, pp. 266/273.

90 NOVAIS, Jorge Reis. As Restrições..., p. 729. Não obstante reconheça a oscilação em torno da terminologia, o autor afirma que a expressão mais corriqueiramente utilizada pela doutrina e jurisprudência é “proporcionalidade”, e não “proibição de excesso”, para referir-se à “denominação abrangente da generalidade dos controlos e princípios relacionados com a adequação substancial da medida restritiva”.

91 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o..., p. 27. O autor afirma que, principalmente em relação à jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, inicialmente se falava em proporcionalidade somente como controle contra excessos dos poderes estatais, mas já há algum tempo se fala também em proibição de insuficiência, utilizando o referido Tribunal, em seus julgamentos, os termos übermassverbot (proibição de excesso) e untermassverbot (proibição de insuficiência)

poder discricionário de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar. A omissão legislativa (*Ermesseensunterschreitung; der Ermessensmangel*) parece equiparável, nesse passo, ao excesso de poder legislativo”.⁹²

WILLIS SANTIAGO, ao analisar as origens doutrinárias do princípio da proporcionalidade na Alemanha, afirma que na importante monografia de PETER LERCHE sobre o tema, datada de 1961, este autor colocou a proibição do excesso como gênero, do qual o princípio da proporcionalidade e o da exigibilidade seriam espécies.⁹³

No mesmo sentido, JORGE REIS NOVAIS entende que o princípio da proporcionalidade é apenas uma das dimensões do princípio da proibição do excesso, assim como também seriam dimensões a razoabilidade e determinabilidade, concordando com a proposta de LERCHE, que seguiu nesse sentido a proposta originária de VON KRAUSS, em sua monografia de 1955, ambas antes já referidas.⁹⁴

HUMBERTO ÁVILA afirma que proibição de excesso e proporcionalidade são normas distintas, com finalidades distintas. Segundo o autor, o postulado da proporcionalidade “opera num âmbito a partir do qual o núcleo essencial do princípio fundamental restringido está preservado”.⁹⁵

Afirma PAULO BONAVIDES que as expressões proporcionalidade e proibição do excesso têm uso indiscriminado sobretudo por respeito à jurisprudência do Tribunal Constitu-

92 GILMAR MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle...*, p. 47.

93 GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal”, *in Interpretação Constitucional*, Virgílio Afonso da Silva (Org.), 1ª edição, 2ª tiragem, Ed. Malheiros, Brasil, 2007, p. 259. Em outra obra do mesmo autor, este identifica o princípio da proporcionalidade com “mandamento da proibição de excesso”, referindo-se ao termo alemão já antes referido, *Übermassverbot* (WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *Notas em Torno...*, p. 253).

94 NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições...*, p. 729 e ss. Defende o autor que a ideia da proibição de excesso das medidas restritivas em relação à adequação com as normas constitucionais é mais abrangente do que a ideia de proporcionalidade, que remete à justa medida, equilíbrio, que seria um dentre os vários elementos nos quais se desdobra a proibição do excesso (p. 732), propondo que se use o termo proporcionalidade somente para o que se convencionou chamar de proporcionalidade em sentido estrito (que exige uma ponderação subjetiva, embora racionalmente acessível), e proibição de excesso, como conceito mais abrangente, incluindo, além da proporcionalidade, a análise da idoneidade e indispensabilidade (de natureza tendencialmente objetiva), além da razoabilidade, da determinabilidade e da garantia do núcleo essencial (pp. 729/798).

95 ÁVILA, Humberto. *Teoria...*, p. 151. O autor classifica ambas as normas como postulados, como já anteriormente mencionado em relação à proporcionalidade. Segundo seu entendimento, a norma da proibição de excesso visa a preservação do núcleo essencial, função esta diferente da norma da proporcionalidade, que visa a avaliação da proporção entre o grau de promoção da finalidade pública com o grau de restrição da liberdade, incidindo sempre sobre uma relação meio-fim. Afirma, ainda, que como o método de controle de ambas as normas é diverso, a terminologia também o deve ser.

cional Alemão, que usa dos termos proporcionalidade (*verhältnismässigkeit*) e proibição de excesso (*Übermassverbot*), referindo-se ao princípio da proporcionalidade⁹⁶. Afirmo o autor que até o surgimento em 1955, da primeira obra clássica de sistematização do princípio da proporcionalidade, de autoria de RUPPRECHT VON KRAUSS, tal princípio era conhecido somente como preceito de necessidade. Nesta obra, KRAUSS sistematizou em separado, com nova designação, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Somente com a obra de LERCHE, em 1961, a distinção se consolida, sendo ambos tratados em separado, sob a denominação de “proibição de excesso”.

Segundo JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, ao analisarem as sub-regras da proporcionalidade, o uso corrente de proporcionalidade como proibição de excesso ou proibição de arbítrio decorre do fato de que a falta de necessidade ou de adequação se traduz em arbítrio, enquanto a falta de racionalidade (que identifica com a proporcionalidade em sentido estrito) traduz-se em excesso.⁹⁷

A doutrina afirma que o uso corrente da norma da proporcionalidade como proibição de excesso se deu, pelo Tribunal Constitucional Alemão, a partir da segunda decisão sobre o aborto (BVerfGE 88, 203),⁹⁸ e, como afirma CARLOS BERNAL PULIDO, este uso se refere à estrutura que o princípio da proporcionalidade adquire na aplicação dos direitos fundamentais de proteção.⁹⁹

INGO SARLET afirma a vinculação do princípio da proporcionalidade à proibição de excesso, salientando, todavia, que a noção da proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição do excesso, já que está também diretamente relacionada com a proibição de insuficiência, sobretudo no campo jurídico-penal, e conseqüentemente, na esfera da política criminal.¹⁰⁰ Prossegue afirmando que entre a proibição de excesso e de insuficiência há em

96 BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 403.

97 MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 162.

98 PULIDO, Carlos Bernal. Obra citada, p. 807; SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional..., p. 27; SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência”, in **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Volume LXXXI, 2005, p. 362.

99 PULIDO, Carlos Bernal. Obra citada, pp. 807.

100 SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, pp. 327/328. O autor destaca que, no plano da proibição de excesso, a norma da proporcionalidade (que denomina princípio, sem afirmar tal natureza jurídica, ressaltando a existência da controvérsia a esse respeito, a qual não pretende discutir) atua como “um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais” (p. 360) e, no plano da proibição de insuficiência, atua como “critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos à proteção” (p. 362), tendo o TC alemão, em sua segunda decisão sobre o aborto, em 1993, considerado essa dimensão da proporcionalidade, ao decidir que o legislador, ao implementar um dever de prestação que lhe foi imposto pela Constituição, encontra-se vinculado pela proibição de

comum o critério da necessidade (ou exigibilidade) tanto da restrição como do imperativo de tutela que incube ao poder público, trazendo à colação a lição de JUAREZ FREITAS, que “o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações do princípio”, pelo que se pode afirmar que o autor identifica proibição de excesso com proporcionalidade.¹⁰¹

Segundo WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, após a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão usar indiscriminadamente proporcionalidade e proibição de excesso ora como sinônimos, ora como para identificar a máxima parcial da proporcionalidade, a doutrina alemã chegou ao consenso de que princípio da proporcionalidade em sentido amplo e proibição de excesso são sinônimos, e que ambos compreendem os princípios parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.¹⁰²

Não obstante a afirmação supra, entendemos que inexistente tal consenso, todavia, o que verificamos na maioria dos doutrinadores citados é que ou se equipara a “proporcionalidade em sentido amplo” com “proibição de excesso”,¹⁰³ ou se utiliza o termo proibição de excesso em um sentido mais abrangente do que proporcionalidade, com base nas obras doutrinárias originárias de LERCHE e VON KRAUS,¹⁰⁴ embora haja quem diferencie as duas normas.¹⁰⁵

Considerando que, a nosso ver, a regra da proporcionalidade engloba tanto a vertente da proibição do excesso como da insuficiência, como admitido pela maioria da doutrina, e ainda que se utiliza, correntemente, ambos os termos como expressões sinônimas, nos filiamos à maioria doutrinária, entendendo que o termo proibição de excesso pode ser utilizado no mesmo sentido de proporcionalidade em sentido amplo.

Quanto à jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, a nós nos parece, que os termos proibição de excesso (Übermassverbot) e proibição de insuficiência (Üntermassverbot) são utilizados na aplicação da regra da proporcionalidade, nos casos de medidas estatais restritivas dos direitos fundamentais de defesa e de proteção, respectivamente, como afirma,

insuficiência, de tal sorte que os níveis de proteção deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo de proteção constitucionalmente exigido.

101 SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, pp. 368/369.

102 STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001, pp. 147/148.

103 Além dos doutrinadores já referenciados ao longo deste subcapítulo, também nesse sentido GOMES CANOTILHO, obra citada, pp. 266/273, utilizando o termo “proibição por defeito” para referir-se à mencionada proibição por insuficiência, na tradução do termo alemão üntermassverbot.

104 Como JORGE REIS NOVAIS, supracitado.

105 Como o faz HUMBERTO ÁVILA, supracitado.

a nosso ver com razão, BERNAL PULIDO.¹⁰⁶

III.2.2 - Proporcionalidade e Razoabilidade

Outros autores também usam como sinônimo de norma da proporcionalidade, a norma da razoabilidade.¹⁰⁷

HUMBERTO ÁVILA defende que as duas normas (nominadas por ele de postulados) não se confundem e têm âmbitos de aplicação distintos, salientando que na razoabilidade são consideradas as particularidades individuais dos sujeitos atingidos pelo ato de aplicação concreta do direito, o que é desconsiderado pela generalização legal, fazendo com que, em determinadas situações concretas, pela especificidade destas, a norma geral não será aplicada, por ser tratar de um caso fora do comum.¹⁰⁸

VIRGÍLIO AFONSO afirma que os princípios em questão não se podem confundir, eis que têm origem diferenciada. Enquanto o princípio da proporcionalidade se originou da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, e tem uma estrutura racionalmente definida, o princípio da razoabilidade tem origem no princípio da irrazoabilidade do direito inglês, originário da decisão judicial proferida em 1948 no caso *Wednesbury*, conhecido por “teste *Wednesbury*”.¹⁰⁹

PAUL CRAIG explica em que sentido o termo *unreasonable* é utilizado no *Wednesbury test*: “*a decision can be challenged if it is so unreasonable that no reasonable public body could have made it*”.¹¹⁰

106 PULIDO, Carlos Bernal. Obra citada, pp. 806/807.

107 CANOTILHO, J. J. Gomes. Obra citada, fl. 267, embora salientando a diferente origem das normas, sendo a deste último na jurisprudência dos países da Common Law.

108 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, pp. 153/167. O autor também diferencia as duas normas, inicialmente da mesma forma que JORGE REIS NOVAIS, afastando a relação meio-fim na avaliação da razoabilidade. Discorre sobre as noções de equidade, equivalência e congruência, ínsitas no exame da razoabilidade (Teoria dos Princípios, pp. 153/162). Destaca o autor que o exame da razoabilidade traduz condição material para aplicação individual da justiça, levando-se em consideração o sujeito atingido (A Distinção..., pp. 173/175).

Não obstante o autor diferencie proporcionalidade da razoabilidade e da proibição de excesso, afirma que esses últimos podem estar incluídos no exame da proporcionalidade em sentido estrito, embora não seja esta a opção do autor (Teoria..., p. 162)

109 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional..., p. 29.

110 CRAIG, Paul. “Unreasonableness and Proportionality in UK Law”, in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 1999, p. 94. O autor afirma que o *Wednesbury test* se processa em circunstâncias diferentes da proporcionalidade, sem interferência no mérito e sem a necessidade de uma ponderação complexa, que seriam características indesejáveis da proporcionalidade. Ressalta, ainda, a estrutura da proporcionalidade em três fases, inexistente na *Wednesbury formula* (pp. 99/100).

Em virtude desta fórmula do *Wednesbury test*, que se exige um ato totalmente irrazoável para reco-

Ainda segundo VIRGÍLIO AFONSO, também haveria a identificação na doutrina com a razoabilidade originária do *substantive due process* do direito norte-americano.

Defende o autor que a razoabilidade identificar-se-ia com a primeira etapa da proporcionalidade, qual seja, a adequação, sendo, portanto, o exame da proporcionalidade mais amplo que o da razoabilidade.¹¹¹

Reconhecendo e afirmando a diferente origem histórica dos princípios da proporcionalidade (Estado de Direito na Modernidade, e, sua constitucionalização através da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, no II pós-guerra) e a razoabilidade (Magna Carta de 1215, evoluindo no sistema da *Common Law* nos Estados Unidos, a partir da interpretação evolutiva da cláusula do *due process of law*), DANIEL SARMENTO afirma que os mesmos são fungíveis, eis que ambos visam ao mesmo fim, qual seja, limitar o arbítrio do Poder Público frente a todos os direitos assegurados constitucionalmente.¹¹²

A mesma ideia de fungibilidade dos termos razoabilidade e proporcionalidade manifestada por DANIEL SARMENTO é comungada por LUÍS ROBERTO BARROSO, que emprega ambos os termos com o mesmo significado, afirmando que, não obstante os princípios terem origem e desenvolvimento diversos, ambos abrigam os mesmos valores subjacentes, como racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos, pelo que são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis.¹¹³

JORGE REIS NOVAIS, como já mencionado acima, entende que a razoabilidade é uma das dimensões do princípio da proibição de excesso, e deve ser analisada sempre na perspectiva da esfera pessoal daquele que tem o seu direito afetado pela restrição. Distingue-se fundamentalmente do princípio da proporcionalidade, segundo o autor, porque neste, o controle incide na relação meio-fim, enquanto na análise da razoabilidade, este controle é “centrado na personalidade do particular afectado e na margem e natureza do espaço de liberdade em que a restrição o coloca”.¹¹⁴

nhecimento da incidência do princípio da irrazoabilidade, VIRGÍLIO AFONSO afirma que um ato considerado desproporcional poderá não ser irrazoável, nos termos do teste *Wednesbury*, pois para ser desproporcional não é necessário que o ato seja extremamente irrazoável ou absurdo (O Proporcional..., p. 29).

111 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional..., pp. 28/33. Além da estrutura definida da regra da proporcionalidade, esta também se diferenciaria da razoabilidade pela forma de aplicação, segundo o autor.

112 SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª ed., 3ª tiragem. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003, pp. 78/87.

113 BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 7ª edição atualizada, Ed. Renovar, Rio de Janeiro-São Paulo, 2003, pp. 314/315.

114 NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições...**, pp. 765 e ss.

GOMES CANOTILHO trata “razoabilidade” e “proporcionalidade em sentido amplo”, assim como “proibição de excesso”, da mesma forma, embora reconhecendo a origem da razoabilidade no direito inglês, desde os séculos XVIII e XIX, na ideia britânica de reasonableness.¹¹⁵

STEINMETZ analisa as origens históricas da razoabilidade, como iniciando-se na Magna Carta de 1215, e desenvolvendo-se no Bill of Rights de 1789, e afirma que não se pode tratar da mesma forma razoabilidade e proporcionalidade, por serem institutos diversos, ressaltando a superioridade da norma da proporcionalidade para a solução de colisão de direitos fundamentais.¹¹⁶

Como podemos ver, não há divergência doutrinária quanto à origem diversa das normas da proporcionalidade e da razoabilidade, todavia, entendemos, com todo o respeito pela opinião em contrário, que as normas não se confundem e não devem ser utilizadas indistintamente, posto que referentes a fenômenos diversos.

A nosso ver, enquanto a norma da proporcionalidade possui uma estrutura própria, dividida em três etapas, que serão analisadas em seguida, aplicando-se à relação meio-fim, a razoabilidade não pressupõe tal relação, e leva em conta especialmente as particularidades individuais dos sujeitos atingidos pelo ato de aplicação concreta do direito, o que é desconsiderado pela generalização legal,¹¹⁷ devendo sempre ser analisado, portanto, na perspectiva da esfera pessoal daquele que tem o seu direito afetado pela restrição.¹¹⁸

IV – OS ELEMENTOS PARCIAIS DA NORMA DA PROPORCIONALIDADE

A regra da proporcionalidade se divide em três sub-regras ou máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo ALEXY, princípios são mandamentos de otimização em face de possibilidades fáticas e jurídicas. As máximas parciais de adequação e necessidade decorrem da natureza dos princípios em face das possibilidades fáticas e a proporcionalidade em sentido estrito decorre da natureza dos princípios em face das possibilidades jurídicas.¹¹⁹

Para DANIEL SARMENTO, pela adequação, se exige que as medidas adotadas possam atingir o fim almejado; por necessidade, tem-se a escolha do meio menos gravoso para alcance do fim; e por proporcionalidade em sentido estrito, tem-se um sopesamento entre os

115 CANOTILHO, J. J. Gomes. Obra citada, p. 268.

116 STEINMETZ, Wilson Antônio. Obra citada, pp. 191/192. O autor ressalta que o princípio da proporcionalidade apresenta uma definição operacional e indicadores de concreção através dos princípios parciais de adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito, que faltam à razoabilidade.

117 Conforme HUMBERTO ÁVILA, vide nota 108.

118 Conforme REIS NOVAIS, vide nota 114.

119 ALEXY, Robert. *Theorie...*, p. 118.

efeitos positivos da norma e os ônus que ela acarreta aos seus destinatários.¹²⁰

Sustenta VIRGÍLIO AFONSO que essas três sub-regras se relacionam entre si de forma subsidiária, ou seja, ao proceder-se à análise da proporcionalidade em uma colisão de princípios, primeira deve-se perquirir sobre a adequação, e somente se a medida for adequada, segue-se ao exame da necessidade, e ultrapassado também esse exame, procede-se à análise da proporcionalidade em sentido estrito. Critica o autor a forma de utilização do princípio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde não se observa tal procedimento nas decisões nas quais se menciona a utilização da regra da proporcionalidade.¹²¹

HEINRICH SCHOLLER, da mesma forma que VIRGÍLIO AFONSO, afirma que o exame da adequação deve preceder ao da necessidade, não obstante reconheça uma maior relevância jurídica ao exame desta última máxima parcial. Sustenta que os meios adequados podem ser necessários, mas os meios necessários serão sempre adequados. Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, também o autor adota as denominações de razoabilidade, exigibilidade ou justa medida (*Zumutbarkeit oder Angemessenheit*).¹²²

WILLIS SANTIAGO afirma que o Tribunal Constitucional alemão se vale da tríplice manifestação do mandamento da proporcionalidade, que nomina como adequação (*Geeignetheit*), exigibilidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Vergältnismäßigkeit i. e.S.*), mencionando que a primeira decisão que claramente utilizou-se dessas três etapas da proporcionalidade data de 16/03/1971, já referida anteriormente.¹²³

Na doutrina portuguesa, a mesma divisão da regra da proporcionalidade em suas sub-regras é defendida por diversos autores, como por exemplo J. J. GOMES CANOTILHO, que os nomina de subprincípios constitutivos, dividindo-os em princípio da conformidade ou adequação (*Geeignetheit*), da exigibilidade ou necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*verhältnismässigkeit*).¹²⁴

120 SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais..., p. 58. No mesmo sentido, na doutrina brasileira, HUMBERTO ÁVILA, A distinção entre..., p. 172; HUMBERTO ÁVILA, Teoria..., pp. 167/175; PAULO BONAVIDES, obra citada, pp. 396/398, nomeando o primeiro elemento parcial de pertinência ou aptidão, e não de adequação; GILMAR FERREIRA MENDES, obra citada, pp. 48/51.

121 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e..., p. 34. Afirma o autor que mesmo nas decisões em que o STF cita nominalmente a regra da proporcionalidade, não se refere às diversas etapas da mesma, não se podendo aferir se o ato foi considerado inconstitucional por ser inadequado, desnecessário ou desproporcional em sentido estrito. No entendimento do autor, como o STF não procede ao exame de cada etapa de forma concreta e isolada, não aplica a regra da proporcionalidade em seus julgamentos.

122 SCHOLLER, Heinrich. Obra citada, p. 99.

123 Guerra Filho, Willis Santiago, **Princípio da Proporcionalidade**..., p. 262.

124 CANOTILHO, J. J. Gomes. Obra citada, pp. 269/270. No mesmo sentido, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, obra citada, p. 125, dividindo-o em adequação ou idoneidade, necessidade e justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito. DAVID DUARTE o faz da mesma forma, nominando,

IV.1 – Adequação

Na análise da adequação, a atenção é voltada para a relação meio-fim, ou seja, entre a medida adotada e o objetivo a ser alcançado. Para ser considerada adequada, a medida (ato legislativo ou administrativo), ao ser adotada, tem que possibilitar que se alcance o fim perseguido pelo Estado, sob pena de ser considerada inadequada, e conseqüentemente, reprovada já no primeiro “teste” de proporcionalidade.

DANIEL SARMENTO afirma que pela adequação, faz-se a aferição da idoneidade do ato para a consecução da finalidade perseguida pelo Estado,¹²⁵ por ela exige-se que a medida tenha aptidão para conduzir ao resultado almejado.¹²⁶

PAULO BONAVIDES, nominando a adequação de pertinência ou aptidão (Geeignetheit), sustenta que por este elemento parcial examina-se a conformidade, adequação ou a validade do fim, confundindo-se com o princípio da vedação de arbítrio (Übermassverbot), e por ele se exige que a medida adotada seja adequada ao fim que se intenta alcançar, ou seja, que seja suscetível de atingir o objetivo escolhido.¹²⁷

Na análise entre meio e fim, com objetivo de atendimento à sub-regra da adequação, HUMBERTO ÁVILA defende que o meio deve levar à realização do fim, devendo essa relação meio-fim ser analisada nos aspectos quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza), defendendo, contudo, que o meio escolhido não tem que ser o mais intenso, o melhor e o mais seguro para atingir o fim, mas simplesmente um meio que promova o fim.

Tal conclusão é baseada sobretudo no princípio da separação dos Poderes, que garante ao legislador e ao administrador liberdade de escolha, inerente ao sistema de divisão de funções, somente se admitindo a declaração pelo Poder Judiciário da inadequação do meio quando houver incompatibilidade entre este e o fim colimado.¹²⁸

Demonstrando a mesma preocupação com o princípio da separação dos Poderes, HEINRICH SCHOLLER afirma que o legislador e o administrador devem estar autorizados a to-

todavia, de equilíbrio, o que convencionalmente se chama de proporcionalidade em sentido estrito (A Norma..., pp. 631/639).

125 SARMENTO, Daniel. **A Ponderação...**, p. 87.

126 SARMENTO, Daniel. **Os Princípios Constitucionais...**, p. 58. No mesmo sentido, GILMAR MENDES, obra citada, p. 50.

127 BONAVIDES, Paulo. Obra citada, pp. 396/397. O autor reconhece que parte da doutrina identifica a vedação de arbítrio (Übermassverbot) com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade, sem fazer qualquer referência a sua posição pessoal. Tal questão já foi objeto deste estudo, no capítulo anterior, para o qual nos reportamos.

128 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, pp. 167/172.

marem as medidas que julgarem necessárias, dentro de sua liberdade de arbítrio, baseando-se em hipóteses plausíveis ou já comprovadas. Afirma, ainda, que a presunção de confiabilidade decorrente da prerrogativa de avaliação do legislador e do administrador, deve ser considerada favorável em relação ao Legislador, mas em favor do particular, no caso do administrador, havendo inversão do ônus da prova nesta última hipótese.¹²⁹

Sintetizando esse entendimento, afirma VIRGÍLIO AFONSO que um meio deve ser considerado adequado se for apto para alcançar ou pelo menos fomentar o resultado pretendido, somente se podendo considerar uma medida inadequada se esta não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo, conforme defende MARTIN BOROWSKI, citado pelo autor.¹³⁰

Sustenta, ainda, que qualquer exigência de plena realização do fim seria impossível de ser atingida pelo legislador quando da realização do ato, eis que não há como saber de antemão se a medida irá efetivamente realizar o ato, motivo pelo qual basta que a medida seja adequada para fomentar o fim.¹³¹

Tal preocupação não se justifica tão somente em relação à adequação, eis que como será abordado posteriormente, uma das críticas à ponderação no controle de constitucionalidade dos atos do poder público é a falta de legitimidade do Poder Judiciário para tanto. Tal questão será abordada ao final, quando da análise da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito.

Na Doutrina Portuguesa, J. J. GOMES CANOTILHO define a adequação, também nominada pelo autor de conformidade, como a exigência de que a medida seja “apropriada” para realização do fim.¹³²

LAURA CLÉRICO enuncia duas regras para explicar a regra da adequação técnica ou idoneidade (Geignetheit):

(REG) Cuando los derechos fundamentales y/o los bienes constitucionales colectivos colisionan y el medio establecido puede fomentar el fin (no i-) legítimo, entonces debe ser examinada la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida (estatal). (...)

129 SCHOLLER, Heinrich. Obra citada, pp. 98/99. Acreditamos que o autor referiu-se à discricionariedade e não a arbítrio, como consta do texto, eis que a obra citada refere-se à tradução para o português de um original alemão. Nesse mesmo sentido se manifesta WILLIS SANTIAGO, analisando diversas decisões do Tribunal Constitucional Alemão, sustentando que basta a conformidade com o objetivo e prestabilidade do meio para atingir o fim, havendo grande margem de ação reservada ao legislador e ao administrador, autoridades constitucionalmente competentes para escolha das medidas (obra citada, pp. 262/263)

130 SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional...**, pp. 36/37.

131 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais...**, pp. 169/170.

132 CANOTILHO, J. J. Gomes. Obra Citada, pp. 269/270. Também JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, obra citada, p. 126, salientando a exigência de que a medida seja idônea ou apta para atingir o fim, que deve ser legítimo, e JORGE REIS NOVAIS, As restrições..., p. 731, no mesmo sentido.

*(REG) Cuand los derechos fundamentales y/o los bienes constitucionales colectivos colisionan y el medio establecido no puede fomentar el fin (no i-) legítimo, entonces la medida (estatal) es desproporcional en sentido amplio.*¹³³

Analisando a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, sustenta a autora que o controle da adequação pelo Poder Judiciário deve ser somente o suficiente para averiguação de que o meio fomenta o fim, o que a autora nomina de “versión débil de la adecuación técnica”.¹³⁴

Por esta sub-regra busca-se a verificação da compatibilidade entre o meio escolhido pelo poder público e o fim que pretende alcançar. De acordo com os diversos doutrinadores acima citados, entendemos que essa verificação deve ser realizada de maneira bastante contida pelo poder judiciário, no exercício do controle da constitucionalidade dos atos, seja do legislativo, seja do executivo, em respeito à separação dos poderes.

Como já salientado, basta que o meio escolhido seja suficiente para “fomentar” o fim, não necessariamente para atingi-lo.

IV.2 – Necessidade

A sub-regra da necessidade exige que a medida adotada seja a menos gravosa possível.

Da mesma forma que as demais sub-regras, ou máximas parciais, afirma ALEXY que o que determina tal escolha (do meio menos gravoso) é o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais, eis que havendo colisão de princípios, e tendo em vista a otimização em relação às possibilidades fáticas, exige-se através da máxima parcial da necessidade, que se escolha sempre o meio que menos irá restringir os princípios em colisão.¹³⁵

ALEXY refere-se à conexão existente entre o critério de eficiência de PARETO e o exame da necessidade, explicando-o da seguinte forma: “uma constelação A é preferível a uma constelação B se, com a passagem de B para A, nenhum dos envolvidos tem sua situação piorada em relação à situação anterior e ao menos um dos envolvidos tem sua situação melhorada”.¹³⁶

133 CLÉRICO, Laura. Obra citada, pp. 39/40. As regras enunciadas pela autora argentina demonstram o caráter subsidiário das sub-regras da proporcionalidade, já anteriormente mencionado. Como se verifica da primeira regra, consideradando-se o meio adequado para fomentar o fim, passa-se ao exame das etapas seguintes, mas no segundo caso, considerado inadequado o meio, tem-se a medida estatal por desproporcional em sentido amplo, sem que se prossiga nas demais etapas.

134 CLÉRICO, Laura. Obra citada, pp. 59/84. Da mesma forma já acima mencionada relativamente à doutrina brasileira e portuguesa, não se exige a seleção do meio melhor adequado tecnicamente, entendendo, a autora, esta versão fraca de adequação como uma forma de racionalidade de meio-fim limitada.

135 ALEXY, Robert. *Theorie...*, p. 119.

136 ALEXY, Robert. *Theorie...*, p. 170, nota de rodapé 222. O critério da eficiência de PARETO é rela-

A existência de uma comparação entre os meios é indispensável para o exame da necessidade.

JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO afirma que este subprincípio constitui o teste mais complexo, exigente e decisivo no exame da proporcionalidade, e por ele, se determina que se deve recorrer ao meio menos restritivo para atingir o fim almejado. Segundo o autor, após o teste da necessidade, também nomeado por indispensabilidade ou do meio menos restritivo, que se dá por comparação entre os meios disponíveis, é considerado necessário aquele que for menos agressivo, mais ou igualmente eficaz, e quando não existem efeitos colaterais negativos.¹³⁷

GOMES CANOTILHO refere-se a esta sub-regra por exigibilidade ou necessidade (*Erforderlichkeit*), e ainda por “menor ingerência possível”, sustentando que por esta regra, exige-se a prova de que, para atingimento do fim, não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão, que tem direito à menor desvantagem possível. Defende que a exigibilidade deve conter diversos elementos para sua maior operacionalidade prática, tais como o material, espacial, temporal e pessoal.¹³⁸

Segundo LUIS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, um ato é necessário sempre que não houver outro que promova o fim com a mesma intensidade, restringindo menos o direito fundamental atingido, salientando que este exame é sempre comparativo, ao contrário do exame da adequação, que é absoluto.¹³⁹

Analisando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, WILLIS SANTIAGO afirma que “a exigibilidade costuma ser associada à busca do ‘meio mais suave’ (*milderes Mittel*), dentre vários possíveis, para atingir o fim buscado”.¹⁴⁰

cionada pelo autor com as condições fáticas de precedência condicionada, e por isso também é referida em relação à máxima parcial da adequação (“Constitutional Rights...”, p. 135, e “On the Structure...”, p. 298). Segundo BERNAL PULIDO, não obstante a comparação do subprincípio da necessidade com o critério da eficiência de Pareto, aquele conheceu suas origens no Direito Público muito tempo antes da publicação deste último (CARLOS BERNAL PULIDO, obra citada, p. 741).

137 ALEXANDRINO, José de Melo. Obra citada, pp. 126/127. Da mesma forma JORGE REIS NOVAIS, afirma que pela regra da necessidade ou indispensabilidade, dentre todos os meios idôneos e disponíveis a alcançar o fim, deve escolher aquele que produza efeitos menos restritivos (*As Restrições...*, p. 731).

138 CANOTILHO, J. J. Gomes. Obra citada, p. 270. Segundo o autor esses elementos, criados pela doutrina do mesmo, são necessários para maior operacionalidade prática, e significam que o meio deve ser o mais “poupado” possível quanto à limitação do direito fundamental (exigibilidade material); deve se limitar ao âmbito da intervenção (exigibilidade espacial); pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coativa do poder público (exigibilidade temporal); e o ato deve se limitar à(s) pessoa(s) cujos interesses devem ser sacrificados (exigibilidade pessoal).

139 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional..., p. 38. No mesmo sentido e com o mesmo autor, *Direitos fundamentais...*, pp. 170/171

140 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio..., p. 263

Segundo DANIEL SARMENTO, por este subprincípio se deve perseguir a menor ingerência possível nos direitos fundamentais do cidadão, na promoção dos interesses coletivos.¹⁴¹

HUMBERTO ÁVILA afirma que o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação dos meios alternativos àquele escolhido pelo Estado: “exame da igualdade de adequação dos meios e o exame do meio menos restritivo”.¹⁴²

O autor chama a atenção para a necessidade de se preservar o princípio da separação dos Poderes, devendo a análise do meio necessário respeitar a margem de atuação do legislador e do administrador, somente afastando-se o meio se ele for manifestamente menos adequado que o outro, respeitando-se os princípios da legalidade e da separação dos Poderes.¹⁴³

PAULO BONAVIDES define tal subprincípio (Erforderlichkeit) como a exigência de a medida adotada não exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, cumprindo-se escolher, dentre as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, aquela menos nociva aos interesses do cidadão, pelo que também é conhecido como “princípio da escolha do meio mais suave”.¹⁴⁴

BERNAL PULIDO desenvolveu uma regra para definir a sub-regra da necessidade, qual seja:

*De acuerdo com el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna com el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.*¹⁴⁵

Por esta sub-regra, imprescindível se faz a comparação entre diversos meios possíveis, devendo ser considerado necessário aquele que menos irá afetar o direito fundamental do titular, preservando a idoneidade do meio, que já foi analisada em momento anterior, eis que, como já explicitado, essas sub-regras se relacionam entre si de forma subsidiária.

141 SARMENTO, Daniel. A ponderação..., p. 88.

142 ÁVILA, Humberto. Teoria..., pp. 172/173. Não obstante o brilhantismo do autor, parece-nos que novamente examinar a adequação dos meios, seria retornar ao primeiro estágio da regra da proporcionalidade, a sub-regra da adequação, onde a possibilidade de fomentar o fim perseguido é verificada.

143 ÁVILA, Humberto. Teoria dos..., pp. 172/174. Como já explicitado quando da análise da adequação, a questão será abordada adiante.

144 BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 397.

145 PULIDO, Carlos Bernal. Obra citada, p. 740. O autor afirma que são aspectos determinantes do subprincípio da necessidade: a escolha dos meios alternativos; o exame de idoneidade desses meios; e a intensidade com que afetam negativamente o direito fundamental, tendo o autor desenvolvido regras próprias para cada um desses aspectos (obra citada, pp. 742/758).

IV.3 – Proporcionalidade em Sentido Estrito

Superadas as etapas anteriores e não sendo as mesmas suficientes para escolha do meio considerado proporcional, ou seja, aquele que mais promoveu o fim e menos restringiu os direitos fundamentais que não tiveram precedência diante daqueles fatos, imprescindível se torna adentrar à proporcionalidade em sentido estrito, que decorre da natureza dos princípios em face das possibilidades jurídicas.¹⁴⁶

Conforme os ensinamentos de ALEXY, a ponderação é o objeto desta terceira máxima parcial da proporcionalidade, que se expressa através da “lei da ponderação”, qual seja: “*The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater the importance of satisfying the other*”,¹⁴⁷ ou “*The more intensive the interference in one principle, the more important the realization of the other principle*”.^{148 149}

Esta é a terceira e derradeira etapa da regra da proporcionalidade, onde após a medida ser considerada adequada (apta) para atingir o fim, e necessária (menos gravosa), tem que ser submetida ao teste da ponderação, para que se comprove que a limitação imposta ao direito restringido está de acordo com a importância da satisfação do direito que com ele colidiu, conforme a lei da ponderação supramencionada.

O mesmo autor também desenvolveu a lei da colisão, segundo a qual “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.^{150 151}

146 ALEXY, Robert. *Theorie...*, fl. 118

147 ALEXY, Robert. “*Constitutional Rights...*”, p. 136.

148 ALEXY, Robert. “*On the Structure...*”, p. 298.

149 Para aplicação prática da lei da ponderação, ALEXY desenvolveu a fórmula do peso, segundo a qual, resumidamente, a ponderação se realiza através da atribuição de graus, numa escala triádica (l, m e s – light, moderate e serious, respectivamente) para valorar os três elementos referentes aos princípios em colisão, que compõem a fórmula (intensidade da interferência, peso abstrato e consistência dos fatos empíricos), conforme ROBERT ALEXY, in “*On Balancing...*” e “*La Formula del Peso*” (tradução de CARLOS BERNAL PULIDO), in *Teoría de la Argumentación Jurídica* (tradução de MANUEL ATIENZA e ISABEL ESPEJO), 2ª edição, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 349/374.

150 ALEXY, Robert. *Theorie...*, p. 99. Segundo o autor, a lei de colisão é utilizada na solução das colisões entre princípios, e não nos conflitos entre regras, uma vez que estes se resolvem através da introdução de uma cláusula de exceção ou pela declaração de invalidade de uma das regras, através das normas de solução de conflito. Já as colisões entre princípios são resolvidas através do estabelecimento de uma relação de precedência, condicionada às circunstâncias do caso concreto, através da lei de colisão (ROBERT ALEXY, “*On the Structure...*”, pp. 295/297).

151 A lei de colisão traz em si a noção de precedência condicionada entre os princípios, que é expressa através de uma regra a ser aplicada ao caso concreto. E pergunta-se, essa precedência está condicionada ao quê? Condicionada às condições fáticas no caso concreto, pelo que esta regra que irá resolver a colisão

É na fase de aplicação deste elemento parcial que as questões valorativas serão analisadas, eis que nos dois momentos anteriores não se questionou acerca dos valores dos princípios envolvidos.¹⁵²

CANOTILHO refere-se à presente sub-regra como princípio da justa medida, na qual se pesam as desvantagens do meio em relação às vantagens do fim.¹⁵³

GILMAR MENDES afirma que a proporcionalidade em sentido estrito assume um papel de “controle de sintonia fina”, na busca da decisão mais justa.¹⁵⁴

Como destaca a doutrina, a proporcionalidade em sentido estrito é uma regra formal, procedimental, sendo que através dela se percorre um procedimento comparativo entre as limitações impostas a um princípio e as vantagens da realização do princípio em colisão, e não uma regra material que irá determinar qual a decisão que em cada caso deverá ser tomada.¹⁵⁵

Inúmeras críticas são feitas ao método da ponderação, especialmente quanto ao subjetivismo judicial, como o faz ALEXANDER ALEINIKOFF, que afirma que a valoração feita na ponderação segue uma escala de valores intuitiva, como que numa “black box”, alcançando-se um resultado sem discussão desses valores.¹⁵⁶

Todavia, o método da ponderação, instrumentalizado pela regra da proporcionalidade, possui um procedimento (daí a natureza formal da regra) através do qual é possível controlar a decisão judicial,¹⁵⁷ sobretudo na aplicação da regra da proporcionalidade em sentido estrito, quando há um juízo de valor a ser realizado, permitindo desta forma, um meio de controle da decisão.

entre os conflitos não possui as características de abstração e generalidade ínsitas às normas jurídicas, eis que é produzida para solução de um único caso concreto.

152 CLÉRICO, Laura. Obra citada, p. 164.

153 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 270. No mesmo sentido, na doutrina portuguesa, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, p. 127, e JORGE REIS NOVAIS, *As restrições...*, p. 731

154 MENDES, Gilmar. Ob. citada, pp. 50/51.

155 Nesse sentido, LAURA CLÉRICO, obra citada, p. 165; WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, obra citada, pp. 155/158. STEINMETZ reconhece que há na doutrina posição em sentido contrário, atribuindo-se um conteúdo material à norma da proporcionalidade, com o que discorda, porque a norma em questão não indica qual o interesse ou direito que prevalecerá. Para LAURA CLÉRICO, em algumas situações muito extremas, a regra da proporcionalidade em sentido estrito teria um conteúdo material.

156 ALEINIKOFF, T. Alexander. “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *The Yale Law Journal*, Volume 96, nº 5, Abril-1987, p. 976.

157 CLÉRICO, Laura. Obra citada, p. 167.

Ao comentar as críticas à ponderação, sobretudo quanto à racionalidade, Martín Borowski afirma que este não é um problema específico da ponderação, mas de todo processo decisório de perguntas normativas. Afirma que se existisse outro, preferiria à ponderação, todavia, não há e complementa: “y tampoco está a la vista”!¹⁵⁸

A ponderação recebe muitas críticas também em razão da falta de legitimidade do Poder Judiciário, eis que na aplicação da regra da proporcionalidade, haveria um juízo de harmonização de interesses sociais, que é função própria do legislativo, chegando ALEINIKOFF a afirmar que uma objeção comum à ponderação é que ela parece copiar o trabalho que a sociedade espera do legislativo.¹⁵⁹

Comentando sobre as diversas críticas recebidas pela ponderação, CARLOS BERNAL PULIDO, ao falar especialmente sobre as críticas de T. ALEXANDER ALEINIKOFF quanto a este tema, afirma que a jurisdição constitucional teria legitimidade para corrigir os erros de cálculo legislativo, adequando os atos legislativos à Constituição, exercendo assim sua própria função de aplicador do direito, o que legitimaria essa atuação.¹⁶⁰

JORGE REIS NOVAIS, ao analisar a quem cabe a palavra final na ponderação de bens entre o interesse de liberdade e o interesse público justificador da restrição aos direitos fundamentais, afirma que em Estado de Direito com controle de constitucionalidade, esta palavra final só pode ser atribuída ao juiz constitucional, sob pena de não fazer sentido um sistema de controle de constitucionalidade das decisões do legislador e a vinculação dos poderes do Estado aos direitos fundamentais, salientando que o legislador democrático também está sujeito a esse controle, na qualidade de poder do Estado.¹⁶¹

Não obstante possa parecer antidemocrático tal posicionamento, lembra o referido autor que a maioria democrática está subordinada aos direitos fundamentais e que o controle de constitucionalidade visa as decisões das maiorias, o que remete à ideia de que “ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos”.¹⁶²

158 BOROWSKI, Martín. “La Restricción de los Derechos Fundamentales”, traduzido para o espanhol por RODOLFO ARANGO, in Revista Espanhola de Derecho Constitucional, ano 20, n° 59, Maio/Agosto-2000, p. 46.

159 ALEINIKOFF, Alexander T. Obra citada, p. 984.

160 PULIDO, Carlos Bernal. Obra citada, pp. 202 e ss.

161 NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa, Coimbra Editora, 2004, p. 201.

162 NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais – Trunfos Contra a Maioria, Coimbra Editora, 2006, p. 18. Inicialmente, o autor esclarece que a ideia de direitos fundamentais como trunfos é originária da obra de RONALD DWORKIN, e ainda, que a ideia de tensão entre direitos fundamentais e democracia é aparente, eis que a concepção mais comum é a de integração ou assimilação entre direitos fundamentais e democracia, encarando-se o fundamento material dos direitos fundamentais como condição da democracia.

Inúmeras outras críticas são feitas pela doutrina relativamente ao método da ponderação, todavia, a análise das mesmas extrapolam o objeto deste estudo, motivo pelo qual não serão abordadas.¹⁶³

V – CONCLUSÃO

Cientes das limitações do presente relatório, o estudo pretendeu dar uma visão da norma da proporcionalidade, desde suas origens até a divisão em etapas majoritariamente aceita pela doutrina, passando, especialmente, pela discussão doutrinária acerca de sua natureza jurídica e pela questão da terminologia comumente usada em relação à mesma.

Desde sua origem no direito administrativo alemão, a norma da proporcionalidade migrou para o direito constitucional no período que se seguiu à II Guerra Mundial, onde desenvolveu-se especialmente pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, na interpretação das normas de direitos fundamentais consagradas na Lei Fundamental de Bonn.

Em relação à natureza jurídica, entendemos que a proporcionalidade é uma regra, como defendido por ALEXY e toda a escola de KIEL, especialmente conforme referências às posições doutrinárias de LAURA CLÉRICO e BERNAL PULIDO.

Quanto às mencionadas oscilações semânticas, seguimos a doutrina que identifica a norma da proporcionalidade em sentido amplo com a norma da proibição do excesso, inclusive nos casos dos deveres de proteção, quando em questão a omissão do poder público.

Por outro lado, entendemos que a norma da razoabilidade é diversa da proporcionalidade, especialmente por não se aplicar à relação meio-fim, além de considerar a situação específica do titular do direito fundamental restringido.

Desde o segundo pós-guerra, passou-se a discutir com mais ênfase a força normativa das disposições constitucionais, assinalando LUÍS ROBERTO BARROSO que tal discussão iniciou-se com os marcos histórico (constitucionalismo pós-guerra, especialmente na Alemanha e Itália), filosófico (o pós-positivismo,¹⁶⁴ entendido como a superação dos modelos puros de jusnaturalismo e positivismo, substituídos por um conjunto difuso e abrangente de ideias, que busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto) e teórico (reconhecimento de força normativa à Constituição; expansão da jurisdição constitucional; e desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional).¹⁶⁵

163 Para as mais conhecidas críticas feitas por JÜRGEN HABERMAS e comentadas por ROBERT ALEXY, ver “Constitutional Rights...”.

164 Segundo CALSAMIGLIA, são pós-positivistas todas as teorias contemporâneas que destacam os problemas da indeterminação do direito e as relações entre direito, moral e política. O autor assinala que o pós-positivismo aceitou muitos ensinamentos do positivismo e por isso, em certo sentido, todos somos positivistas (ALBERT CALSAMIGLIA, “Postpositivismo”, in DOXA, n° 21-I, Ano 1998, p. 209).

165 BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito”, in Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Vol. LXXXI, pp. 234/238.

A nosso ver, todos esses marcos assinalados acima, especialmente o filosófico e o teórico, têm profundas ligações com o tema tratado neste estudo, considerando especialmente os valorosos ensinamentos originários de RONALD DWORKIN, a respeito da natureza normativa dos princípios, e desenvolvidos a partir da teoria dos direitos fundamentais de ROBERT ALEXY, eis que concordamos que a natureza principiológica de muitas normas de direitos fundamentais – entendidos os princípios como mandamentos de otimização – implica a norma da proporcionalidade, e esta implica aquela.¹⁶⁶

Entendemos, ainda, que a norma da proporcionalidade, como já referida na Introdução, é de suma importância, por ter como essência e destinação a preservação dos direitos fundamentais como instrumento do método da ponderação, sendo certo que, apesar da crítica de ausência de racionalidade e subjetivismo decorrente desse método, a regra da proporcionalidade procura explicitar critérios formais que tornam o procedimento o mais transparente e objetivo possível, aos quais devem ser acrescentados a argumentação, como expressão pública da reflexão.¹⁶⁷

É certo que a decisão proveniente da ponderação é subjetiva, todavia, não se pode dizer que não é racional, e como ressalta MARTÍN BOROWSKI, esse não é um problema específico da ponderação, mas de todo processo decisório de perguntas normativas.¹⁶⁸

VI - BIBLIOGRAFIA

ALEINIKOFF, T. Alexander, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *The Yale Law Journal*, Volume 96, nº 5, Abril/1987, pp. 943/1005.

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais – Introdução Geral**. Princípios, Estoril, abril de 2007.

ALEXY, Robert. “Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático”, traduzido para o português, in **Revista de Direito Administrativo** nº 217, Julho/Setembro, 1999, pp. 67/79.

_____. “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *Ratio Juris*, Vol. 16, nº 2, Junho/2003, pp. 131/140.

_____. “La Formula del Peso” (tradução de Carlos Bernal Pulido), in *Teoría de la Argumentación Jurídica* (tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo), 2ª edição, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 349/374.

166 ALEXY, Robert. *Theorie...*, p. 116.

167 ALEXY, Robert. “Constitutional Rights...”, p. 139.

168 BOROWSKI, Martin. *Obra citada*, p. 46.

_____. “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, Vol. 16, nº 4, Dezembro/2003, pp. 433/449.

_____. “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris*, Vol. 13, nº 3, Setembro/2000, pp. 294/304.

_____. “Sobre la Estructura de los Principios Jurídicos”, in Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, nº 28, Universidad Externado de Colombia, pp. 93/137.

_____. Theorie der Grundrechte, 5ª edição, Suhrkamp Verlag, 2006, traduzido para o português Teoria dos Direitos Fundamentais, por Virgílio Afonso da Silva, Ed. Malheiros, São Paulo, 2008.

Andrade, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Ed. Almedina, 4ª edição, 2009.

ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. Las Piezas del Derecho – Teoría de los Enunciados Jurídicos, Editorial Ariel, Barcelona, 4ª edição, 2007.

_____. “Sobre Principios y Reglas”, in Doxa, Cuardenos de Filosofía del Derecho, nº 10, 1991, pp. 101/119.

ÁVILA, Humberto. “A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade”, in Revista de Direito Administrativo, nº 215, Janeiro/Março-1999, Brasil, pp. 115/179.

_____. Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos, Editora Malheiros, 10ª edição.

BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito”, in Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Vol. LXXXI, pp. 233/289.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**, 7ª edição atualizada, Ed. Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. “Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo”, in **Interesse Público vs Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**, Daniel Sarmiento (Org.), Editora Lumen Juris, 3ª tiragem, Rio de Janeiro, 2010, pp. 119/171.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, Editora Malheiros, 22ª edição, revista e atualizada, 2008.

BOROWSKI, Martin. “La Restricción de los Derechos Fundamentales”, traduzido para o espanhol por Rodolfo Arango, in **Revista Espanhola de Derecho Constitucional**, ano 20, nº 59, Maio/Agosto-2000, pp. 29/56.

CALSAMIGLIA, Albert. “Postpositivismo”, in DOXA, nº 21-I, ano 1998, pp. 209/220.

CANAS, Vitalino. “O Princípio da Proibição do Excesso na Constituição: Arqueologia e Aplicações”, in *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, Vol. II, Org. Jorge Miranda, Ed. Coimbra, pp. 323/355.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Editora Almedina: Coimbra, 7ª edição.

CLÉRICO, Laura. *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, 1ª edição, Editora Universitária de Buenos Aires, 2009.

CRAIG, Paul. “Unreasonableness and Proportionality in UK Law”, in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 1999, pp. 85/106.

Duarte, David. **A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa – A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória**. Coimbra: Ed. Almedina, 2006.

_____. Drawing Up the Boundaries of Normative Conflicts that Lead to Balances, ainda inédito.

DWORKIN, Ronald. “*Taking Rights Seriously*”, tradução para o português **Levando os Direitos a Sério**, Nelson Boeira, 2ª ed., São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007.

GARCIA, Emerson. *Conflito entre Normas Constitucionais – Esboço de uma Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Ed. Lumem Juris, 2008.

GRAUS, Eros. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**, 4ª edição. Ed. Malheiros, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Notas em Torno ao Princípio da Proporcionalidade”, in **Perspectivas Constitucionais, nos 20 Anos da Constituição de 1976**, Vol. I, Jorge Miranda (Org.), pp. 249/262.

_____. “Dignidade Humana, Princípio da Proporcionalidade e Teoria dos Direitos Fundamentais”, in *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. “Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal”, in **Interpretação Constitucional**, Virgílio Afonso da Silva (Org.), Editora Malheiros, 1ª ed., 2ª tiragem, Brasil, 2007.

HART, Herbert L. A. “*The Concept of Law*”, tradução para o português **O Conceito de Direito**, por Armindo Ribeiro Mendes, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, Lisboa.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**, 3ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo I, Coimbra Editora, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Editora Coimbra, 2003.

_____. **Direitos Fundamentais – Trunfos Contra a Maioria**. Coimbra Editora, 2006

_____. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra Editora, 2004.

PULIDO, Carlos Bernal. **El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales**, 3ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

SADDY, André. **Discrecionariedade Administrativa nas Normas Jurídicas em Abstrato – Limites e Técnicas de Contenção**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência”, in **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Volume LXXXI, 2005, pp. 325/386.

SARMENTO, Daniel. “A Ponderação de Interesse na Constituição Federal”, 1ª edição, 3ª tiragem, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003.

_____. “Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens”, in **TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**, Ricardo Lobo Torres (Org.), 2ª edição, revista e atualizada, Editora Renovar, 2001.

SCHOLLER, Heinrich. “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha”, in **Revista Interesse Público**, nº 02, 1999, traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da Silva. “O Proporcional e o Razoável”, in **Revista dos Tribunais**, Volume 798, ano 91, Abril/2002, pp. 23/50.

_____. Direitos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia. Editora Malheiros, Brasil, 2009.

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS INTANGÍVEIS.

JORGE LOBO¹

“(…) as TI não olham mais a gente como pessoas, elas nos enxergam como métricas (…)”

(Roger McNamee)

A literatura jurídica é rica em artigos, estudos, ensaios e livros sobre propriedade intelectual no país e no exterior; workshops, seminários, simpósios e congressos sobre o tema se sucedem aqui e alhures; convenções e tratados internacionais disciplinam essa matéria de forma objetiva e eficaz.

Contudo, a propósito da proteção de dados pessoais, pouco se tem escrito, falado e debatido, na academia, na mídia e na sociedade, não obstante tratar-se de um direito fundamental do homem e do cidadão e apesar de, “(...) no Século XXI, os dados serem o ativo mais importante do mundo”, consoante observa o Ph.D. em história pela Universidade de Oxford, Yuval Noah Harari, o que o levou a dizer que, hoje, “ (...) a questão chave é: quem é o dono dos dados? Os dados do meu DNA, meu cérebro e minha vida pertencem a mim, ao governo, a uma corporação ou ao coletivo humano?”.²

Para mim, dados pessoais não são apenas nome, filiação, naturalidade, estado civil, profissão, residência e domicílio, CPF, aos quais denomino “dados pessoais de identificação”, nem, tampouco, além destes, os chamados “dados pessoais sensíveis”, v.g., origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato.

A expressão dados pessoais, na minha concepção, abarca também os “dados pessoais intangíveis”, v.g., características da personalidade e do caráter, sentimentos e emoções, desejos e necessidades materiais e íntimas, virtudes e vícios, qualidades e defeitos, preferências e escolhas, experiências bem ou malsucedidas, os quais, quando recorrentes, formam um “padrão de comportamento” ou “perfil individual”.

Amazon, Google, Facebook, Instagram, WhatsApp, Messenger, Tencent, entre outras gigantes da tecnologia (Big Tech), põem, à disposição da sociedade, durante 24 horas por dia,

1 Mestre em Direito da Empresa pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Doutor e Livre-Docente em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ. Procurador de Justiça do Ministério Público - RJ (aposentado) e Advogado.

2 *In 21 lições para o Século 21*, Cia das Letras, 1ª reimpressão, p. 109.

todos os dias, ininterruptamente, vastíssima gama de informações e serviços, e, em contrapartida, têm acesso permanente e irrestrito aos dados de navegação dos usuários e, com eles, alimentam os seus bancos de dados e suas máquinas integradas em um sistema flexível com capacidade de aprendizagem sem o comando ou o auxílio ou a assistência do homem.

“(…) se um algoritmo está apto a prever, inspirar, induzir e até manipular comportamentos e decisões, é indubitável que a empresa, sua proprietária, pode influenciar, decisivamente, a eleição dos representantes do povo (…)”

Com o progresso da cibernética, da robótica, da bioquímica, da neurociência, da economia comportamental, da tecnologia da informação, da computação em nuvem, sistemas de inteligência artificial (IA) podem coletar na web, selecionar, classificar, catalogar, criptografar, armazenar e transformar os dados pessoais intangíveis da pessoa natural em um algoritmo, capaz de identificar, analisar e reconhecer, em fração de segundos, padrões de comportamentos recorrentes e prever, inspirar, induzir e, até mesmo, manipular decisões humanas, enfim, como adverte Yuval Noah Harari, “os gigantes dos dados poderão penetrar nos mais profundos segredos da vida”,³ razão pela qual, talvez, o astrofísico Stephen Hawking temia os riscos que a IA pode trazer à humanidade (entrevista à BBC disponível em <<http://www.bbc.com/news/technology – 30299927>>).

Por isso, e muito mais, a atualidade e extrema importância do assunto: se um algoritmo está apto a prever, inspirar, induzir e até manipular comportamentos e decisões, é indubitável que a empresa, sua proprietária, pode influenciar, decisivamente, a eleição dos representantes do povo no Parlamento e dos chefes do Poder Executivo (o que, dizem, ocorreu na eleição presidencial dos EUA); a vontade das pessoas nos referendados (como o do Brexit); a compra de produtos nocivos ou perigosos à saúde e à vida; a cooptação de incautos por seitas racistas ou homofóbicas etc.

Se é verdade que os direitos autorais de uma biografia não autorizada pertencem ao biógrafo e não ao biografado, é lícito concluir que o algoritmo é um ativo da companhia, que o concebeu, projetou e desenvolveu por meio de ferramentas de alta tecnologia e do profícuo trabalho de corpo técnico altamente especializado, embora os direitos pessoais intangíveis pertençam à pessoa física, seu indiscutível titular.

A Lei nº 13.709 de 2018, denominada Lei de Proteção de Dados Pessoais (LPDP), dispõe sobre o tratamento e a proteção dos dados pessoais de identificação, dos dados pessoais sensíveis e dos dados anonimizados (art. 5º, incs. I a III); não trata, porém, dos dados pessoais intangíveis, que não se confundem, nem guardam semelhança com os dados pessoais sensíveis, e diferem dos dados anonimizados, embora possam ser enquadrados, num esforço exegético, no § 2º, do art. 12, da LPDP.

³ Ob. cit., p. 108.

Para coibir a produção de algoritmos com dados pessoais intangíveis e a sua indiscriminada (e, por vezes, criminosa) utilização, distribuição e venda, não basta criar um órgão regulador de controle ou fiscalização; não basta a autorregulação através de códigos de governança ou de ética; não bastam regras inscritas em contratos de adesão, como, por exemplo, o da Google e Facebook, intitulados “termos de uso”, ou o da WhatsApp, chamado de “política de privacidade”.

Para garantir e proteger o direito fundamental à privacidade de dados pessoais intangíveis sem prejudicar o surgimento de tecnologias pioneiras e inovadoras, é mister acrescentar à ótima LPDP normas que (a) obriguem as empresas de tecnologia da informação (TI) a só usá-los com o consentimento prévio, expresso e por escrito do titular e (b) prevejam que a sua violação ensejará responsabilidade civil objetiva e sanções penais, porquanto, reitere-se nas enfáticas palavras de Roger McNamee, fundador do Silver Lake Partners, um dos maiores fundos de *private equity* dos EUA, e conselheiro de Mark Zuckerberg no início do Facebook: “(...) as TI não olham mais a gente como pessoas, elas nos enxergam como métricas”.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA em RESP Nº 1566168 - RJ (2014/0079486-0)

EMENTA

AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TEMPESTIVIDADE DO RESP. FERIADO LOCAL. COMPROVAÇÃO OU CONFIGURAÇÃO DO Dissenso Pretoriano. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ARESTOS COMPARADOS. DESCUMPRIMENTO DO REQUISITO PREVISTO NO ARTIGO 1.043, § 4º, DO CPC/2015 E NO ARTIGO 266, § 4º, DO RISTJ. ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ARESTO EMBARGADO, COM AFRONTA AO ARTIGO 489, § 1º, V, DO CPC/2015. IMPOSSIBILIDADE DO REEXAME EM ERESP DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL OFERTADA POR ÓRGÃO FRACIONÁRIO DO STJ. INAPLICABILIDADE DA MULTA DO ARTIGO 1.021, § 4º, DO NOVO CPC. RECURSO IMPROVIDO.

1. É entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça, decorrente da interpretação do § 4º do artigo 1.043 do CPC/2015 e do § 4º do artigo 266 do Regimento Interno desta Corte Superior, ser imprescindível, para a comprovação do dissídio jurisprudencial, a demonstração tanto da similitude fática quanto da identidade jurídica entre o acórdão embargado e os paradigmas apontados.

2. Destaca-se que os contextos fáticos dos arestos confrontados não precisam ser necessariamente iguais, mas devem possuir um mínimo de semelhança ao decidirem a

mesma questão federal, a fim de possibilitar o juízo de legalidade a ser exercido nos embargos de divergência, cujo objetivo é uniformizar a jurisprudência entre os órgãos julgadores deste Sodalício.

3. Na espécie, o acórdão embargado, da Terceira Turma, considerou que a tempestividade do apelo nobre foi sanada a partir do cotejo das cópias apresentadas pela então recorrente e pela parte contrária, consideradas originais, nos termos do artigo 365, VI, do CPC/1973.

4. Por sua vez, os arestos indicados como paradigmas — (1) AgInt no REsp nº 1.634.393/SC, da Segunda Turma e (2) AgInt no REsp nº 957.821/MS, da Corte Especial —, embora tenham discutido a questão da intempestividade, não trataram do tema com a peculiaridade acima apontada

5. Inexiste direito da ora agravante a pronunciamento, nesta sede processual, em relação ao inciso V do § 1º do artigo 489 do CPC/2015, porque — além de não ter sido conhecido o recurso uniformizador pela motivação acima exposta —, referido dispositivo legal sequer foi discutido no acórdão impugnado da Terceira Turma, não se prestando os embargos de divergência como mera instância revisora dos órgãos fracionários desta Corte Superior, inclusive quanto à prestação jurisdicional ofertada por eles no caso concreto.

6. Quanto à multa do § 4º do artigo 1.021 do CPC/2015, cuja aplicação foi defendida na impugnação da parte ora agravada, descabe sua incidência na hipótese, porque o agravo interno, embora de forma

singela, impugnou especificamente os fundamentos da decisão agravada.

7. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de AgInt. Nos Embargos de Divergência em Resp. nº 1.566.168-RJ, em que são Agravante: Sílvio Félix e Advogados Associados e Agravado: Itaú Unibanco S.A., acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros FELIX FISCHER, FRANCISCO FALCÃO, NANCY ANDRIGHI, LAURITA VAZ, HUMBERTO MARTINS, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, HERMAN BENJAMIN, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, OG FERNANDES, LUIS FELIPE SALOMÃO, MAURO CAMPBELL MARQUES, BENEDITO GONÇALVES e RAUL ARAÚJO votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA.

Brasília, 11 de dezembro de 2018. (Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI:

Cuida-se de agravo interno interposto por SÍLVIO FÉLIX E ADVOGADOS AS-

SOCIADOS em face de decisão singular desta relatoria, pela qual foram liminarmente indeferidos embargos de divergência, porque inexistente similitude fática entre os arestos confrontados.

Defende a parte agravante, em resumo, a reforma do *decisum*, apresentando os seguintes argumentos:

(1) A cópia da resolução extraída do *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pelo ora agravado não possui serventia para o fim pretendido pelo então recorrente, ou seja, o de desincumbir-se do ônus de demonstrar a existência do comentado recesso forense.

(2) Por tudo já demonstrado, seja no plano fático, seja no plano jurídico, não há mais que se cogitar da existência de uma coincidência exata entre uma cópia extraída de um *site* e um documento oficial, que é justamente o exemplar disponível da publicação no Diário de Justiça Eletrônico, também acessível a qualquer interessado no mesmo endereço eletrônico.

(3) Tratam os autos de matéria de ordem pública oponível e examinável a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

(4) Restou evidenciado que somente as publicações do Diário da Justiça Eletrônico (DJERJ) possuem caráter oficial e podem ter efeito comprobatório junto a outras Unidades, Órgãos e Instituições, em especial junto ao próprio Poder Judiciário, de forma que as informações disponibilizadas no *site* do TJRJ podem ser utilizados somente para fins de consulta e orientação.

(5) A juntada aos autos da cópia válida da referida resolução violou o disposto no inciso V do § 1º do artigo 489 do CPC/2015, na medida em que a Terceira Turma não declinou os fundamentos de fato e de direito autorizadores de tal procedimento.

(6) Ficou evidenciada a similitude fática entre os acórdãos confrontados: AREsp 957.821/MS; Ag no AREsp 957.821/MS; e AgInt no REsp 1.634.393/SC.

A parte agravada apresentou impugnação (f. 677/686), afirmando que a recorren-te não enfrentou os fundamentos da decisão agravada, desobedecendo os comandos do § 1º do artigo 1.021 do CPC/2015, devendo, pois, ser aplicada a multa prevista no 4º do referido dispositivo legal.

É o relatório.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TEMPESTIVIDADE DO RESP. FERIADO LOCAL. COMPROVAÇÃO OU CONFIGURAÇÃO DO DISSENSO PRETORIANO. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ARESTOS COMPARADOS. DESCUMPRIMENTO DO REQUISITO PREVISTO NO ARTIGO 1.043, § 4º, DO CPC/2015 E NO ARTIGO 266, § 4º, DO RISTJ. ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ARESTO EMBARGADO, COM AFRONTA AO ARTIGO 489, § 1º, V, DO CPC/2015. IMPOSSIBILIDADE DO REEXAME EM ERESP DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL OFERTADA POR ÓRGÃO FRACIONÁRIO DO STJ. INAPLICABILIDADE DA MULTA DO AR-

TIGO 1.021, § 4º, DO NOVO CPC. RECURSO IMPROVIDO.

1. É entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça, decorrente da interpretação do § 4º do artigo 1.043 do CPC/2015 e do § 4º do artigo 266 do Regimento Interno desta Corte Superior, ser imprescindível, para a comprovação do dissídio jurisprudencial, a demonstração tanto da similitude fática quanto da identidade jurídica entre o acórdão embargado e os paradigmas apontados.

2. Destaca-se que os contextos fáticos dos arestos confrontados não precisam ser necessariamente iguais, mas devem possuir um mínimo de semelhança ao decidirem a mesma questão federal, a fim de possibilitar o juízo de legalidade a ser exercido nos embargos de divergência, cujo objetivo é uniformizar a jurisprudência entre os órgãos julgadores deste Sodalício.

3. Na espécie, o acórdão embargado, da Terceira Turma, considerou que a tempestividade do apelo nobre foi sanada a partir do cotejo das cópias apresentadas pela então recorren-te e pela parte contrária, consideradas originais, nos termos do artigo 365, VI, do CPC/1973.

4. Por sua vez, os arestos indicados como paradigmas — (1) AgInt no REsp nº 1.634.393/SC, da Segunda Turma e (2) AgInt no REsp nº 957.821/MS, da Corte Especial —, embora tenham discutido a questão da intempestividade, não trataram do tema com a peculiaridade acima apontada

5. Inexiste direito da ora agravante a pronunciamento, nesta sede processual, em relação ao inciso V do § 1º do artigo 489 do CPC/2015,

porque — além de não ter sido conhecido o recurso uniformizador pela motivação acima exposta —, referido dispositivo legal sequer foi discutido no acórdão impugnado da Terceira Turma, não se prestando os embargos de divergência como mera instância revisora dos órgãos fracionários desta Corte Superior, inclusive quanto à prestação jurisdicional ofertada por eles no caso concreto.

6. Quanto à multa do § 4º do artigo 1.021 do CPC/2015, cuja aplicação foi defendida na impugnação da parte ora agravada, descabe sua incidência na hipótese, porque o agravo interno, embora de forma singela, impugnou especificamente os fundamentos da decisão agravada.

7. Agravo interno improvido.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):

Em que pesem as considerações da parte agravante, não merece acolhida a insurgência, porque, de fato, não ficou evidenciada nas razões dos embargos de divergência a similitude fática entre os arestos confrontados, motivo pelo qual não deve ser conhecido o recurso uniformizador.

Na espécie, o acórdão embargado, da Terceira Turma, considerou que a tempestividade do apelo nobre foi sanada a partir do cotejo das cópias apresentadas pela então recorrente e pela parte contrária, consideradas originais, nos termos do artigo 365, VI, do CPC/1973, conforme se pode verificar no seguinte trecho do voto condutor (f. 491/492):

No caso dos autos, porém, que diz respeito ao CPC/1973, o vício acabou sendo sanado pela parte ex adversa (ora embargante), que trouxe aos autos cópia da publicação da norma local no DJe, cujo texto coincide exatamente com aquele juntado com petição do recurso especial.

Observe-se que, nos termos do art. 365, inciso VI, do CPC/1973, (atual art. 425, VI, do CPC/2015), as reproduções digitalizadas de qualquer documento, quando juntadas aos autos pelos advogados, fazem a mesma prova que os originais, ressalvada alegação fundamentada de adulteração.

Confira-se a norma do CPC/1973:

Art. 365. Fazem a mesma prova que os originais:

.....

VI - as reproduções digitalizadas de qualquer documento, público ou particular, quando juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos ou privados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização. (Incluído pela Lei nº 11.419, de 2006).

.....

No caso, não se cogita de adulteração da prova do feriado local, pois a cópia da publicação oficial coincide com a versão digital do ato normativo, que havia sido juntada anteriormente.

Desse modo, encontrando-se sanado o vício da comprovação do feriado local, é de se julgar prejudicada a preliminar de intempestividade do recurso especial, suprindo-se a omissão apontada nos aclaratórios.

Por sua vez, os arestos indicados como paradigmas — (1) AgInt no REsp nº 1.634.393/SC, da Segunda Turma e (2) AgInt no REsp nº 957.821/MS, da Corte Especial —, embora tenham discutido a questão da intempestividade, não trataram do tema com a peculiaridade acima apontada, conforme se pode verificar em simples análise das respectivas ementas:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO FORA DO PRAZO. INTEMPESTIVIDADE. EXPEDIENTE FORENSE INTERROMPIDO POR ATO DO TRIBUNAL LOCAL. COMPROVAÇÃO QUE DEVE SER FEITA NO ATO DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

I - A alteração de expediente forense em decorrência de simples provimento normativo do Tribunal local imputa ao recorrente, por ocasião da interposição do recurso cujo prazo possa vir a ser prorrogado em face desse evento, não apenas informá-lo, mas fazer constar peça comprobatória de que não houve expediente forense no Tribunal a fim de demonstrar a tempestividade do recurso, que, no caso dos autos, recaiu sobre o *dies ad quem* da contagem do prazo processual (AgRg nos EDcl no Ag 1.431.232/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 18/10/2012, DJe

23/10/2012).

II - Tal regramento, já consolidado na jurisprudência desta e. Corte, está previsto também no CPC/15, que estabeleceu, no art. 1.003, § 6º, que a comprovação de feriado local será feita no ato de interposição do recurso, o que impossibilita a regularização posterior (AgInt no AREsp 996.695/MT, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 06/06/2017, DJe 16/06/2017).

III - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1.634.393/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, julgado em 08/08/2017, DJe 17/08/2017)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FERIADO LOCAL. COMPROVAÇÃO. ATO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO.

1. O propósito recursal é dizer, à luz do CPC/15, sobre a possibilidade de a parte comprovar, em agravo interno, a ocorrência de feriado local, que ensejou a prorrogação do prazo processual para a interposição do agravo em recurso especial.

2. O art. 1.003, § 6º, do CPC/15, diferentemente do CPC/73, é expresso no sentido de que “o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso”.

3. Conquanto se reconheça que o novo Código prioriza a decisão de mérito, autorizando, inclusive, o STF e o STJ a desconsiderarem vício formal, o § 3º do seu art. 1.029

impõe, para tanto, que se trate de “recurso tempestivo”.

4. A intempestividade é tida pelo Código atual como vício grave e, portanto, insanável. Daí porque não se aplica à espécie o disposto no parágrafo único do art. 932 do CPC/15, reservado às hipóteses de vícios sanáveis.

5. Seja em função de previsão expressa do atual Código de Processo Civil, seja em atenção à nova orientação do STF, a jurisprudência construída pelo STJ à luz do CPC/73 não subsiste ao CPC/15: ou se comprova o feriado local no ato da interposição do respectivo recurso, ou se considera intempestivo o recurso, operando-se, em consequência, a coisa julgada.

6. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 957.821/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, Corte Especial, julgado em 20/11/2017, DJe 19/12/2017)

Não houve, pois, ocorrência da similitude fática entre o acórdão embargado e os paradigmas apontados, restando desatendidos os requisitos do § 4º do artigo 1.043 do CPC/2015 e do § 4º do artigo 266 do Regimento Interno.

Sobre o tema, os seguintes julgados da Corte Especial:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. SERVIDÃO DE ÁGUA. CISÃO DO JULGAMENTO. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA COM OS PARADIGMAS QUE JUSTIFI-

CAM A COMPETÊNCIA DA CORTE ESPECIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA ENTRE OS ARES-TOS. INDEFERIMENTO DOS EMBAR-GOS DE DIVERGÊNCIA MANTIDO. REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO À 2ª SE-ÇÃO PARA EXAME DA DIVERGÊNCIA ENTRE O ACÓRDÃO IMPUGNADO E AQUELES PROVENIENTES DA 4ª TUR-MA. AGRAVO INTERNO DO ESPÓLIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Suscitada a divergência com paradig-mas de Turmas da mesma Seção e de Turma de Seção diversa daquela de que provém o aresto embargado, ocorre a cisão do julga-mento com primazia da Corte Especial, com posterior remessa à Seção competente em relação aos demais paradigmas.

2. A comparação de acórdãos para o fim de demonstrar a divergência jurisprudencial pressupõe similitude fática e jurídica entre os casos confrontados e a adoção de teses jurí-dicas distintas, o que não acontece na hipó-tese dos autos.

[...]

(AgInt nos EREsp 1.124.506/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Corte Especial, julgado em 01/02/2018, DJe 09/02/2018)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS OS FUNDA-MENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ. AU-

SÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ARESTOS EM CONFRONTO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

I - Trata-se de agravo interno interposto contra decisão monocrática de indeferimento liminar dos embargos de divergência, diante da ausência de similitude fática entre o acórdão embargado e o julgado paradigma e incidência da súmula 168 do STJ.

II - Descumpre o art. 1.021, § 1º, do CPC e a Súmula nº 182 do STJ, o agravo interno que não impugna integralmente os fundamentos da decisão agravada.

III - A teor do enunciado contido na Súmula nº 182 do STJ, é inviável o agravo que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada. Precedentes.

IV - A ausência de similitude fática impede o comparativo entre acórdão embargado e paradigma de modo a obstar a configuração do dissídio jurisprudencial supostamente alegado pela parte.

Agravo Interno não provido.

(AgInt nos EAREsp 1.040.547/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Corte Especial, julgado em 19/12/2017, DJe 06/02/2018)

AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ALEGAÇÃO DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL QUANTO AO ARTIGO 535 DO CPC/1973, ATUAL ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. IMPOSSIBILIDADE DA CONFIGURAÇÃO DE DIVERGÊNCIA. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL OFERTADA NO CASO CONCRETO. INEXISTÊNCIA DE SIMI-

LITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS. DISSENSO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. O provimento do agravo interno requer a apresentação de fundamentos capazes de modificar a decisão impugnada.

2. Nos termos da jurisprudência vigente neste Superior Tribunal de Justiça, não cabe a revisão da prestação jurisdicional ofertada no caso concreto, seja através da alegação de dissídio jurisprudencial quanto ao artigo 535 do CPC/1973, seja quanto ao artigo 1.022 do CPC/2015. Precedentes.

3. Revela-se indispensável, para o conhecimento dos embargos de divergência, a demonstração efetiva, através do cotejo analítico, dos pontos identificadores das semelhanças existentes entre as teses confrontadas, nos moldes exigidos pelos artigos 1.043, § 4º, do CPC/2015 e 266, § 4º, do RISTJ. Situação inócurrenente no caso em exame.

4. Agravo interno improvido.

(AgInt nos EAREsp 515.791/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Corte Especial, julgado em 20/11/2017, DJe 04/12/2017)

Nesta linha de compreensão, inexistente direito da ora agravante a qualquer pronunciamento, nesta sede processual, em relação ao inciso V do § 1º do artigo 489 do CPC/2015, porque — além de não ter sido conhecido o recurso uniformizador pela motivação acima exposta —, referido dispositivo legal sequer foi discutido no acórdão impugnado da Ter-

ceira Turma, não se prestando os embargos de divergência como mera instância revisora dos órgãos fracionários desta Corte Superior, inclusive quanto à prestação jurisdicional ocorrida no caso concreto.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO MORAL COLETIVO. FECHAMENTO DE LOJAS DE EMPRESA DE TELEFONIA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ PELO ACÓRDÃO EMBARGADO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE DISSENSO. PRECEDENTES.

1. O recurso de embargos de divergência tem a finalidade de uniformizar a jurisprudência interna do Tribunal, com vistas a afastar eventual conflito em torno dela. É cabível nos casos em que, embora a situação fática dos julgados seja a mesma, há dissídio jurídico na interpretação da legislação aplicável à espécie entre as Turmas que compõem a Seção ou entre as Seções que compõem o Tribunal.

2. Como é possível verificar, trata-se de recurso limitado à análise da divergência jurisprudencial, não se prestando para revisar o acórdão embargado a fim de avaliar a justiça do entendimento exarado. Precedentes.

3. Inviável o conhecimento dos embargos de divergência quando não se verifica a similitude fática.

4. Hipótese em que o acórdão embargado não firmou tese com relação ao tema supostamente divergente, ante a aplicação da Súmula 7/STJ.

5. A finalidade dos embargos de divergência é a uniformização da jurisprudência do tribunal, não se apresentando como um recurso a mais nem se prestando para a correção de eventual equívoco ou violação que possa ter ocorrido no julgamento do recurso especial (AgInt nos EAREsp 862.496/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Corte Especial, julgado em 16/11/2016, DJe 30/11/2016).

6. Embargos de divergência não conhecidos. (EREsp 1150530/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2018, DJe 17/04/2018)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. REGRA DE CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de divergência caracterizam-se como recurso de fundamentação vinculada. Logo, o confronto das teses deve observar o que foi decidido pelo acórdão embargado, até porque não é possível rejulgar o recurso especial em sede de embargos de divergência.

2. À luz do que dispõe o art. 535 do Código de Processo Civil, para se observar

que a prestação jurisdicional está adequada, faz-se necessário verificar as peculiaridades de cada caso concreto, o que, por evidente, afasta a similitude fática entre os julgados.

AgRg nos EREsp 1.240.893/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Corte Especial, julgado em 07/11/2012, DJe 22/11/2012.

3. Os embargantes pleiteiam o entendimento do acórdão embargado, que não aplicou a Súmula nº 211/STJ (em razão da ausência de prequestionamento), bem como o óbice contido na Súmula nº 7/STJ (impossibilidade de reexame de provas). Porém, revela-se inviável rever - em embargos de divergência - o conhecimento do recurso especial.

4. A ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados obsta o processamento do dissídio. Os embargos de divergência cingem-se à natureza uniformizadora da jurisprudência interna, e não ao acerto ou desacerto do acórdão embargado.

Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EREsp 1.236.276/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Corte Especial, julgado em 16/12/2015, DJe 25/02/2016)

Quanto à multa do § 4º do artigo 1.021 do CPC/2015, cuja aplicação foi defendida na impugnação da parte ora agravada, descabe sua incidência no caso em exame, porque o agravo interno, embora de forma singela, impugnou especificamente os fundamentos da decisão agravada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.569.560 - RJ (2015/0114838-7)

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROFIS-SIONAIS DO MAGISTÉRIO PÚBLICO DA EDUCAÇÃO BÁSICA. JORNADA DE TRABALHO. ART. 2º, § 4º, DA LEI Nº 11.738/2008. RESERVA DE UM TERÇO DA CARGA HORÁRIA PARA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES COMPLEMENTARES. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. O STF, no julgamento da ADI 4.167, declarou a constitucionalidade da norma geral federal que reserva o percentual mínimo de 1/3 da carga horária dos docentes da educação básica para dedicação às atividades extraclasse.

2. O ofício do professor abrange, além das tarefas desempenhadas em classe, a preparação das aulas, as reuniões entre pais e mestres e as pedagógicas, entre outras práticas inerentes ao exercício do magistério.

3. O cômputo dos dez ou quinze minutos que faltam para que a “hora-aula” complete efetivamente uma “hora de relógio” não pode ser considerado como tempo de atividade extraclasse, uma vez que tal intervalo de tempo não se mostra, de forma alguma, suficiente para que o professor realize as atividades para as quais foi o limite da carga horária idealizado.

4. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Especial nº 1.569.560 – RJ, em que é Recorrente: Estado do Rio de Janeiro e Recorrido: Sindicato Estadual dos Profissionais de Educação do Rio de Janeiro. Acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro OG FERNANDES, negando provimento ao recurso, e o voto da Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, no mesmo sentido da divergência, por maioria, vencido o Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro OG FERNANDES, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro OG FERNANDES os Srs. Ministros MAURO CAMPBELL MARQUES e ASSUSETE MAGALHÃES.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO.

Brasília, 21 de junho de 2018. (data do julgamento)

MINISTRO OG FERNANDES

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, “a” e “c”, da CF) interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro cuja ementa é a seguinte:

Direito Constitucional e Administrativo. Ação civil pública. Profissionais de edu-

cação da rede pública estadual. Jornada de trabalho. Adequação. Reserva de um terço da carga horária para dedicação às atividades complementares. Artigo 2º, da Lei nº 11.738/2008. Inconstitucionalidade não reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Descumprimento da norma pelo Estado. Lei editada com claro objetivo de valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes período reservado a estudos, planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho, encontrando evidente fundamento no artigo 206, V da Constituição Federal. Atividade que não se restringe a ministrar aulas, mas exige a dedicação e o dispêndio de inúmeras horas com estudo para aperfeiçoamento e atualização profissional, correção de provas, avaliação de trabalhos e registro de notas, indispensáveis ao ensino de qualidade, garantido constitucionalmente (artigo 206, VII). Concessão de prazo razoável para a efetivação da obrigação, qual seja, um ano a contar da publicação da sentença, para o início do ano letivo, tempo suficiente para a implementação das medidas necessárias ao seu cumprimento. Decreto condenatório que deve ter seu resultado prático assegurado por medida coercitiva. Aplicação do artigo 461, § 5º do CPC e do artigo 11 da Lei nº 7.347/85. Sentença mantida em reexame necessário. Recurso desprovido.

O recorrente, nas razões do Recurso Especial, sustenta que ocorreu, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 2º, § 4º, da Lei nº 11.738/2008, sob a seguinte argumentação (f. 810-813, e-STJ, grifei):

Ademais, o quadro de horários das unidades escolares não compreende intervalos de

tempo entre cada aula (as aulas de 50 minutos ou de 45 minutos são contínuas), inexistindo, portanto, o fracionamento na carga horária de planejamento dos professores. Posto de outra forma, os 10 ou 15 minutos que “sobram” de cada aula podem ser somados e utilizados para atividades extraclasse de maneira contínua e extensa, ou em períodos apropriados quando se tratar de reuniões pedagógicas e outras atividades de planejamento que envolvam os demais profissionais da escola.

(...)

Ao se desconsiderar, no cômputo do terço de horas para atividades extraclasse, o fato de que a “hora-aula” é de 50 e 45 minutos (e não de 60 minutos) e, ainda, que as “sobras” de 10/15 minutos não são fracionadas entre cada aula (ministradas de maneira contínua), conferiu-se interpretação equivocada ao artigo 2º, § 4º, da Lei nº 11.738/08, violando-o, portanto.

Contrarrazões não apresentadas.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do Recurso Especial, *in verbis* (f. 1.005, e-STJ):

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. MAGISTÉRIO ESTADUAL. CARGA HORÁRIA. LIMITE MÍNIMO DE 1/3 (UM TERÇO) PARA ATIVIDADES COMPLEMENTARES COM A FINALIDADE DE ESTUDOS. ART. 2º, § 4º, DA LEI Nº 11.738/2008. CÁLCULO EM “HORA”, E NÃO EM “HORA-AULA”.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste gabinete em 16/02/2017.

Tratam os presentes autos de Ação Civil Pública ajuizada por entidade sindical contra o Estado do Rio de Janeiro, “objetivando a adequação da jornada de trabalho dos profissionais do magistério da rede pública estadual ao disposto no artigo 2º, § 4º da Lei nº 11.738/2008, a fim de se observar o percentual mínimo de 1/3 da composição da carga horária ao exercício das atividades complementares com a finalidade de estudos, planejamento e avaliação, remanescendo 2/3 para as atividades de interação com alunos” (f. 791, e-STJ).

A irresignação merece acolhida.

Inicialmente, cabe transcrever o que dispõe o art. 2º, § 4º, da Lei nº 11.738/2008:

Art. 2º O piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica será de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) mensais, para a formação em nível médio, na modalidade Normal, prevista no art. 62 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

(...)

§ 4º Na composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos.

Conforme se depreende do dispositivo legal acima indicado, a expressão “carga horária” se refere ao conceito universal de “hora” como unidade de medida de tempo, equivalente a 60 minutos, e não ao conceito variável de “hora-aula”, referente ao tempo de duração de uma aula.

Não se pode desprezar o tempo de dez ou quinze minutos de cada “hora-aula” que não é destinada à aula propriamente dita no cálculo do terço mínimo de atividades extra-classe. Tampouco se pode utilizar o simples cálculo de um terço sobre 40 “horas-aulas”, por exemplo, como se fossem 40 aulas, sem diferenciar hora de trabalho dentro e fora de sala de aula.

Acrescente-se que as atividades complementares de ensino de planejamento e de avaliação, com previsão no calendário letivo, também estão abarcadas pelo art. 2º, § 4º, da Lei nº 11.738/2008.

O art. 13 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional assim dispõe:

13. Os docentes incumbir-se-ão de:

I - participar da elaboração da proposta pedagógica do estabelecimento de ensino;

II - elaborar e cumprir plano de trabalho, segundo a proposta pedagógica do estabelecimento de ensino;

III - zelar pela aprendizagem dos alunos;

IV - estabelecer estratégias de recuperação para os alunos de menor rendimento;

V - ministrar os dias letivos e horas-aula estabelecidos, além de participar integral-

mente dos períodos dedicados ao planejamento, à avaliação e ao desenvolvimento profissional;

VI - colaborar com as atividades de articulação da escola com as famílias e a comunidade.

Não há como separar as semanas sem atividade de regência de classe da jornada de trabalho de professores, uma vez que tais períodos estão diretamente relacionados às incumbências legais dos docentes na realização de suas atividades, integrando a carga horária obrigatória a ser cumprida pelo professor.

Finalmente, destaco que não há previsão legal de que 1/3 da carga horária a ser ministrado em atividades complementares seja realizado em “horas corridas”.

Sendo assim, a realização do cálculo do termo de carga horária exigida por lei para atividades extraclasse que desconsidera o período em que o docente encontra-se fora de aula e utiliza o conceito variável de “hora-aula” contraria o art. 2º, § 4º, da Lei nº 11.738/2008, o que requer a reforma do acórdão recorrido quanto a este ponto.

Finalmente, destaco que, na sessão de julgamento de 27/6/2017, após Voto-Vista proferido pelo eminente Min. OG FERNANDES, procedi ao pedido de Vista Regimental para que fosse apreciado o precedente do STF trazido aos autos relativo à matéria aqui debatida.

Contudo, ressalto que o precedente em tela restringe-se a declarar a constitucionalidade da Lei nº 11.738/2008, que reserva 1/3 da carga horária de professores para dedica-

ção às atividades extraclasse, o que não foi em momento algum negado aqui. O objeto a presente controvérsia refere-se à extensão das atividades que devem ser incluídas nesse terço destinado às atividades extraclasse.

Sendo assim, mantenho meu posicionamento anteriormente delineado pelo acolhimento da pretensão recursal.

Diante do exposto, dou provimento ao Recurso Especial nos termos da fundamentação acima.

É como voto.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de recurso especial manejado pelo Estado do Rio de Janeiro, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, em oposição a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado.

A decisão combatida foi prolatada em ação civil pública interposta pelo Sindicato Estadual dos Profissionais da Educação, tendo entendido pela impossibilidade de utilização dos 10 minutos restantes que comporiam a hora-aula (que possui efetivamente 50 minutos) no cômputo do tempo destinado por lei às atividades extraclasse. É o que se observa do seguinte excerto (e-STJ, f. 797/798):

Isto porque o fracionamento das horas-aula não atende ao objetivo da norma, que é a dedicação de 1/3 de horas corridas para atividades complementares, sendo contraproducente a utilização de apenas 10 minutos em cada intervalo para tal fim, em evidente

prejuízo à qualidade imposta pela Constituição Federal.

Ademais, as semanas sem atividade de regência de classe, previstas no Decreto nº 363/77, não se enquadram no conceito de jornada de trabalho semanal, tratando-se, a bem da verdade, de período de recesso aplicado às atividades de planejamento do currículo do semestre letivo, como se observa do calendário escolar anexo ao referido diploma legal (f. 304).

Em seu recurso especial, alega o Estado que o acórdão proferido pelo Tribunal de origem teria violado o art. 2º, § 4º, da Lei nº 11.738/2008.

O Ministério Público Federal, em parecer de e-STJ, f. 1.005/1.008 opina pelo provimento do recurso, afirmando que, “se a hora-aula é fixada em 50 ou 45 minutos, aqueles 10 ou 15 minutos restantes já se destinam naturalmente ao terço de atividades extracurriculares”.

O Em. Ministro Relator deste feito, HERMAN BENJAMIN, manifestou-se pela procedência do recurso especial, argumentando a impossibilidade de que seja desprezado os minutos da hora-aula que não são destinados propriamente à atividade em sala.

Com a devida vênia, discordo do posicionamento do Ilustre Relator.

A composição da jornada de trabalho dos professores encontra-se disciplinada na Lei nº 11.738/2008, que instituiu o piso salarial para os profissionais do magistério da educação básica, *in verbis*:

Art. 2º O piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica será de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) mensais, para a formação em nível médio, na modalidade Normal, prevista no art. 62 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

[...]

§ 4º Na composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos.

Conforme se verifica do § 4º do dispositivo colacionado, apenas 2/3 (dois terços) da jornada de trabalho do professor pode ser destinada à atividade que envolva interação com os educandos.

O diploma normativo em questão foi discutido em controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal, o qual afirmou a constitucionalidade da norma quanto à reserva de 1/3 da carga horária dos professores para dedicação às atividades extraclasse, nos termos da seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. PACTO FEDERATIVO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA. PISO NACIONAL PARA OS PROFESSORES DA EDUCAÇÃO BÁSICA. CONCEITO DE PISO: VENCIMENTO OU REMUNERAÇÃO GLOBAL. RISCOS FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO. JORNADA DE TRABALHO: FIXAÇÃO DO TEMPO MÍNIMO PARA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES

EXTRACLASSE EM 1/3 DA JORNADA. ARTS. 2º, §§ 1º E 4º, 3º, CAPUT, II E III E 8º, TODOS DA LEI Nº 11.738/2008. CONSTITUCIONALIDADE. PERDA PARCIAL DE OBJETO.

1. Perda parcial do objeto desta ação direta de inconstitucionalidade, na medida em que o cronograma de aplicação escalonada do piso de vencimento dos professores da educação básica se exauriu (arts. 3º e 8º da Lei nº 11.738/2008).

2. É constitucional a norma geral federal que fixou o piso salarial dos professores do ensino médio com base no vencimento, e não na remuneração global. Competência da União para dispor sobre normas gerais relativas ao piso de vencimento dos professores da educação básica, de modo a utilizá-lo como mecanismo de fomento ao sistema educacional e de valorização profissional e não apenas como instrumento de proteção mínima ao trabalhador.

3. É constitucional a norma geral federal que reserva o percentual mínimo de 1/3 da carga horária dos docentes da educação básica para dedicação às atividades extraclasse.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Perda de objeto declarada em relação aos arts. 3º e 8º da Lei nº 11.738/2008.

Interessante destacar, no ponto, que, por ocasião do julgamento da ADI nº 4.167, o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, em seu voto, consignou que:

Eu entendo que a fixação de um limite máximo de 2/3 (dois terços) para as ativida-

des de interação com os alunos, ou, na verdade, para a atividade didática, direta, em sala de aula, mostra-se perfeitamente razoável, porque sobrarão apenas 1/3 (um terço) para as atividades extra-aula.

Quem é professor sabe muito bem que essas atividades extra-aula são muito importantes. No que consistem elas? Consistem naqueles horários dedicados à preparação das aulas, encontros com pais, com colegas, com alunos, reuniões pedagógicas, didáticas; portanto, a meu ver, esse mínimo faz-se necessário para a melhoria da qualidade do ensino e também para a redução das desigualdades regionais.

Conforme se verifica do mencionado ex-certo, o limite de 2/3 (dois terços) da jornada do professor com atividades de interação com educando justifica-se exatamente pela importância das atividades extra-aula para esses profissionais.

O ofício do professor abrange, além das tarefas desempenhadas em classe, a preparação das aulas, as reuniões pedagógicas e as com os pais, entre outras práticas inerentes ao exercício do magistério.

Assim, sendo essa a razão de ser da mencionada limitação, não se mostra razoável o cômputo dos 10 (dez) ou 15 (quinze) minutos que faltam para que a “hora-aula” complete efetivamente uma hora como atividade extraclasse.

Tal interím não se mostra, de forma alguma, suficiente para que o professor realize nenhuma das atividades para as quais foi o limite idealizado.

Frise-se, ainda, que esses minutos necessitam ser utilizados pelo professor com o seu deslocamento, organização dos alunos e até recuperação do desgaste causado em sua voz, entre outros aspectos inerentes ao exercício do magistério.

Tais práticas, embora não se enquadrem propriamente como desempenho relacionado à interação com educandos, tampouco se encaixam naquelas que lastream a reserva de 1/3 da carga horária do professor para atividade extraclasse.

Desse modo, entendo que os minutos que faltam para o cumprimento de uma “hora-relógio” não podem ser computados como tempo de atividade extraclasse.

Ante o exposto, voto pelo não provimento do recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES:

Trata-se recurso especial interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, com base no art. 105, III, a e c, da CF/1988, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça desse Estado nestes termos sintetizado (e-STJ f. 790):

Direito Constitucional e Administrativo. Ação civil pública. Profissionais de educação da rede pública estadual. Jornada de trabalho. Adequação. Reserva de um terço da carga horária para dedicação às atividades complementares. Artigo 2º, § 4º,

da Lei nº 11.738/2008. Inconstitucionalidade não reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Descumprimento da norma pelo Estado. Lei editada com claro objetivo de valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes período reservado a estudos, planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho, encontrado evidente fundamento no artigo 206, V, da Constituição Federal. Atividade que não se restringe a ministrar aulas, mas exige a dedicação e o dispêndio de inúmeras horas com estudo para aperfeiçoamento profissional, correção de provas, avaliação de trabalhos e registro de notas, indispensáveis ao ensino de qualidade, garantido constitucionalmente (artigo 206, VII). Concessão de prazo razoável para a efetivação da obrigação, qual seja, um ano a contar da publicação da sentença, para o início do ano letivo, tempo suficiente para a implementação das medidas necessárias ao seu cumprimento. Decreto condenatório que deve ter seu resultado prático assegurado por medida coercitiva. Aplicação do artigo 461, § 5º, do CPC e do artigo 11 da Lei nº 7.347/1985. Sentença mantida em reexame necessário. Recurso desprovido.

Nas razões do especial, o recorrente defende violação do art. 2º, § 4º, da Lei nº 11.738/2008, pois a jornada de trabalho de seus professores efetivos não pode sofrer redução de um terço, mesmo a título de garantia de tempo mínimo para atividades complementares (como planejamento, estudo e avaliação). Isso porque os 10 ou 15 minutos finais de cada aula podem ser utilizados para atividades extraclasse. Defende, em síntese, que (e-STJ f. 816):

Contudo, considerando-se que essas 12 horas-aula não têm 60 minutos cada, mas sim 50 minutos, percebe-se que o professor ministrará 10 horas reais de aula (12 horas x 50 minutos = 600 minutos ou 10 horas). Logo, das 12 horas, sobrarão 2 horas, que, somadas às 4 horas previstas na Resolução SEE nº 2.617/03, até mesmo superam a exigência da Lei nº 11.738/08.

Sem contrarrazões.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial.

Já em sessão de julgamento neste STJ, o Exmo. Min. HERMAN BENJAMIN ratificou seu voto pelo provimento do recurso especial, apesar do voto-vista do Min. OG FERNANDES em sentido contrário. Pedí vista, então, para melhor análise do processo.

É o breve relatório.

Inicialmente, é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo nº 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.

A pretensão não merece acolhida, nos exatos e precisos termos apresentados pelo Exmo. Min. OG FERNANDES.

O objetivo do Estado do Rio de Janeiro está consubstanciado em uma conta aritmética simples, amparada no seguinte silogismo:

I) a jornada de trabalho dos professores é contada por meio de horas (formadas por 60 minutos) trabalhadas por semana;

II) a hora de uma aula não é de 60 minutos, mas sim de 50 minutos (trabalho diurno) ou 45 minutos (trabalho noturno);

III) logo, os 10 ou 15 minutos excedentes à hora-aula devem ser computados na jornada semanal do professor como tempo de serviço extraclasse.

Entretanto, entendo que a jornada de trabalho de um professor efetivo não é computada apenas por atividades dentro de uma sala de aula. A lei, por não ignorar a alta complexidade na formação educacional de um ser humano, determinou que professores se dedicassem a atividades extraclasse. A propósito, veja-se o art. 2º, § 4º, da Lei nº 11.738/2008:

Art. 2º. [...]

§ 4º Na composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos.

Dessa forma, um terço de toda a jornada de trabalho dos professores deve ser destinado a atividades externas, fora da interação com os educandos, tais como planejamento escolar, conversas com responsáveis de alunos. Em outras palavras, um terço da jornada de trabalho de um professor tem como fim a

preparação do que será ensinado, exame de como o conteúdo será melhor absorvido pelos educandos, etc.

A lógica aritmética desenvolvida pelo Estado do Rio de Janeiro não se aplica, senão com ressalvas, a relações humanas sociais complexas. Na verdade, os 10 ou 15 minutos não se mostram, nem mesmo, suficientes para que qualquer professor realize atividades extraclasse. Basta lembrar as atividades cotidianas, dentro de uma escola: geralmente, ao final de uma hora-aula, o professor deve arrumar suas coisas e se dirigir a uma outra classe, na qual irá iniciar outra hora-aula; devem ser computadas, também nesse intervalo, pausas para necessidades fisiológicas; ainda, fatos corriqueiros, como pedir silêncio em sala de aula, organizar os alunos para início das tarefas, e muitos outros, devem ser incluídos.

Em suma: desses 10 ou 15 minutos não sobra nada (ou quase nada), para o professor planejar, estudar e preparar suas lições. Incluir tais minutos como atividades extraclasse, passa, primeiro, por uma flagrante inviabilidade prática; depois, por uma exigibilidade inalcançável de excelência profissional. Essa conclusão fulmina a pretensão do Estado do Rio de Janeiro.

Ainda, reitero o referido pelo Exmo. Min. OG FERNANDES, quanto ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no exame da ADI nº 4.167:

CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. PACTO FEDERATIVO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA. PISO NACIONAL PARA OS PROFESSORES DA EDUCA-

ÇÃO BÁSICA. CONCEITO DE PISO: VENCIMENTO OU REMUNERAÇÃO GLOBAL. RISCOS FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO. JORNADA DE TRABALHO: FIXAÇÃO DO TEMPO MÍNIMO PARA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES EXTRACLASSE EM 1/3 DA JORNADA. ARTS. 2º, §§ 1º E 4º, 3º, *CAPUT*, II E III E 8º, TODOS DA LEI Nº 11.738/2008. CONSTITUCIONALIDADE. PERDA PARCIAL DE OBJETO.

[...]

3. É constitucional a norma geral federal que reserva o percentual mínimo de 1/3 da carga horária dos docentes da educação básica para dedicação às atividades extraclasse. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Perda de objeto declarada em relação aos arts. 3º e 8º da Lei nº 11.738/2008.

(ADI 4.167, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2011, DJe-162 DIVULG 23/08/2011 PUBLIC 24/08/2011 EMENT VOL-02572-01 PP-00035 RTJ VOL-00220-01 PP-00158 RJTJRS v. 46, nº 282, 2011, pp. 29-83)

Finalmente, também quanto à mencionada ADI, sublinho novamente a natureza e a importância das atividades extraclasse, fixadas no voto do Exmo. Min. RICARDO LEWANDOWSKI:

Quem é professor sabe muito bem que essas atividades extra-aula são muito importantes. No que consistem elas? Consistem naqueles horários dedicados à preparação das aulas, encontros com pais, com colegas,

com alunos, reuniões pedagógicas, didáticas; portanto, a meu ver, esse mínimo faz-se necessário para a melhoria da qualidade do ensino e também para a redução das desigualdades regionais.

Dessa forma, tal como salientado pelo Exmo. Min. OG FERNANDES, “entendo que os minutos que faltam para o cumprimento de uma ‘hora-relógio’ não podem ser computados como tempo de atividade extraclasse”. Portanto, sem razão o Estado do Rio de Janeiro.

Ante o exposto, com as devidas vênias ao Exmo. Ministro Relator HERMAN BENJAMIN, acompanho a divergência e nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VOGAL

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Senhor Presidente, esse é um tema importante e que é decidido, pela primeira vez, no âmbito do STJ.

Li atentamente o voto de Vossa Excelência, o voto-vista anterior, do Ministro OG FERNANDES, que é divergente, e também o voto-vista do Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Efetivamente, também estou entendendo que esses 10 ou 15 minutos que sobram, de 1 hora ou de 60 minutos, não poderiam ser computados, porque a realidade mostra a impossibilidade de se aproveitar a soma dessas sobras, para se computar o tempo destinado, por lei, às atividades extraclasse.

Entendo, pedindo a mais respeitosa vên-

nia a Vossa Excelência, que a solução que foi dada ao caso, pelo Ministro OG FERNANDES, e agora ratificada pelo Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, é mais coerente com a realidade, com aquilo que sabemos que efetivamente ocorre, e é mais coerente também com os pareceres do MEC a respeito do assunto e com o julgamento levado a efeito, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Aqui se invocou, não só no voto-vista do Ministro OG FERNANDES, como também no do Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, o voto do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, no STF, que bem demonstra que a posição adotada pelo Estado do Rio de Janeiro não se revela a mais consentânea com o Direito.

Pedindo a mais respeitosa vênua a Vossa Excelência, acompanho a divergência.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.789.667 - RJ (2018/0345465-0)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. VÍNCULO CONJUGAL (UNIÃO ESTÁVEL). OBRIGAÇÃO ALIMENTAR TEMPORALMENTE LIMITADA. LIBERALIDADE DO CREDOR EM PERMANECER ADIMPLINDO OS ALIMENTOS POR QUINZE ANOS APÓS O TÉRMINO DO PRAZO INICIALMENTE ACORDADO. “*SURRECTIO*”.

1. Não é omissa a solução, nem se revela nula, quando enfrenta as questões relevantes a ele devolvidas, dando a elas suficiente-

mente fundamentada solução.

2. Na leitura das provas produzidas, especialmente das alegações antagonistas formuladas pelos litigantes acerca dos seus efeitos, evidenciou o acórdão recorrido a sua convicção no sentido da liberalidade concedida por mais de uma década pelo credor, adimplindo a pensão à sua ex-convivente, circunstância que acaba por adentrar à seara meramente probatória, insindicável por este Tribunal Superior.

3. O reiterado pagamento da pensão por parte do devedor, somado à especial condição da credora, em idade avançada, sem colocação no mercado de trabalho e em tratamento de doença, afasta os efeitos negativos da coisa julgada e evidencia a existência de título a fundamentar sua presença no polo ativo do cumprimento de sentença.

4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de recurso especial interposto por M F C G, com fundamento na alínea “a” do inciso III do art. 105 da CF, contra o acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cuja ementa está assim redigida:

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À COISA JULGADA E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. TRANSCURSO DO PRAZO OBRIGACIONAL

ESTABELECIDO NO ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE. ALIMENTOS FORNECIDOS POR MERA LIBERALIDADE E VOLUNTARIAMENTE AO EX-CÔNJUGE POR LONGO PERÍODO APÓS O AJUSTADO, CERCA DE QUINZE ANOS, FAZENDO SURGIR O DIREITO À PRESTAÇÃO, SOMADO À FRUSTRAÇÃO DE REINSERÇÃO DA ALIMENTANTE NO MERCADO DE TRABALHO, SUA IDADE AVANÇADA E À GRAVE DOENÇA QUE PADECE, A JUSTIFICAR, POR ORA, SUA MANUTENÇÃO, CONSOANTE ENTENDIMENTO DO C. STJ. MANUTENÇÃO DA SOLUÇÃO ANTERIOR DESTES RELATOR. AGRAVO COINHECIDO E DESPROVIDO.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Em suas razões recursais, sustentou a afronta aos arts. 11, 371, 502, 503, 505, inciso I, 513, § 2º, 489, § 1º, IV, 786 e 1.022 do Código de Processo Civil. Referiu que a execução não possui lastro em título executivo, pois créditos feitos a partir de 2003 na conta da recorrida destinavam-se ao pagamento dos alimentos devidos em pecúnia à filha, já que, pelo acordo homologado nos autos de 2001, os alimentos devidos à recorrida seriam pagos apenas por um período de 24 meses.

Disse que o acórdão, ao manter a execução pelo rito do art. 528 do CPC, viola a coisa julgada e o devido processo legal, pois os fatos em que se baseia são supervenientes à sentença que constituiu o título executivo, afrontando-a, e, também, a sentença que jul-

gou improcedente o pedido da recorrida de prorrogar a obrigação alimentar.

Destacou ter sido o acórdão deficientemente fundamentado, desconsiderando os seus argumentos do recorrente e, também, não identificando quais provas levaram à formação do seu convencimento. Omissis em relação aos dispositivos de lei sustentadamente violados e: a) à sentença prolatada em sede revisional; b) ao término do pensionamento de sua ex-consorte; c) ao fato de que após a maioridade de sua filha, depositara em duas contas, sendo que na conta da recorrida apenas valores relativos ao pagamento da moradia da filha e que nunca os depósitos superavam o valor devido à filha; d) ao fato de que ajuizou ação para reduzir os alimentos devidos à filha, que foram reduzidos para 2,5 salários, mantida a obrigação de pagamento da faculdade e do plano de saúde. Pediu a concessão de efeito suspensivo e o provimento do recurso.

A parte recorrida apresentou contrarrazões, sustentando, em suma, que as provas corroboram o pagamento da pensão acordada até 2017, evidentemente superando-se o prazo de 24 meses originalmente acordado.

Ressaltou que sua saúde encontra-se combalida em face da cirurgia invasiva e tratamentos desgastantes a que se submeteu em 2008 para o tratamento de câncer e que ainda são administrados para evitar uma recidiva. Acresceu o fato de possuir 60 anos de idade (16/10/2018). Referiu que o recurso não pode ser conhecido, pois as ações de concessão ou exoneração envolvem direto exame dos fatos, fazendo-se atraído o enunciado 7/

STJ. Finalizou dizendo da *surrectio* decorrente dos 15 anos de prestação dos alimentos e a presença da necessidade do pensionamento, postulando o desprovemento.

O recurso foi admitido na origem, tendo a Corte local concedido-lhe efeito suspensivo, determinando a suspensão da execução de alimentos (f. 278/280 e-STJ).

O Ministério Público Federal pugnou pelo não conhecimento do recurso especial.

A parte recorrida formulou pedido de afastamento do efeito suspensivo concedido na origem.

É o relatório.

Passo a decidir.

Inicialmente, registro que o acórdão recorrido foi publicado já sob a vigência da Lei nº 13.105/2015, razão por que o juízo de admissibilidade é realizado na forma deste novo édito, conforme Enunciado Administrativo nº 3/STJ.

O presente recurso especial é interposto em face de acórdão que deu provimento a agravo de instrumento interposto pela recorrida contra a decisão que reconheceu, no curso de ação de execução de alimentos ajuizada por ela e pela filha dos ora litigantes, inexistir título executivo a fazer embasada a execução em favor da ex-consorte do executado/recorrente.

Consoante o acórdão recorrido, a cristalizar os fatos relevantes para a causa, celebrou-se acordo entre o recorrente e a recorrida, isso nos idos de 2011, segundo o qual

se previu o dever de o recorrente prestar alimentos à recorrida pelo prazo de vinte e quatro meses. Findo o referido período, o devedor dos alimentos teria permanecido voluntariamente, a prestá-los até agosto de 2017, quando fora ajuizada a execução em relação a qual o presente recurso especial é interposto.

Reconheceu-se, ainda, a presença dos requisitos necessidade/possibilidade, afastando a alegação de afronta à coisa julgada e ao devido processo legal, pois o dever de prestar alimentos decorreria da boa-fé objetiva, consubstanciada aqui a figura da *surrectio*, decorrente da liberalidade e voluntariedade do adimplemento por longo período pelo recorrente, após o transcurso do acordado, subsistindo o título executivo primitivo.

Início com a análise de negativa de prestação jurisdicional.

As alegadas omissões e a deficiente fundamentação do acórdão recorrido, entendo, não se sustentam, configurando, sim, irrealização, mediante instrumento indevido, à conclusão havida pela Corte de origem acerca da liberalidade por parte do recorrente em prestar alimentos à sua ex-consorte e, disso, fazer integrar o título executivo originalmente celebrado e suportar a presente execução de alimentos.

Bem analisadas as razões, ambas as partes indicam provas no sentido da referida voluntária continuidade da prestação de alimentos, não se podendo exigir desta Corte Superior a análise do contexto fático probatório para, do modo como pretende o recorrente, reconhecer relevantes tais ou quais

provas a suportar as conclusões ou não do acórdão recorrido.

O próprio recorrente, aliás, apesar de referir que, após 2003, não mais teria continuado a adimplir a pensão de sua ex-companheira, afirma que teria, em um dado momento, passado a adimplir a pensão de sua filha na conta-corrente desta e, também, na conta-corrente de sua esposa, isso por força de pretensas despesas com moradia.

O argumento responsivo ao fato de que houve depósitos na conta da exequente recorrida até 2017 não impressiona, senão acaba por corroborar o quanto concluído, não só pelo Tribunal de origem, mas pelo juízo que leva à frente a execução, no sentido de que a pensão remanesceu sendo adimplida, mesmo após o término do prazo de 24 meses.

Na verdade, esta Corte Superior tem como premissa a temporariedade do direito ao pensionamento ao ex-cônjuge ou ex-companheiro/a, no entanto, bem andou o acórdão recorrido ao ressaltar que a premissa cede diante de situações pessoais especiais vividas pelo credor dos alimentos. A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REVISÃO DE ALIMENTOS. EXONERAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. CONFIGURADA SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.

1. O dever de prestar alimentos entre ex-cônjuges deve ser fixado com termo certo, salvo em hipóteses específicas em que um dos cônjuges não possa por seus próprios meios suprir sua subsistência, como acon-

tece quando está afastado do mercado de trabalho por longo período ou acometido de doença que o impeça de trabalhar. Súmula nº 568/STJ. Precedentes.

2. Agravo interno no recurso especial não provido. (AgInt no REsp 1.756.542/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 03/12/2018, DJE 05/12/2018)

RECURSOS ESPECIAIS. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE ALIMENTOS. EX-CÔNJUGES. EXCEPCIONALIDADE. TRINÔMIO ALIMENTAR. NECESSIDADE DA ALIMENTADA. AFERIÇÃO. MANUTENÇÃO DA CONDIÇÃO SOCIAL ANTERIOR À RUPTURA DA UNIÃO. CAPACIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE. GESTOR E USUFRUATÁRIO DO VULTUOSO PATRIMÔNIO FAMILIAR. QUANTUM ALIMENTAR. PROPORCIONALIDADE. ARTIGOS 1694, § 1º E 1.695, DO CÓDIGO CIVIL. REVISÃO. SÚMULA Nº

07/STJ. JUNTADA DE DOCUMENTO NA FASE RECURSAL. POSSIBILIDADE. FORMA DE APURAÇÃO DOS LUCROS, RESERVAS E DIVIDENDOS DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ.

1. Controvérsia em torno da viabilidade da estipulação de alimentos civis entre os ex-cônjuges, bem como se o *quantum* fixado deve ser adequado à manutenção da realidade social vivenciada pelo ex-casal à época da ruptura da união, estando pendente a partilha de vultuoso patrimônio comum.

2. As questões submetidas ao Tribunal de origem foram adequadamente apreciadas, não se evidenciando afronta ao art. 1.022 do CPC/2015.

3. Segundo a orientação jurisprudencial do STJ, com esteio na isonomia constitucional, a obrigação alimentar entre cônjuges é excepcional, de modo que, quando devida, ostenta caráter assistencial e transitório.

4. A perenização da obrigação alimentar, a excepcionar a regra da temporalidade, somente se justifica quando constatada a impossibilidade prática de o ex-cônjuge se inserir no mercado de trabalho em emprego que lhe possibilite, em tese, alcançar o padrão social semelhante ao que antes detinha, ou, ainda, em razão de doença própria ou de algum dependente comum sob sua guarda. Precedentes específicos.

5. A conjuntura familiar dos recorrentes, retratada nas instâncias ordinárias, se amolda à situação excepcional descrita, reconhecendo-se a incapacidade de autossustento do cônjuge que pleiteou os alimentos.

6. Nos termos do art. 1.694 do Código Civil, os alimentos devidos entre cônjuges destinam-se à manutenção da qualidade de vida do credor, preservando, o tanto quanto possível, a mesma condição social desfrutada na constância da união, conforme preconizado na doutrina e jurisprudência desta Corte.

7. Impossibilidade de revisão, a teor da Súmula nº 07/STJ, das conclusões alcançadas no acórdão recorrido acerca da presença dos elementos necessários para a concessão da pensão alimentícia, especialmente para

majorar ainda mais o quantum fixado, como postulou a autora, ou, até mesmo, para reconhecer a desnecessidade desta verba, como quer o réu, por implicar o revolvimento do extenso conjunto probatório dos autos.

8. Inexistência de risco de “*bis in idem*” em razão da autora ter postulado em ação própria alimentos compensatórios, uma vez que esta ação foi julgada extinta sem julgamento do mérito, decisão mantida por esta Terceira Turma no REsp nº 1.655.689/RJ.

9. Hipóteses de cabimento dos alimentos compensatórios (indenizatórios) que não se confundem com as dos alimentos civis devidos entre cônjuges (art. 1.694, do Código Civil), vinculados estritamente às necessidades daquele que os recebe, de caráter assistencial e suficiente para que o alimentando viva de modo compatível com a sua condição social.

10. Possibilidade de juntada de documentos novos na fase recursal, desde que não se trate de documento indispensável à proposição da ação, não haja má-fé na ocultação e seja ouvida a parte contrária (AgRg no REsp 1.362.266/AL, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, DJe 10/09/2015).

11. A ausência de manifestação no acórdão recorrido acerca da forma de apuração dos lucros, reservas e dividendos das sociedades anônimas, matérias de que tratam os artigos 187, 189, 190, 191, 192, 201 e 202 da Lei nº 6.404/76, alegadamente violados, impede o conhecimento da matéria, nos termos do enunciado da Súmula nº 211/STJ.

12. RECURSOS ESPECIAIS DESPROVIDOS. (REsp 1.726.229/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 15/05/2018, DJE 29/05/2018)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS ENTRE EX-CÔNJUGES. CARÁTER TRANSITÓRIO. AÇÃO DE EXONERAÇÃO. POSSIBILIDADE DO ALIMENTANTE INALTERADA. INCAPACIDADE LABORAL DA ALIMENTADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência atualmente consolidada no STJ, os alimentos entre ex-cônjuges devem ser fixados, como regra, com termo certo, somente se justificando a manutenção por prazo indeterminado do pensionamento em face de situação excepcional, como a incapacidade permanente para o trabalho ou a impossibilidade de reinserção no mercado de trabalho.

2. Hipótese em que as instâncias de origem, soberanas na análise da prova, concluíram pela improcedência do pedido de exoneração, em face das possibilidades do alimentante e da incapacidade da alimentada de prover o próprio sustento, dada sua idade avançada e doenças diversas de que padece. Situação excepcional que não justifica a exoneração da obrigação alimentar.

3. Recurso especial não provido. (REsp 1.558.070/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 01/12/2016)

Na espécie, em que pese tenha findado

o consórcio de vida a que se comprometeram os litigantes quando a recorrida ainda possuía aproximadamente 43 anos de idade, isso no ano de 2001, os fatos, na forma como apreciados pela instância hegemonicamente competente para tanto, evidenciam que o recorrente remanescera a adimplir os alimentos até 2017, ou seja, até os 59 anos de idade.

Quando da suspensão dos pagamentos, a credora não havia se colocado no mercado de trabalho, o que perdura até hoje, situação que ainda se agrava pela idade e por se encontrar, até o momento, em tratamento para evitar recidiva de câncer de mama.

A conjuntura, pois, não é daquelas em que se considere, tão somente, a sentença de improcedência da revisional por ela proposta, tendo as circunstâncias fáticas se modificado e, com isso, refugindo-se dos efeitos negativos da coisa julgada.

Os fatos, por outro lado, enunciam efetivamente o exercício solidário de uma liberalidade por parte do devedor de alimentos, cuja capacidade econômica sequer é discutida, solidariedade esta que deve remanescer, notadamente diante da atual conjuntura da credora de alimentos.

A verba alimentar na relação entre ex-consortes tem fundamento exatamente na solidariedade e está voltada ao suprimento das necessidades de sobrevivência com dignidade.

Como explica MARIA BERENICE DIAS: “A necessidade é pautada na comprovação da queda desarrazoada das condições de vida do titular do direito, ou da sua real dificuldade de obter rendimentos necessários,

por inexistência de patrimônio, de renda ou de capacidade para o trabalho.” (in *Alimentos*, Ed. RT, 2ª ed. em e-book, 2017, Cap. 1)

Finalmente, reporto-me aos fundamentos do acórdão recorrido no sentido da incidência da boa-fé objetiva, especialmente na sua função como fonte de direitos e limite ao seu exercício.

Por 15 anos o recorrente, consoante o acórdão recorrido, atendera as necessidades básicas de sua ex-consorte, mesmo após o término do lapso obrigacional estabelecido voluntariamente entre as partes.

A credora, à época, possuía pouco mais de 40 anos de idade e, não conseguindo colocar-se no mercado de trabalho depositara o seu sustento na pensão adimplida pelo recorrente. Na verdade, é preciso que se registre, não há maiores elementos ou mais bem especificados a justificar a ausência de êxito na colocação da alimentante no mercado de trabalho, mas o fato que se cristalizara é não ter ela logrado atividade remunerada.

Passados 15 anos sob esta conjuntura, que, aliás, agravara-se em face da avançada idade da exequente e, ainda, do seu acometimento de grave doença da qual ainda se trata para evitar o seu retorno, tenho que é efetivamente integradora - do direito originalmente estabelecido por prazo determinado - a expectativa criada na alimentanda, configurando-se o que se denominou de *surrectio*, que expressão do “*nemo potest venire contra factum proprium*”.

Se é verdade que o agir solidário e com base em liberalidade do devedor não deve

ser reprimido, mas exaltado, a verdade é que a conjuntura em que se encontra a credora atualmente quando da manifestação por parte do devedor no sentido de não mais subsidiar a sua sobrevivência se acresce a esta liberalidade modificando o direito inscrito no acordo originalmente celebrado e criando a partir daí o direito de a recorrida ver o seu sustento garantido no delicado momento que sua vida se encontra.

Ressalto, a *surrectio*, em questões como a presente, pode ser causa do surgimento de direito subjetivo.

O seu reconhecimento não estará fundado apenas na reiteração do comportamento por parte do devedor de alimentos, no caso realização do pagamento da pensão após o prazo originalmente acertado, mas, também, na geração de uma expectativa legítima por parte da credora e, especialmente, na especial condição vivida pela necessitada dos alimentos.

Ante todo o exposto, nego provimento ao recurso especial.

Afasto, assim, o efeito suspensivo concedido, determinando que se comunique com urgência para o juízo em que tramita a execução a negativa de provimento do recurso especial do executado.

Prejudicado, ainda, o pedido de contracautela formulado pela recorrida. Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2019.

**MINISTRO PAULO DE TARSO
SANSEVERINO**

Relator

**HABEAS CORPUS Nº 474.360 - RJ
(2018/0272453-7)**

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. TEMAS NÃO ANALISADOS PELA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE. 4. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO ART. 41 DO CPP. AMPLA DEFESA ASSEGURADA. 5. AUSÊNCIA

DE JUSTA CAUSA. NÃO VERIFICAÇÃO. INDÍCIOS DE AUTORIA DEMONSTRADOS. COMPROVAÇÃO QUE DEMANDA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. 6. INTERROGATÓRIO DO RÉU. NECESSIDADE DE DESLOCAMENTO. SITUAÇÃO QUE ONERA O PACIENTE.

CERCEAMENTO DE DEFESA. EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. POSSIBILIDADE. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. PRINCÍPIO NÃO ABSOLUTO. COLABORAÇÃO ENTRE JUÍZOS. PRECEDENTES DA TERCEIRA SEÇÃO. 7. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, PARA AUTORIZAR QUE O INTERROGATÓRIO DO PACIENTE SEJA REALIZADO POR MEIO DE CARTA PRECATÓRIA.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utiliza-

ção crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Parte dos temas trazidos no presente *mandamus*, referente à incompetência bem como à desclassificação do crime, não foi previamente analisada pelo Tribunal de origem, o que denota a existência de supressão de instância. Como é cediço, a ausência de prévia manifestação das instâncias ordinárias sobre os temas discutidos no *mandamus* inviabiliza seu conhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, porquanto estar-se-ia atuando em patente afronta à competência constitucional reconhecida a esta Corte, nos termos do art. 105 da Carta Magna.

3. O trancamento da ação penal somente é possível na via estreita do *habeas corpus* em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

4. Pela leitura da inicial acusatória, bem como do acórdão recorrido, verifica-se que a denúncia é suficientemente clara e concatenada, e atende aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não revelando quaisquer vícios formais. De fato, encontra-se descrito o fato criminoso, com todas as circunstâncias necessárias a delimitar a imputação, encontrando-se devidamente assegurado o exercício da ampla defesa.

5. A narrativa é suficientemente clara e concatenada, demonstrando a efetiva existência de justa causa, consistente nos indícios de autoria e na materialidade. Assim, a comprovação ou não dos fatos deve ser demonstrada durante a instrução processual, momento apropriado para o Magistrado exercer seu juízo de convicção acerca dos elementos probatórios juntados aos autos.

6. Embora a regra seja a realização presencial do interrogatório, deve ser autorizada sua realização por meio de carta precatória ou de videoconferência, nos casos em que a necessidade de deslocamento possa inviabilizar o direito de defesa. Dessa forma, não há óbice à realização do interrogatório do réu por meio de carta precatória, em virtude de lhe ser mais benéfico. De fato, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça já assentou que o princípio da identidade física do juiz, introduzido no Processo Penal pela Lei nº 11.719/2008, não é absoluto e não impede a realização do interrogatório do réu por meio de carta precatória.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para autorizar que o interrogatório do paciente, na Ação penal nº 0009027-37.2016.8.19.0003, seja realizado por meio de carta precatória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de *Habeas Corpus* nº 474.360 – RJ em que são Impetrante: João Carlos Ferreira Amaro Correia, Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Paciente: Walisson Luiz de Souza, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça,

por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *Habeas Corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros RIBEIRO DANTAS, JOEL ILAN PACIORNIK, FELIX FISCHER e JORGE MUSSI votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de dezembro de 2018.

(Data do Julgamento)

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Walisson Luiz de Souza apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso no art. 158, *caput*, do Código Penal. Irresignada, a defesa impetrou prévio *mandamus*, cuja ordem foi denegada, nos termos da seguinte ementa (e-STJ f. 26):

Habeas Corpus. Alegação de Pretensão de incompetência do Juízo. Pedido de trancamento da ação penal sob a alegação de ausência de justa causa. Requerimento de desclassificação do crime de extorsão para o crime de exercício arbitrário das próprias razões, previsto no artigo 345, do Código Penal, com o deslocamento de competência para o JECRIM, bem como o reconhecimento da prescrição. Liminar indeferida. Parecer ministerial pelo não conhecimento do pedido

de declaração de incompetência do Juízo. No mérito, opinou pela denegação da ordem. 1. Paciente denunciado pela prática, em tese, do crime de extorsão, previsto no artigo 158, do Código Penal, sem que tenha sido decretada sua prisão preventiva. 2. Segundo consta dos autos, a defesa do acusado também apresentou a preliminar de incompetência do Juízo em primeira instância. Assim, a análise da matéria importaria em supressão de instância, com a consequente violação ao princípio do juiz natural, tendo em vista que em breve a resposta à acusação será apreciada. 3. Não se pode deferir o trancamento da ação penal já que, de início, não se verifica violação ao princípio do devido processo legal ou ausência de justa causa para oferecimento da peça exordial, devendo a questão ser apreciada pelo Juízo *a quo*. 4. As alegações relativas à desclassificação do crime de extorsão para o crime de exercício arbitrário das próprias razões, com o consequente deslocamento de competência para o JECRIM, bem como o reconhecimento da prescrição revolvem matéria de mérito da ação principal que extrapolam o âmbito da presente ação mandamental. 5. Não se vislumbra qualquer ilegalidade ou arbitrariedade. 6. Ordem denegada.

No presente *writ*, o impetrante aduz, em um primeiro momento, que o Juízo de Angra dos Reis/RJ não é o competente, mas sim o de Teotônio Vilela/AL, haja vista o crime ser formal e a mensagem de texto ter sido enviada desta última cidade. Alude, no mais, que a conduta imputada deve ser desclassificada para exercício arbitrário das próprias razões, uma vez que o dinheiro exigido da vítima tinha sido anteriormente transferido por ele

próprio. Com a desclassificação, afirma que o crime estaria prescrito. Subsidiariamente, assevera que não há justa causa para a ação penal e que o paciente tem direito de ser interrogado por meio de carta precatória, uma vez que está há 2.099 km da comarca em que tramita o processo.

Pugna, inclusive liminarmente, pelo trancamento da ação penal. Pede, ainda, a desclassificação da conduta, com reconhecimento da prescrição ou remessa ao Juízo competente. Subsidiariamente, requer a possibilidade de ser interrogado por meio de carta precatória.

A liminar foi deferida, às e-STJ f. 82/86, apenas para suspender o interrogatório do paciente; as informações foram prestadas às e-STJ f. 92/94; e o Ministério Público Federal se manifestou, às e-STJ f. 97/105, pela concessão parcial da ordem de ofício, nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INVIABILIDADE. ANÁLISE DA QUESTÃO DE FUNDO PARA FINS DE VERIFICAÇÃO DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, ABUSO DE PODER OU TERATOLOGIA. EXTORSÃO (ART. 158 DO CÓDIGO PENAL). INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO PROCESANTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES. INVIABILIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE PROVAS NA VIA ELEITA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA RECO-

NHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS NECESSÁRIOS AO EXAME DA CONTROVÉRSIA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. INTERROGATÓRIO POR CARTA PRECATÓRIA. POSSIBILIDADE. RÉU QUE RESIDE EM COMARCA DISTANTE DA COMARCA NA QUAL O FEITO TRAMITA (ESTADOS DISTINTOS). PELO NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT* MAS PELA SUA CONCESSÃO PARCIAL DE OFÍCIO APENAS PARA QUE O INTERROGATÓRIO DO RÉU SEJA REALIZADO POR CARTA PRECATÓRIA, CONFIRMANDO-SE A LIMINAR CONCEDIDA, NOS SEUS EXATOS TERMOS.

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo do recurso próprio. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, tem-se admitido o exame da insurgência, para verificar a existência

de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Nada obstante, mesmo o exame de ofício não prescinde do preenchimento de requisitos mínimos para o conhecimento da impetração, consistentes na devida instrução e na prévia submissão dos temas à Corte de origem.

Na hipótese, parte dos temas trazidos no presente *mandamus*, referente à incompetência bem como à desclassificação do crime, não foi previamente analisada pelo Tribunal de origem, o que denota a existência de supressão de instância. Com efeito, no que concerne à alegada incompetência, a Corte local deixou de analisar a matéria, sob pena de supressão de instância, uma vez que o mesmo pedido foi apresentado perante o Magistrado de origem e ainda não havia sido analisado.

No que se refere ao pedido de desclassificação, observo que o Tribunal de origem registrou que “a apreciação da matéria aventada sobre a desclassificação do crime de extorsão para o crime de exercício arbitrário das próprias razões, com o conseqüente deslocamento de competência para o JECRIM, bem como o reconhecimento da prescrição, mostra-se inoportuna pela via estreita do *habeas corpus* em que há restrições quanto à uma análise mais aprofundada das provas e de um exame axiológico a seu respeito, o que deve ser feito, com muito mais segurança, perante a primeira instância, local apropriado para tal análise” (e-STJ f. 29).

Como é cediço, a ausência de prévia manifestação das instâncias ordinárias sobre

os temas discutidos no *mandamus* inviabiliza seu conhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, porquanto estar-se-ia atuando em patente afronta à competência constitucional reconhecida a esta Corte, nos termos do art. 105 da Carta Magna.

Ao ensejo, confirmam-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE CÓPIA DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. PROVA DEVE SER PRÉ-CONSTITUÍDA. IMPOSSIBILIDADE DE PROSSEGUIR NA ANÁLISE DO PLEITO. VEDAÇÃO À SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. É pacífico o entendimento desta Corte Superior que o habeas corpus, porquanto vinculado à demonstração de plano de ilegalidade, não se presta a dilação probatória, exigindo prova pré-constituída das alegações, sendo ônus do impetrante trazê-la no momento da impetração, máxime quando se tratar de advogado constituído. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 390.108/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 28/03/2017, DJe 04/04/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. PERICULOSIDADE CONCRETA DO RECORRENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REI-

TERAÇÃO DELITIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO. DESNECESSIDADE. INCOMPETÊNCIA DE JUÍZO. SUSPEIÇÃO DE AUTORIDADE POLICIAL. SUSPEIÇÃO DE JUÍZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DE CULPA. NÃO VERIFICADO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. I - (...). III - As teses relativas à incompetência da 17ª Vara Criminal para atuar no feito, à nulidade do procedimento investigatório em razão da suspeição da autoridade policial, e à suspeição do magistrado singular não foram debatidas no Tribunal de origem, razão pela qual fica esse corte impedida de se antecipar à matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. IV - O trancamento da ação penal constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, de plano, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade, ou a ausência de indícios mínimos de autoria ou prova de materialidade. V - (...). (RHC 93.601/AL, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 02/05/2018).

Não se pode descurar, por fim, que admitir a análise direta por esta Corte de eventual ilegalidade não submetida ao crivo do Tribunal de origem denotaria patente desprestígio às instâncias ordinárias e inequívoco intento de desvirtuamento do ordenamento recursal ordinário, o que efetivamente tem se buscado coibir.

No que concerne ao pedido de trancamento da ação penal, importante destacar,

de pronto, que a providência perseguida somente é possível, na via estreita do *habeas corpus*, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendem que “o trancamento de inquérito policial ou de ação penal em sede de *habeas corpus* é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito” (RHC nº 43.659/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 04/12/2014, DJe 15/12/2014).

Não se admite, por essa razão, na maior parte das vezes, a apreciação de alegações fundadas na ausência de dolo na conduta do agente ou de inexistência de indícios de autoria e materialidade em sede mandamental, pois tais constatações dependem, via de regra, da análise pormenorizada dos fatos, ensejando revolvimento de provas incompatível, como referido alhures, com o rito sumário do *mandamus*.

No caso dos autos, consta da denúncia que (e-STJ f. 52/53):

No período compreendido entre os dias 10/12/2015 a 11/01/2016, em diversos horários conforme conversas anexadas, via aplicativo

Whatsapp recebido no telefone da vítima, nesta comarca, o denunciado, de forma livre e consciente, constrangeu a lesada M.C.S.M., com o fim de obter para si indevida vantagem econômica, qual seja, o depósito de sucessivas quantias em dinheiro, mediante grave ameaça de publicar nas redes sociais fotos e vídeos de conteúdo íntimo, que só o denunciado tinha acesso, na qualidade de ex-namorado da vítima.

O denunciado e vítima tiveram um relacionamento amoroso no Estado do Alagoas, onde o denunciado reside até hoje, tendo a vítima se mudado para Angra dos Reis. Após um período de namoro a distância, a vítima desfez seu namoro com o acusado, que, inconformado, começou a ameaçar a ex-namorada de publicar fotos e vídeos íntimos, caso ela não depositasse mensalmente dinheiro para aquele. Temendo ser exposta, a vítima chegou a ceder por duas vezes, depositando as quantias de R\$ 150,00 e R\$ 350,00 nas contas indicadas pelo acusado em suas conversas, e ante a recusa de prosseguir com os depósitos, o acusado divulgou fotos e vídeos íntimos da vítima pelo Facebook e para o atual namorado da vítima, D.M.B..

Deste modo, em sendo objetiva e subjetivamente típica a reprovável conduta praticada pelo acusado, e não havendo qualquer discriminante a justificá-la, está o mesmo incurso nas penas do artigo 158, *caput*, do Código Penal.

O Tribunal de origem, por seu turno, entendeu não ser o caso de trancar a ação penal, assentando que (e-STJ f. 29):

Quanto ao pedido de trancamento da ação penal, é cediço que, pela via estreita

deste remédio heroico, se trata de medida excepcional, e somente é cabível quando, inequivocamente e sem valoração do conjunto probatório, restar demonstrada a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a ausência de elemento indiciário da autoria do delito, a flagrante atipicidade da conduta, a inépcia da inicial, ou as deficiências no instrumento de procuração.

Não é a hipótese dos autos.

Não se pode deferir o trancamento da ação penal já que, a princípio, não se verifica violação ao princípio do devido processo legal ou ausência flagrante de justa causa para o oferecimento da peça exordial.

Além disso, ao contrário do que alega a defesa, a inicial acusatória acostada nos documentos em anexo preenche os requisitos previstos no art. 41, do Código de Processo Penal, e tem por base prova da materialidade e indícios da autoria que o Juízo *a quo* entendeu suficientes para configurar a existência de justa causa para a deflagração da ação penal, nos termos da capitulação nela descrita.

Como visto, pela leitura da inicial acusatória, bem como do acórdão recorrido, verifica-se que a denúncia é suficientemente clara e concatenada, e atende aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não revelando quaisquer vícios formais. De fato, encontra-se descrito o fato criminoso, com todas as circunstâncias necessárias a delimitar a imputação, encontrando-se devidamente assegurado o exercício da ampla defesa.

Portanto, “não pode ser acimada de inepta a denúncia formulada em obediência

aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente as condutas típicas, cuja autoria é atribuída ao acusado devidamente qualificado, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal” (HC 339.644/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 08/03/2016, DJe 16/03/2016).

Ademais, a narrativa é suficientemente clara e concatenada, demonstrando a efetiva existência de justa causa, consistente nos indícios de autoria e na materialidade. Assim, a comprovação ou não dos fatos deve ser demonstrada durante a instrução processual, momento apropriado para o Magistrado exercer seu juízo de convicção acerca dos elementos probatórios juntados aos autos.

De fato, “segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a propositura da ação penal exige tão somente a presença de indícios mínimos e suficientes de autoria, não sendo necessário, de imediato, a certeza da autoria, a qual será comprovada ou afastada durante a instrução probatória, prevalecendo, na fase de oferecimento da denúncia, o princípio do *in dubio pro societate*” (HC 389.610/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 08/08/2017, DJe 16/08/2017).

No mesmo sentido:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. EXCEPCIONALIDADE. JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. NECESSIDADE DE REVOLVI-

MENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA. DESNECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO EXAURIENTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. 2. Se as instâncias ordinárias reconheceram, de forma motivada, que existem elementos de convicção a demonstrar a materialidade delitiva e autoria delitiva quanto à conduta descrita na peça acusatória, para infirmar tal conclusão seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, o que não se coaduna com a via do *writ*. 3. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despedidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do *in dubio pro societate*. De igual modo, não se pode admitir que o Julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o *jus accusationis* do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal. 4. No caso em exame, “a denúncia foi instruída com boletim de ocorrência prestado perante a autoridade policial, denúncia do conselho tutelar e procedimento administrativo do Ministério Público, nos quais se noticia a prática do delito, inclusive com depoimentos prestados pela vítima e por seus genitores. Após a defesa prévia, juntou-se aos autos relatório psicológico da vítima, que atestou a existência

de transtornos mentais, de humor e de comportamento, e laudo de exame de conjunção carnal, que atestou a ocorrência do ato sexual. É o que basta para o prosseguimento da ação penal, havendo elementos mínimos de materialidade, autoria e da falta de discernimento da vítima, que serão aferidos com maior rigor no decorrer da instrução criminal. Ressalte-se que, emitir juízo de valor, a esta altura, sobre o mérito da acusação, exigiria aprofundado exame de provas, inviável na via eleita”. 5. (...). 7. Recurso desprovido. (RHC 76.859/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 07/12/2017, DJe 15/12/2017)

Assim, as alegações do impetrante devem ser examinadas ao longo da instrução processual, porquanto não se revela possível, em *habeas corpus*, afirmar que os fatos ocorreram como narrados nem desqualificar a narrativa trazida na denúncia. Dessa forma, revela-se prematuro o trancamento da ação penal neste momento processual, porquanto devidamente narrada a materialidade do crime e demonstrados os indícios suficientes de autoria.

Por fim, no que concerne à possibilidade de o paciente ser interrogado por meio de carta precatória, sem necessidade de se deslocar do local onde reside para a comarca onde está sendo processado, verifico que a irrisignação merece prosperar.

Com efeito, conforme consignado na decisão que deferiu o pleito liminar, tem-se que, embora a regra seja a realização presencial do interrogatório, deve ser autorizada sua realização por meio de carta precatória ou de videoconferência, nos casos em que a

necessidade de deslocamento possa inviabilizar o direito de defesa.

Nesse sentido, transcrevo lição de GUI-LHERME DE SOUZA NUCCI:

9 - A. Interrogatório por precatória, rogatória e carta de ordem: quando o acusado se encontra em outra comarca, preso ou solto, o ideal é realizar o interrogatório por meio de carta precatória. Assim fazendo, outro magistrado, pessoalmente, tem a oportunidade de ouvi-lo frente a frente. (...). Exigir que o réu seja ouvido no juízo onde corre o seu processo criminal pode representar um gravame incomum, fazendo com que ele não compareça. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13ª ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 437/438).

Dessa forma, não há óbice à realização do interrogatório do réu por meio de carta precatória, principalmente se requerido pela própria defesa, em virtude de lhe ser mais benéfico. De fato, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça já assentou que o princípio da identidade física do juiz, introduzido no Processo Penal pela Lei nº 11.719/2008, não é absoluto e não impede a realização do interrogatório do réu por meio de carta precatória.

Nesse sentido, são inúmeros os julgados desta Corte:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGOS 33, CAPUT, E 35, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006; ARTIGO 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL; E ARTIGOS 14 E 16, AMBOS DA LEI Nº 10.826/2003. CÉLULA DO “PCC - PRI-

MEIRO COMANDO DA CAPITAL”. PRI-SÃO PREVENTIVA. PRETENDIDO RELAXAMENTO. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INEXISTÊNCIA. COMPLEXIDADE DO FEITO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. NULIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES QUE INDEFERIRAM OS PEDIDOS DE REVOGAÇÃO DE PRI-SÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INTERROGATÓRIO POR CARTA PRECATÓRIA. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A aferição do excesso de prazo reclama a observância da garantia da duração razoável do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Tal verificação, contudo, não se realiza de forma puramente matemática. Reclama, ao contrário, um juízo de razoabilidade, no qual devem ser sopesados não só o tempo da prisão provisória mas também as peculiaridades da causa, sua complexidade, bem como quaisquer fatores que possam influir na tramitação da ação penal. 2. Na hipótese, o feito vem tendo regular andamento, tendo inclusive sido encerrada da instrução. Ademais, o relativo atraso para o seu término justifica-se em razão da necessidade de expedição de cartas precatórias para a realização de alguns atos processuais - oitiva de testemunhas, tanto de acusação quanto de defesa -, além de ter a ação penal sido oferecida em desfavor de seis réus, com causídicos distintos. Frise-se que foram inúmeras diligências a serem realizadas e que houve dificuldade de localização dos acusados para serem notificados, inclusive com necessidade de expedição de precatórias - porquanto os réus estavam presos fora da Comarca. 3. A técnica de motivação per

relationem revela-se legítima se as decisões posteriores que indeferiram os pedidos de revogação da prisão preventiva fazem remissão às circunstâncias ensejadoras do decreto preventivo. 4. A Terceira Seção desta Corte já consignou que “o princípio da identidade física do juiz, introduzido no Processo Penal pela Lei nº 11.719/1908 (art. 399, § 2º, do CPP), não é absoluto e não impede a realização do interrogatório do réu por meio de carta precatória [...] Isso porque a adoção de tal princípio ‘não pode conduzir ao raciocínio simplista de dispensar totalmente e em todas as situações a colaboração de outro juízo na realização de atos judiciais, inclusive do interrogatório do acusado, sob pena de subverter a finalidade da reforma do processo penal, criando entraves à realização da Jurisdição Penal que somente interessam aos que pretendem se furtar à aplicação da Lei’ (CC nº 99.023/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Terceira Seção, julgado em 10/06/2009, DJe 28/08/2009)” (CC nº 142.095/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Terceira Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 08/09/2015). 5. Ordem denegada. (HC 409.852/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 30/04/2018)

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. HOMI-CÍDIO QUALIFICADO. RÉUS PRESOS EM PRESÍDIO LOCALIZADO EM COMARCA DIVERSA. INTERROGATÓRIO POR MEIO DE CARTA PRECATÓRIA. POSSIBILIDADE. NULIDADE. NECES-SIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PRE-

JUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. SÚMULA Nº 52/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A Terceira Seção desta Corte firmou entendimento de que o interrogatório do réu por meio de carta precatória não ofende ao princípio da identidade física do juiz (CC nº 99.023/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Terceira Seção, DJe 28/08/2009). Hipótese em que a expedição de carta precatória para o interrogatório dos réus foi determinada pelo julgador diante da dificuldade de se operacionalizar a remoção deles ao município de Cássia, juiz natural da causa, “por falta de viatura”. 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento de que o reconhecimento de nulidade no curso do processo penal reclama efetiva demonstração de prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio *pas de nullité sans grief*, o que não se verifica na espécie.

3. No caso, a falta de intimação da Defensoria Pública de Cássia da expedição da carta precatória para o interrogatório dos réus na Comarca de Passos não acarretou prejuízo aos recorrentes, que foram devidamente assistidos naquele ato pela defensora pública local e outro dativo, tendo sido, inclusive, garantido a eles a prévia entrevista com seus causídicos. Ademais, como bem ressaltado no acórdão impugnado, “os membros da Defensoria Pública compõem um todo único e incindível, sendo que a atuação não é do Defensor Público, mas da Instituição que este representa, tornando-se, portanto, uma figura despersonalizada”. 4. “Encerrada a instrução

criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo” (Súmula nº 52/STJ). 5. Recurso não provido. (RHC 90.795/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 10/04/2018, DJe 18/04/2018)

Ante o exposto, não conheço do mandamus. Porém, concedo a ordem de ofício, para autorizar que o interrogatório do paciente, na Ação penal nº 0009027-37.2016.8.19.0003, seja realizado por meio de carta precatória.

É como voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.767.902 - RJ (2018/0246710-2)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL E ESTUPRO. ARTS. 217-A E 213, AMBOS C/C O 226, II, TODOS DO CP. CONTINUIDADE DELITIVA. CRIMES DA MESMA ESPÉCIE. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. LAPSO TEMPORAL. PERÍODO SUPERIOR A 2 ANOS.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça compreende que, para a caracterização da continuidade delitiva, é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva (mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução) e subjetiva (unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos), nos termos do art. 71 do

Código Penal. Exige-se, ainda, que os delitos sejam da mesma espécie. Para tanto, não é necessário que os fatos sejam capitulados no mesmo tipo penal, sendo suficiente que tutelem o mesmo bem jurídico e sejam perpetrados pelo mesmo modo de execução.

2. Para fins da aplicação do instituto do crime continuado, art. 71 do Código Penal, pode-se afirmar que os delitos de estupro de vulnerável e estupro, descritos nos arts. 217-A e 213 do CP, respectivamente, são crimes da mesma espécie.

3. Em relação ao critério temporal, a jurisprudência deste Tribunal Superior utiliza como parâmetro o interregno de 30 dias. Importante salientar que esse intervalo de tempo serve tão somente como parâmetro, devendo ser tomado por base pelo magistrado sentenciante diante das peculiaridades do caso concreto.

4. Tendo em conta que o lapso temporal entre os fatos é de ao menos 2 anos e 5 meses, imperioso afastar a continuidade delitiva, dado o largo lapso temporal decorrido entre os fatos.

5. O art. 234-B do Código Penal determina o segredo de justiça nos processos de apuração dos crimes contra a dignidade sexual, não fazendo distinção entre vítima e acusado. Deve o processo correr integralmente em segredo de justiça, preservando-se a intimidade do acusado em reforço à intimidade da própria vítima.

6. Recurso especial provido para afastar a continuidade delitiva, restabelecendo a condenação nos termos da sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de Recurso Especial nº 1.767.902-RJ, em que são Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Recorrido: A.S.M., acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros ROGERIO SCHIETTI CRUZ, NEFI CORDEIRO, ANTONIO SALDANHA PALHEIRO e LAURITA VAZ votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 13 de dezembro de 2018 (data do julgamento).

MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Rio de Janeiro contra acórdão proferido no Processo nº 0023433-60.2016.8.19.0004 pela Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que desproveu seus embargos de declaração, conforme termos da seguinte ementa (f. 385):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO NA APELAÇÃO Nº 0023433-60.2016.8.19.0004. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. INADMISSIBILIDADE. A defesa, a despeito de arremeter que o v. acórdão é contraditório, pretende, nas razões do presente recurso, reanálise da dosimetria

da pena, a qual, no seu entender, fora realizada em prejuízo do embargante. Apesar de ser despicienda qualquer tipo de elucidação sobre o cálculo da pena, que, inexoravelmente, foi favorável ao acusado, salienta-se que, uma vez incontestável o cometimento dos injustos inculpidos no art. 217-A e art. 213, §1Q, ambos do CP, não houve modificação da pena base, sendo ululante o reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 226, II do CP. Com efeito, entabulado que os delitos foram praticados em continuidade, ainda na terceira da fase, foi possível proceder ao novo recrudescimento, devendo-se atentar que, além de tecnicamente demonstrado que os requisitos do art. 71 do CP foram satisfeitos, em benefício da defesa, foi afastado o concurso material de crimes, que resultaria na soma das penas. Assim, diferente do aventado, não se pode olvidar que os incrementos da pena nesta fase procederam de uma análise fática, probatória e jurídica, e que impõe, na espécie, maior reproche do Estado, em observância aos princípios da proporcionalidade e individualização da pena.

EMBARGOS CONHECIDOS E, NO MÉRITO, DESPROVIDOS.

Anteriormente, esse órgão julgador havia dado parcial provimento ao apelo de A da S M, para afastar o concurso material e aplicar a continuidade delitiva, redimensionando sua pena para 16 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática de condutas descritas nos arts. 217-A e 213, § 1º, c/c o 226, II, na forma do art. 71, todos do Código Penal, conforme os termos da seguinte ementa (f. 348/350):

APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIMES DE ESTUPRO PRATICADOS PELO PAI AOS 11 E 14 ANOS DE IDADE DA VÍTIMA. DECRETO CONDENATÓRIO. INSURGÊNCIA DA DEFESA. PRELIMINARMENTE, ARGUI QUE A IMPUTAÇÃO DEVERIA RECAIR SOBRE A PRÁTICA DOS DELITOS EM SUA MODALIDADE CONTINUADA, NOS TERMOS DO ART. 71, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. POSTULA A ABSOLVIÇÃO, VERBERANDO QUE O CADERNO PROBATÓRIO É INCONSISTENTE.

1 - Em que pese a laboriosa defesa considerar como questão preliminar a capitulação da conduta, insurgindo-se contra o concurso material descrito na exordial e reconhecido na sentença, entende-se que o tema deva ser abordado quando do exame do mérito, na medida em que não há de ser considerado como a ele prejudicial.

2 - *In casu*, deve-se anuir com a defesa no sentido de que inexistem lesões de interesse médico-legal que caracterize violência física. Com efeito, o perito atestou que o hímen da ofendida, à época da realização do exame com 14 anos de idade, “apresenta ruptura antiga às quatro horas e perda parcial do pregueamento da mucosa anal.” Entrementes, a inexistência de vestígios veementes da prática do injusto ou até mesmo do laudo de exame de corpo de delito é irrelevante, se há nos autos outras provas idôneas a atestar a conduta delitativa, porquanto o crime de estupro nem sempre é detectável por perícia técnica. Verifica-se que tanto a materialidade como a autoria restaram sobejamente com-

provadas, notadamente diante dos depoimentos prestados ao longo da instrução, dentre os quais a narrativa da ofendida em sede policial, colhida por duas vezes; em exame de corpo de delito; em avaliação psicossocial; e perante o juízo. Tais declarações foram endossadas pelas testemunhas amigas da ofendida, e pela sua genitora, ex companheira do ora apelante, que, de igual modo, nas ocasiões em que foi convidada a esclarecer como obteve ciência da dinâmica dos fatos, o fez de maneira homogênea, e sem contradições. Com efeito, constata-se que a negativa do ora apelante fora incongruente. Ademais disso, averigua-se que, através de entrevistas psicossociais realizadas com a vítima e seus familiares, foi elaborado um relatório minucioso, no qual as experts signatárias não descartaram a possibilidade de que o abuso tenha de fato ocorrido.

3 - Noutro giro, deve-se anuir com a laboriosa defesa acerca da incidência da regra prevista no art. 71 do CP. *In casu*, restou apurado que o acusado, mediante violência presumida, praticou conjunção carnal com sua filha, à época com 11 anos de idade, sendo certo que o referido ato voltou a se repetir quando esta contava com 14 anos, porém agora constrangida mediante grave ameaça. Portanto, averigua-se que a hipótese comporta não só a causa de aumento estampada no inciso U do art. 226 do Codex, mas também se refere a dois crimes da mesma espécie, ex vi do art. 217-A e 213, §1Q, respectivamente, os quais foram perpetrados em continuidade.

4 - Reanálise da dosimetria da pena. *In casu*, ao proceder ao cálculo penal, o magis-

trado de piso fixou para ambos os injustos as penas bases em 08 (oito) anos de reclusão. Diante da causa de aumento do inciso II, art. 226 do CP, acresceu ao quantum de metade, fixando-as em 12 (doze) anos de reclusão. Lamentavelmente não foram consideradas as vezes mencionadas pela vítima em que seu pai a alisava seu corpo, entre os seus onze e catorze anos de idade. Equivocou-se ainda o julgador ao aplicar o concurso material. Deve ser reconhecida a continuidade delitiva, de sorte que se majora a reprimenda de 12 (doze) anos de reclusão em 1/3 (um terço), critério este razoável em razão da quantidade de vezes que o abuso foi praticado, estabelecendo, em definitivo, 16 (dezesseis) anos de reclusão.

5 - Mantém-se o regime prisional fechado, nos termos dos §§2Q e 3Q, art. 33 do CP.

6 - RECURSO DEFENSIVO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

O recorrente interpôs o presente recurso especial, no qual alega, em síntese, que o acórdão recorrido teria negado vigência aos arts. 69 e 71, ambos do Código Penal, porquanto, não obstante ter reconhecido a existência de lapso temporal de 3 anos entre os dois crimes sexuais, bem como a diversidade das circunstâncias, teria aplicado a regra da continuidade delitiva entre os crimes. Afirma que, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, houve lapso superior a 30 dias e foi reconhecido expressamente a diversidade entre os tipos penais imputados, um caracterizado pela grave ameaça e outro pela violência presumida.

Sustenta que as circunstâncias expressa-

mente reconhecidas, em especial o distanciamento de mais de 30 dias entre os dois delitos, suas práticas de modos diversos (grave ameaça real e grave ameaça presumida), além do fato de serem crimes diversos, previstos em tipos penais distintos, impediriam o reconhecimento da continuidade delitiva e imporiam o reconhecimento do concurso material (f. 404/418).

Contrarrazões a f. 435/445.

O apelo especial ministerial foi admitido na origem, enquanto o apelo defensivo foi obstado (f. 449/455).

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso especial para restabelecer o concurso material de crimes. Pugna, ainda, pela alteração da autuação do feito para que conste por extenso o nome do réu (f. 487/498).

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): O recurso especial deve ser conhecido, já que presentes os requisitos de admissibilidade.

Quanto ao mérito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça compreende que, para a caracterização da continuidade delitiva, é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva (mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução) e subjetiva (unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos), nos termos do art. 71 do Código Penal.

Pela redação do dispositivo, exige-se, ainda, que os delitos sejam da mesma espécie. Para tanto, compreende-se não ser necessário que os fatos sejam capitulados no mesmo tipo penal, sendo suficiente que tutelem o mesmo bem jurídico e sejam perpetrados pelo mesmo modo de execução.

Ao apreciar as apelações, o Tribunal local aplicou a continuidade delitiva pelos seguintes fundamentos (f. 375/376 - grifo nosso):

Noutro giro, devo anuir com a laboriosa defesa acerca da incidência da regra prevista no art.71 do CP.

A norma retromencionada preconiza que:

“Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços”.

In casu, restou apurado que o acusado, mediante violência presumida, praticou conjunção carnal com sua filha, à época com 11 anos de idade, sendo certo que o referido ato voltou a se repetir quando esta contava com 14 anos, porém agora constrangida mediante grave ameaça.

Portanto, averiguo que a hipótese comporta não só a causa de aumento estampada no inciso II do art. 226 do *Codex*, mas tam-

bém se refere a dois crimes da mesma espécie, ex vido art. 217-A e 213, §1Q, respectivamente, os quais foram perpetrados em continuidade.

Assim, diante do preenchimento dos requisitos mencionados no art.71 do CP, reconheço a continuidade delitiva.

Diante desse panorama, reformo a doutra decisão para condenar o ora apelante pelos crimes do art.217-A e 213, §1Q, c.c art. 226, II, na forma do art. 71, todos do Código Penal.

Em sentido contrário, a sentença havia decidido a questão pelos seguintes termos (f. 284):

Infere-se das provas produzidas sob o crivo do contraditório que, de fato, o réu praticou os crimes previsto no artigo 213 e 217-A de CP nos anos de 2011 e 2014 respectivamente, contra a adolescente H que contava com onze anos á época dos fatos, incidindo assim a causa de aumento de pena prevista no artigo 226, II, eis que o réu é genitor da vítima.

O crime foi praticado pelo réu concurso material como pedido formulado na denúncia, na medida em que praticados dois autos com diferença de 3 anos entre o primeiro e o segundo abuso.

Desse modo, presentes a materialidade e autoria, com base nas circunstancias acima narradas, corroboradas pelo auto de exame de corpo de delito, reputo que o bem jurídico protegido pelo Título VI, Capítulo II, da Parte Especial do Código Penal, qual seja, a dignidade sexual, foi violado, estando a conduta do réu tipificada nos arts. 213 e 217-A, c.c. art. 226, II do referido diploma legal.

Cumpra salientar que não haveria óbice ao reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos do art. 213 e 217-A do Código Penal, haja vista protegeram o mesmo bem jurídico e possuem semelhante tipo objetivo.

Para fins da aplicação do instituto do crime continuado, do art. 71 do Código Penal, pode-se afirmar que são crimes da mesma espécie.

Em suporte:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ARTS. 213 E 217-A DO CP. CONTINUIDADE DELITIVA. REQUISITO OBJETIVO. CRIMES DA MESMA ESPÉCIE. CUMPRIMENTO. MODO DE EXECUÇÃO ASSEMELHADO. TUTELA DO MESMO BEM JURÍDICO.

I - No crime continuado é indispensável que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratique duas ou mais condutas delituosas de mesma espécie, nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

II - Os crimes da mesma espécie, para fins de reconhecimento da figura da continuidade delitiva, não são necessariamente os que estejam previstos no mesmo tipo penal, mas os que possuem, essencialmente, o mesmo modo de execução e tutelam o mesmo bem jurídico.

III - Verifica-se que, entre os delitos do art. 213 ('Constranger alguém, mediante

violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso') e do art. 217-A ('Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos') do Código Penal, há semelhança quanto aos elementos objetivos do tipo e identidade do bem jurídico tutelado. Assim, não há impedimento à aplicação da regra da continuidade delitiva.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp nº 1.562.088/MG, Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJE 22/10/2018)

No entanto, em relação especificamente ao critério temporal, a jurisprudência deste Tribunal Superior utiliza como parâmetro o interregno de 30 dias. Importante salientar que esse intervalo de tempo serve tão somente como parâmetro, devendo ser tomado por base pelo magistrado sentenciante diante das peculiaridades do caso concreto.

Sobre o tema:

HABEAS CORPUS. CRIME PRATICADO POR DELEGATÁRIO. SENTENÇA CONDENATÓRIA TÃO SOMENTE QUANTO AO CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA RECONHECIDO NO ACÓRDÃO. TESE DE PRESCRIÇÃO QUANTO AO CRIME DO ART. 168, § 1º, III, DO CP. IMPOSSIBILIDADE. MARCO INTERRUPTIVO. CRIMES CONEXOS. LITERALIDADE DO ART. 117, § 1º, IN FINE, DO CÓDIGO PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA VERIFICADA EX OF-

FICIO. POSSIBILIDADE, AINDA QUE ULTRAPASSADO O INTERREGNO DE 30 (TRINTA) DIAS. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. MITIGAÇÃO DO REQUISITO TEMPORAL. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. OBSERVÂNCIA DO VERBETE Nº 239/STJ. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O comando legal do art. 117, § 1º, in fine, do Código Penal, revela-se imperativo ao determinar que, em se tratando de crimes conexos, submetidos ao mesmo processo, eventual causa interruptiva que incida quanto a um deles - in casu, a sentença condenatória quanto aos crimes de falsidade ideológica - estender-se-á aos demais delitos integrantes da denúncia.

2. Portanto, embora a sentença de primeiro grau prolatada pelo Juízo de piso tenha condenado o paciente tão somente quanto crime de falsidade ideológica, indubitável que a interrupção da prescrição tenha se avultado ao crime de apropriação indébita.

3. O tema tem sido objeto de reiterado enfrentamento pelo Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se a literalidade do art. 117, § 1º, do Código Penal (REsp. 1.639.300/PR e RHC 068.897/SC, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA; AREsp 149.407/BA e EDcl no REsp 1.263.951/SP, ambos sob a relatoria do Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ; AgRg no REsp 1.492.525/MS, Rel. Min. FELIX FISCHER).

4. O Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que, para o reconhecimento da mencionada ficção jurídica,

além de preenchidos os requisitos de natureza objetiva, deve existir um dolo unitário ou global, que torne coesas todas as infrações perpetradas, por meio da execução de um plano preconcebido, adotando, assim, a teoria mista ou objetivo-subjetiva.

5. Os crimes de apropriação indébita imputados ao denunciado encontram-se amoldados aos requisitos da continuidade delitiva, nos termos do art. 71 do Código Penal, tanto sob os aspectos objetivos quanto à unidade de desígnio.

6. Ressalte-se que, malgrado não se possa definir com exatidão o lapso temporal decorrido entre as condutas, de certo que foram praticadas entre julho e setembro de 2007, razão pela qual, considerada a periodicidade dos atos executórios, preenchido se encontra o requisito temporal do benefício em análise, ante a singularidade que circunda o presente feito.

7. A despeito de a orientação desta Corte Superior firmar-se no sentido de que o requisito temporal decorrido entre os crimes praticados em concurso não pode ultrapassar o interregno de 30 (trinta) dias, certo é que esse intervalo de tempo serve tão somente como parâmetro, devendo ser tomado por base pelo magistrado sentenciante diante das peculiaridades do caso em concreto, o que não impede a aplicação do referido benefício jurídico. Apontamentos doutrinários.

8. No quadro fático apresentado, os 3 (três) crimes de apropriação indébita foram praticados entre julho e setembro de 2007, de modo que, embora não seja possível definir com exatidão o interregno entre os delitos,

pode-se reconhecer a continuidade delitiva por força do princípio do *in dubio pro reo*, já que o total do intervalo de tempo em que praticados tais crimes não ultrapassaria a soma do parâmetro estipulado pela jurisprudência, no que diz respeito ao requisito temporal para aplicação do art. 71 do CP - 30 (trinta) dias -, que, *in casu*, seu somatório totalizaria 90 (noventa) dias.

9. Impõe-se o redimensionamento da pena, utilizando-se do correspondente sistema da exasperação.

10. A despeito da reincidência do paciente, fixa-se o regime semiaberto, em atenção ao enunciado nº 269 de Súmula desta Corte Superior de Justiça.

11. A existência de condições pessoais favoráveis do paciente, por si sós, não têm o condão de resultar na concessão da benesse da prisão domiciliar, que exige pressupostos distintos aos citados.

12. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o benefício do crime continuado aos crimes de apropriação indébita.

(HC nº 323.303/RJ, Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, DJe 23/06/2017 - grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MAUS TRATOS. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS PROVAS LÍCITAS. FUNDAMENTOS SUFICIENTES INATACADOS INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 283/STF. DOSIMETRIA. CONFISSÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓ-

RIO. CONTINUIDADE DELITIVA. PERÍODO SUPERIOR A 30 DIAS. NÃO RECONHECIMENTO. VARIAÇÃO DO MODUS OPERANDI. SÚMULA Nº 7/STJ. NECESSIDADE. REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELO DELITO. PEDIDO EXPRESSO E FORMAL DA ACUSAÇÃO. AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO.

NECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. A ausência de impugnação específica a um dos fundamentos do acórdão recorrido suficiente para manter o julgado atrai a incidência da Súmula nº 283 do STF, por analogia.

2. A reversão da premissa fática adotada pelo acórdão de que a recorrente não confessou, mas negou veementemente a prática do delito, exigiria revolvimento fático-probatório, atraindo o óbice da Súmula nº 7/STJ.

3. Nos termos do art. 71 do CP, há crime continuado quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.

4. Apesar de o legislador não ter delimitado expressamente o intervalo de tempo necessário ao reconhecimento da continuidade delitiva, firmou-se, nesta Corte, o entendimento de não ser possível a aplicação da regra quando os delitos tiverem sido praticados em período superior a 30 dias.

5. A prática dos delitos com variação do modus operandi e em intervalo de tempo superior a 30 dias impede o reconhecimento do crime continuado.

6. A fixação do valor mínimo para reparação dos danos causados pelo crime, prevista no art. 387, inciso IV, do CPP, deve ser precedida de pedido expresso e formal da acusação, oportunizando-se a ampla defesa e o contraditório.

7. Agravo regimental provido para conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial.

(AgRg no AREsp nº 820.190/GO, Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 04/11/2016 - grifo nosso)

Tendo em conta ser o lapso temporal entre os fatos de ao menos 2 anos e 5 meses, bem como não haver data específica quanto ao primeiro, apenas a menção ao ano de 2011, e ter o segundo fato sido cometido em 18 de maio de 2014, tudo conforme os termos da denúncia, imperioso afastar a conti-

nuidade delitiva, dado o largo lapso temporal decorrido entre os fatos.

Quanto ao pleito do Ministério Público Federal, é preciso frisar que o art. 234-B do Código Penal determina o segredo de justiça nos processos de apuração dos crimes contra a dignidade sexual, não fazendo distinção entre vítima e acusado.

Assim, deve o processo correr integralmente em segredo de justiça, preservando-se a intimidade do acusado em reforço à intimidade da própria vítima (Cf. RHC 90.516/PB, Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 14/03/2018).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar a continuidade delitiva, restabelecendo a condenação imposta na sentença, a saber, 12 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática da conduta descrita no art. 217-A c/c o 226, II, do Código Penal, bem como 9 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática de conduta descrita no art. 213 c/c o 226, II, do Código Penal.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

DANO AMBIENTAL – IMPRESCRITIBILIDADE

A Constituição Federal Brasileira de 1988 ficou conhecida como “Constituição Ambiental” ou “Constituição Verde”, pois foi a primeira Constituição Federal do país que apresentou dispositivos relacionados explicitamente ao meio ambiente, à educação ambiental e à proteção da natureza. A Constituição Federal de 1988 inovou ao dedicar um capítulo inteiro ao meio ambiente. Em seu art. 225 preconiza que: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Anteriormente, a Lei nº 6.938/1981 implantara a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), cuja redação avançada e moderna, ainda em vigor atualmente, sendo recepcionada pela CRFB/88.¹

No que toca ao meio ambiente, o interesse público deve sempre se sobrepor ao interesse privado, resolvendo-se a colisão de direitos fundamentais em favor do bem coletivo, mas sem que o direito fundamental privado seja aniquilado. A coexistência entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental resolve-se pela noção de desenvolvimento sustentável. O responsável pela degradação tem o dever de arcar com as despesas de prevenção, reparação e repressão da poluição, o que estabelece o princípio do poluidor-pagador, e a reparação do dano ambiental cogitada pelo Ministro HERMAN BENJAMIN, em julgado emblemático sobre o tema².

A prevenção, no âmbito do direito ambiental, é muito mais efetiva que a reconstituição do bem danificado – associada à respectiva indenização pelas perdas referentes –, uma vez que, por repercutirem em vários campos da atividade humana, prejuízos ocasionados ao meio ambiente frequentemente são imensuráveis. Aliás, conforme o recurso natural afetado, em muitas ocasiões as lesões ambientais são irreversíveis, ainda que se dê a possibilidade de condenar o agressor ao ressarcimento pela conseqüente deterioração. Sendo assim, ao ter em vista o perigo iminente ou potencial do dano ambiental, é dever do poder público, e igualmente do particular, agir preventivamente, evitando a ação agressiva ou, no mínimo, se já iniciada, estancando o quanto antes seus efeitos nocivos.

Infelizmente, várias têm sido as tragédias ambientais no Brasil oriundas do descaso das empresas e da falta de fiscalização dos órgãos competentes. Essa situação já vem de

1 Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Ver em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938compilada.htm

2 REsp. 1.180.078/MG, relatado pelo Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 02 de dezembro de 2010.

longa data, como o grave problema de degradação ambiental no sul do Brasil, mormente no Estado de Santa Catarina, como decorrência da extração de carvão mineral, o que originou uma rumorosa ação civil pública, ajuizada na Justiça Federal de Criciúma. No período de 1972 a 1989, na região da Bacia Carbonífera do sul de Santa Catarina, a 2ª Turma do STJ entendeu manter a responsabilidade de área degradada por mineração de carvão. Em razão desse quadro dramático, foi ajuizada ação civil pública pelo Ministério Público Federal, requerendo a responsabilização das empresas de mineração e da União pela degradação ambiental ocorrida.

Em novembro de 2015, ocorreu o pior desastre ambiental da história do Brasil, e o maior desastre do gênero da história mundial, nos últimos 100 anos, resultante do rompimento de duas barragens na mineradora Samarco, no distrito mineiro de Bento Rodrigues, situado no município de Mariana (MG). Em janeiro deste ano, também em Minas Gerais, outro grave acidente de rompimento de barragem, no caso a Barragem do Feijão, da Vale, em Brumadinho, deixou mais de 300 mortos e desaparecidos, além de estrago ambiental considerável, em que a lama de rejeitos chegou a atingir o rio São Francisco.³

É importante ressaltar que a jurisprudência do STJ já enfrentou temas cruciais para o meio ambiente, como a questão do dano causado pelas carvoarias em Santa Catarina. Na época, o STJ, ao interpretar o art. 225 da CRFB, afastou a prescrição em virtude da característica de renovação, no tempo, do dano ambiental. Por meio da tese da imprescritibilidade do dano ambiental renovado. Em seu artigo *Reparação do Dano Ambiental – caso concreto: mineração em Santa Catarina e o Meio Ambiente*, o Desembargador do TJRS PAULO AFONSO BRUM VAZ assevera que “é imprescritível o direito de ação que verse sobre dano ambiental. O direito ambiental tem conotação patrimonial indireta, pois visa a garantir, em última análise, a própria vida no planeta. Portanto, um direito indisponível, irrenunciável e imprescritível”.⁴

A doutrina majoritária defende que as pretensões relativas a interesses difusos e coletivos, inserindo-se aí as reparatorias dos danos ambientais, não estão sujeitas à prescrição. A imprescritibilidade da pretensão se justifica no tratamento constitucional deferido aos bens da coletividade.

Nos anos de 2011 e 2012, na região serrana e na cidade do Rio de Janeiro, ocorreram tragédias ocasionadas pelas fortes chuvas e desmoronamentos de morros, como o deslizamento no Morro do Bumba, em Niterói, devido a um violento temporal. O poder público tem o dever de prever no orçamento verba destinada a investimentos em serviços de segurança, como contenção de encostas, drenagem e captação de águas pluviais, recapeamento de vias e outras medidas que previnam riscos graves a toda a população.

3 “Barragens sem documentação” – Reportagem do Jornal do Brasil, 10 de março de 2019, p. 4.

4 BRUM VAZ. Paulo Afonso. “Reparação do Dano Ambiental – Caso Concreto: Mineração em Santa Catarina e o Meio Ambiente”. **R. CEJ**, Brasília, n. 22, p 46, jul./set.2003.

Outros danos ambientais, como abusividade na produção de ruídos, uso indiscriminado de agrotóxicos na agricultura, erosão e extração de argila também causam muitos prejuízos ao meio ambiente e precisam de fiscalização permanente.

Tendo em vista esse quadro, o TJRJ sediou, neste ano, um importante Seminário intitulado “Um Olhar Estratégico sobre Segurança Hídrica e de Barragens”, no qual se discutiu a segurança das barragens e dos recursos hídricos do Estado, em razão da frequência dos acidentes com barragens, nas últimas duas décadas no país. No seminário, foi acordado que o TJRJ, a Secretaria de Estado do Ambiente e Sustentabilidade, e o Instituto Estadual do Ambiente (INEA) vão trabalhar em conjunto para garantir a segurança das barragens e dos recursos hídricos do estado.⁵

De acordo com a palestra da Subsecretária de Gestão Ambiental, Cristiane Jaccoud, no Brasil, ainda que a primeira lei sobre segurança de barragens date de 2010 (Lei Federal nº 12.334), já se discutia o tema desde os anos 1980.

Quanto à responsabilidade civil pela reparação do dano ambiental, o artigo 14, parágrafo 1º, da Lei nº 6.938/1981, consagrou o regime da responsabilidade objetiva para a reparação e indenização de danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados. Quem exerce atividades suscetíveis de causarem danos ao meio ambiente sujeita-se à reparação do prejuízo. Tal orientação foi mantida integralmente pelo legislador constituinte, conforme se verifica da leitura do § 3º do art. 225 da Constituição Federal, que dispõe sobre a responsabilidade do agente pelas condutas lesivas ao meio ambiente, sujeitando-o à reparação do dano causado, sem prejuízo das demais responsabilidades nas esferas criminal e administrativa.

Em matéria penal, faz-se necessário destacar que a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998) regulamentou, em seu art. 3º, o § 3º do art. 225 da CRFB/88. Destaque-se, ainda, a importância do art. 21 da mesma lei, que apresenta como mecanismos de punição as penas de multa, prestação de serviços e restritivas de direito.⁶ A referida lei elencou diversos outros meios de punir o ente moral, todos compatíveis com a sua natureza e características, tais como sanções que restringem o exercício do direito, impõem deveres de conteúdo social, multas, prestações de serviços públicos, interdição de funcionamento, dissolução da entidade, perda de bens e proveitos ilicitamente obtidos, e até mesmo a publicação da sentença às expensas da condenada.

De acordo com notícia do STF, datada de 4 de junho de 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a repercussão geral de matéria relativa à prescrição de pedido de

5 “TJRJ promove seminário sobre segurança hídrica e de barragens”. Notícia publicada pela Assessoria de Imprensa em 14/03/2019.

6 Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

reparação de dano ambiental. As alegações do recurso são de que os fatos são anteriores à promulgação da CRFB/88. O relator do recurso, Ministro ALEXANDRE DE MORAES, entendeu que a matéria da imprescritibilidade, tratada pela decisão do STJ, merece ser apreciada pelo Supremo, pois “a repercussão geral inserta na controvérsia é indiscutível, seja sob o ângulo jurídico, econômico ou social, devido ao seu impacto na seara das relações jurídicas, as quais têm por pano de fundo a pretensão à reparação civil cuja causa de pedir derive de danos causados ao meio ambiente”. Isso demonstra, segundo MORAES, a relevância de se “estabelecer balizas precisas e seguras sobre a incidência do instituto da prescrição nos peculiares casos envolvendo direitos individuais ou coletivos lesados, direta ou indiretamente, em razão de danos ambientais”.⁷

Segundo o Desembargador MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO, em voto no qual discorre acerca da construção irregular em área de preservação permanente: “É dever da Municipalidade buscar o controle e a vigilância permanente e preventiva da área para evitar novos desmatamentos, além de promover políticas de regularização fundiária e de saneamento básico para impedir maiores danos ambientais e sociais”.⁸

O Governador WILSON WITZEL anunciou, durante o seminário no TJRJ, uma série de projetos para a melhoria do saneamento e do abastecimento no Estado, além da retomada do programa de despoluição da Baía de Guanabara.⁹

A natureza precisa de cuidados e respeito. Para tanto, são necessários o aprimoramento das funções de regulação e a fiscalização das atividades que impactam o meio ambiente, além de uma ampla divulgação de informações relativas à prevenção de acidentes, incluindo a elaboração de planos de emergência eficientes, voltados para a ocorrência de acidentes ambientais.

A seguir, uma seleção de acórdãos que ilustram o tema:

7 “Prescrição de ressarcimento de dano ambiental é tema de repercussão geral”. Notícia publicada pelo *site* do STF em 04/06/2018. Ver Recurso Extraordinário nº 654833.

8 Ver Apelação Cível nº 0013448-90.2009.8.19.0011, publicada na íntegra na Jurisprudência Cível desta edição.

9 Ver nota 4.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL PERMANENTE. CONSTRUÇÃO DE POUSADA. MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS. DANO MORAL COLETIVO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE.

APELAÇÃO CÍVEL.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

CONSTRUÇÃO DE POUSADA SOBRE COSTÃO ROCHOSO E ESPELHO D'ÁGUA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL PERMANENTE, NA PONTA DO BANANAL, ILHA GRANDE, MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS.

PEDIDO DO ENTE MUNICIPAL PARA QUE O RÉU SE ABSTENHA DE REALIZAR NOVA CONSTRUÇÃO SEMA DEVIDA LICENÇA E PARALISE EVENTUAIS OBRAS EM ANDAMENTO, BEM COMO PROMOVA A DEMOLIÇÃO DAS CONSTRUÇÕES INQUINADAS, REMOVA DESTROÇOS MÓVEIS E MATERIAIS PARA LOCAL ADEQUADO, RECUPERE O DANO AMBIENTAL E ARQUE COM DANOS MORAIS COLETIVOS.

SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS.

IRRESIGNAÇÃO DO ENTE MUNICIPAL PUGNANDO PELA CONDENAÇÃO DO RÉU A DANOS MORAIS COLETIVOS.

ART. 225 DA CF - PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. DIREITO SUBJETIVO DE TITULARIDADE COLETIVA.

O DANO MORAL COLETIVO É PACIFICAMENTE ACEITO PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA E SE CONFIGURA PELA VIOLAÇÃO DE VALORES

COLETIVOS REFERENTES AO MEIO AMBIENTE, AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR, AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO E VIOLAÇÃO DA HONRA DE DETERMINADA COMUNIDADE ATINGIDOS INJUSTIFICADAMENTE DO PONTO DE VISTA JURÍDICO.

DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO COMPROVADO EM RAZÃO DA DEGRADAÇÃO CAUSADA PELAS OBRAS INQUINADAS NAS CONDIÇÕES ESSENCIAIS BIÓTICAS E ABIÓTICAS PARA A MANUTENÇÃO DA BIODIVERSIDADE ORIGINAL E QUE IMPACTARAM NEGATIVAMENTE O MEIO AMBIENTE LOCAL, ALGUMAS DE NATUREZA IRREVERSÍVEL.

PREJUÍZO AMBIENTAL À COLETIVIDADE E/OU ÀS FUTURAS GERAÇÕES COMPROVADO NO LAUDO PERICIAL.

DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO DECORRENTE DA NECESSIDADE DE REPARAÇÃO INTEGRAL DA LESÃO CAUSADA AO MEIO AMBIENTE.

A CONDENAÇÃO À RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA NÃO TEM O CONDÃO DE AFASTAR O DEVER DE INDENIZAR OUTROS TIPOS DE DANOS, MORMENTE O DANO MORAL COLETIVO.

PRECEDENTES DO E. STJ.

O ARBITRAMENTO DO DANO MORAL COLETIVO DEVE LEVAR EM CONTA A EXTENSÃO DO PREJUÍZO CAUSADO, BEM COMO A POSSIBILIDADE DE RECOMPOSIÇÃO DO MEIO AMBIENTE DEGRADADO OU DE RECUPERAÇÃO DOS ESPAÇOS — QUE, EM RELAÇÃO AO CORTE DO COSTÃO ROCHOSO E

AO ATERRAMENTO DE ESPÉCIES NA FAIXA INFRAMESO E SUPRALITORAL, SÃO IRREMEDIÁVEIS —, ALÉM DO CARÁTER PREVENTIVO E PUNITIVO DA REPRIMENDA, DE MODO A CONFERIR REAL E EFETIVA TUTELA AO MEIO AMBIENTE, SEM DESCUIDAR DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

VERBA EXTRAPATRIMONIAL ARBITRADA EM R\$ 80.000,00 (OITENTA MIL REAIS), CORRIGIDA MONETARIAMENTE A CONTAR DESTES JULGADOS E JUROS DE MORA DA CITAÇÃO, EM FAVOR DO FUNDO MUNICIPAL DE MEIO AMBIENTE DO MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS.

PRECEDENTE DESTES E. TJRJ.
SENTENÇA REFORMADA.
RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0004134-81.2008.8.19.0003, em que é Apelante Município de Angra dos Reis e Apelado Recanto Kamone Empreendimento Turístico Ltda.,

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Apelo, na forma do relatório e do voto do Des. Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Civil Pública proposta por Município de Angra dos Reis contra Recanto Kamone Empreendimento Turístico Ltda. alegando que o Réu construiu uma pousada sobre o costão rochoso e espelho d'água em área considerada de preservação

ambiental permanente, no local denominado Ponta do Bananal, Ilha Grande.

Assevera que, em 09/08/07, o demandado requereu administrativamente parecer técnico visando à obtenção de licença para funcionamento, tendo o ente municipal concluído que a pousada em questão possuía diversos decks edificadas em Zona de Preservação Permanente, exigindo a apresentação de plantas e projeto aprovado, a comprovação de antiguidade da construção, se ela tinha sido regularizada e, por fim, se as instalações hidrosanitárias atenderiam à legislação quanto ao tratamento de efluentes sanitários e resíduos dos alimentos preparados na pousada.

Aduz que, em razão da negativa do réu, lavrou auto de infração determinando a demolição das construções erigidas em Zona de Preservação Permanente pelo descumprimento de diversas legislações ambientais federais, estaduais e municipais, aduzindo ainda que o referido ato administrativo não foi cumprido pelo réu, alertando para a urgência de providências a fim de evitar danos causados pela ocupação desordenada sobre os referidos costão rochoso e espelho d'água.

Pugna pela concessão de liminar para que o Réu se abstenha de realizar qualquer outra nova construção, sem a devida licença do Autor e demais órgãos competentes, e paralise eventuais obras em andamento. No mérito, requer que o demandado promova a demolição das construções inquinadas, remova destroços móveis e materiais relacionados para local adequado e promova a recuperação do dano ambiental a que deu causa, ou, na hipótese de recomposição, seja condenado ao pagamento

dos danos em favor do Fundo Municipal de Meio Ambiente, condenando ainda o réu a danos morais coletivos, além das verbas sucumbenciais (*index* 000002).

Decisão de antecipação dos efeitos da tutela, determinando que o réu se abstenha de realizar novas construções sobre o espelho d'água e paralise as construções em andamento sobre o espelho d'água no imóvel situado na Ponta do Bananal, Ilha Grande, Angra dos Reis, sob pena de multa a ser fixada em sede de execução na hipótese de descumprimento (*index* 000048).

Laudo pericial (*index* 000221), seguido de manifestações do ente municipal (*index* 000252), do Parquet (*index* 000257), esclarecimentos do perito judicial (*index* 000265) e de manifestação do réu (*index* 000280).

O d. Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Angra dos Reis julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na exordial, confirmando a tutela antecipada concedida e condenando o réu a demolir toda a construção existente sobre o costão rochoso e espelho d'água (estrutura de lazer erguida em pedras e estrutura de lazer em ripas de madeira, passarela, cozinha, churrasqueira, três cabanas, duas pequenas edificações, casa de forças e pír), no prazo de 90 dias, autorizando o autor a providenciar a demolição na hipótese de inércia do réu. O réu foi ainda condenado a danos ambientais a serem arbitrados na fase de cumprimento de sentença, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês e correção monetária a contar desta decisão, cujo valor deve ser revertido ao Fundo Municipal de Meio Ambiente, nos termos do art. 13 da Lei nº 7.347/85, e

ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios de sucumbência de 10% da condenação (*index* 000378).

Apelação do Município de Angra dos Reis pugnando, em suma, pela condenação do réu ao pagamento de danos morais coletivos. Invoca o princípio da precaução e alega que, em decorrência das obras realizadas, houve delimitação do espelho d'água, sendo que toda vida marinha, nativos e turistas transeuntes daquela região foram forçados a mudar seus itinerários e cotidiano, trazendo constrangimento, indignação e revolta (*index* 000390).

Contrarrazões prestigiando a sentença (*index* 000398).

Parecer da i. Procuradoria de Justiça pelo provimento do recurso (*index* 000413).

VOTO

O recurso é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade, daí porque dele se conhece.

É consabido que a CF em seu art. 225 cuidou de proteger o meio ambiente, tratando-o como direito subjetivo de titularidade coletiva:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nessa direção, o ensinamento de PAULO AFFONSO LEME MACHADO:

O uso do pronome indefinido - “todos” - alarga a abrangência da norma jurídica, pois, não particularizando quem tem direito ao meio ambiente, evita que se exclua quem quer que seja. (...) A locução “todos têm direito” cria um direito subjetivo, op-nível *erga omnes*, que é completado pelo direito ao exercício da ação popular ambiental (art. 5º, LXXIII, da CF). (*in Direito Ambiental Brasileiro*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 108).

Segundo o E. STF, consoante voto do eminente Ministro CELSO DE MELLO, direito ao meio ambiente é um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação - que incumbe ao Estado e à própria coletividade - de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e das futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social. (MS 22164, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/1995, DJ 17/11/1995).

Nesse contexto, o dano ambiental refere-se àquele que oferece grande risco à toda humanidade e à coletividade, que é a titular do bem ambiental que constitui direito difuso. Com efeito, o que se considera, em tais danos, é a ocorrência do resultado prejudicial ao homem e ao ambiente, nos moldes de julgamento proferido pela Primeira Turma deste Tribunal, no REsp 578.797/RS, da

relatoria do eminente Ministro LUIZ FUX, DJ de 20/09/2004. (REsp nº 1.120.117-AC, Min. ELIANA CALMON).

E ainda a lição de JOSÉ DE SOUZA CUNHA SENDIM, citado por JOSÉ RUBENS MORATO LEITE: há dano ambiental quando, ultrapassados os limites de segurança, redunde em perda de equilíbrio, de maneira que a exigência de anormalidade situa-se essencialmente no plano fático e não no plano normativo: só uma lesão significativa do sistema ecológico e, principalmente duradoura, pode determinar uma perda da capacidade funcional do bem natural protegido pelo sistema jusambiental (LEITE, José Rubens Morato, **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**, 2ª ed., 2003, RT p. 190).

Por sua vez, o dano moral coletivo é pacificamente aceito pela doutrina e jurisprudência e se configura pela lesão na esfera moral de uma comunidade, ou seja, pela violação de valores coletivos referentes ao meio ambiente (lesão ao equilíbrio ecológico, à qualidade de vida e à saúde da coletividade), aos direitos do consumidor (publicidade abusiva, por exemplo) e ao patrimônio histórico e artístico, violação da honra de determinada comunidade (negra, judaica, japonesa, indígena, etc) atingidos injustificadamente do ponto de vista jurídico.

Nesse diapasão, colho a lição da eminente Desembargadora ELISABETE FILIZOLA (AC nº 0226308-04.2011.8.19.0001):

(...) O dano moral coletivo em matéria ambiental está hoje positivado, na medida em que a legislação de regência registra que,

“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” a diversas sanções, nos termos do art. 14, caput, da Lei nº 6.938/81, sendo certo que “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” (art. 14, § 1º) e que “a execução das garantias exigidas do poluidor não impede a aplicação das obrigações de indenização e reparação de danos previstas” no citado § 1º (art. 14, § 5º, incluído pela Lei nº 11.284/2006).

E, como corolário, é fato que o art. 1º, I da Lei nº 7.347/1985, desde a redação dada pela Lei nº 8.884/1994, ratificada pela Lei nº 12.529/2011, preconiza que se regem “pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente.

O dano moral coletivo, objeto da irrisignação do ente municipal, ora recorrente, ficou comprovado e exsurge da extensão dos danos ao meio ambiente equilibrado causados pelo réu, ora apelado — modificação da paisagem, corte de costão rochoso e aterramento de espécies na faixa infra-meso e supralitoral —, alguns de natureza irreversível, por meio das construções inquinadas erguidas em Zona de Proteção Permanente, consoante consignado no laudo pericial, *in verbis*:

3.3 Impacto Ambiental

De acordo com o critério de divisão de impactos ambientais conforme sua magnitude (Baixa, Média e Alta), conclui-se que o impacto foi de baixa magnitude e direto.

Tabela nº 1: Classificação dos Impactos Ambientais:

Atividade Impactante	Impacto Ambiental	Critérios
Construção sobre costão rochoso e espelho d'água	Modificação da Paisagem	Direto, local, longo prazo, permanente, reversível
	Corte de Costão Rochoso	Direto, local, longo prazo, permanente, irreversível
	Aterramento de espécies na faixa Infra-meso e supralitoral	Direto, local, médio prazo, permanente, irreversível

(*index* 000221 - f. 206)

(...)

A casa principal, segundo píer e rampa para barcos de acordo com suas características construtivas e documentação anexada são antecessoras às legislações que regulamentam o uso e ocupação do solo no município, portanto são passíveis de legalização.

As construções restantes (estrutura de lazer erguida em pedras e estrutura de lazer em ripas de madeira, passarela, cozinha, churrasqueira, e - três cabanas, duas pequenas edificações, casa de forças e píer) foram erguidas quando já estavam em vigor às legislações que regulamentam os costões rochosos como Zona de Preservação Permanente, bem como uma faixa de cinco metros a partir do seu limite. Assim sendo estas construções causaram danos sobre as características naturais do ecossistema local (marinho e terrestre) através de corte de árvores, construção sobre espelho d'água e costão rochoso na faixa entre marés alterando o fornecimento

das condições essenciais bióticas e abióticas para a manutenção da biodiversidade original local. Logo tais obras não são passíveis de legalização e devem ser retiradas. (*index* 000221 - f. 209)

(...)

8 - Queira o Sr. Perito descrever se houve mudança do paisagismo local;

R - Sim, houve impacto sobre a paisagem conforme se extrai do laudo pericial item nº 33 - Impacto ambiental. (*index* 000221 - f. 211)

(...)

4 - Queira o Sr. Perito informar se houve quebra de matação, corte, ou destruição de costão rochoso e/ou rocha (pedra);

R. Sim, principalmente para a construção de uma área de lazer conforme as fotografias anexas. (*index* 000221 - f. 212)

O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da prova de dor, sentimento ou abalo psicológico sofridos pelos indivíduos, e ficou comprovado na hipótese presente, ressalta-se, em razão da degradação das condições essenciais bióticas e abióticas para a manutenção da biodiversidade original local que impactaram negativamente o meio-ambiente, evidenciando-se o prejuízo ambiental à coletividade e/ou às futuras gerações decorrentes das construções inquinadas.

A reparação da lesão extrapatrimonial coletiva decorre da necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente, sendo certo que a condenação a recuperar a

área degradada não tem o condão de afastar o dever de indenizar outros tipos de danos, mormente o dano moral coletivo.

Nesse entendimento:

AMBIENTAL. DESMATAMENTO. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DA NORMA AMBIENTAL. 1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta com o fito de obter responsabilização por danos ambientais causados pelo desmatamento de área de mata nativa. A instância ordinária considerou provado o dano ambiental e condenou o degradador a repará-lo; porém, julgou improcedente o pedido indenizatório. 2. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer e indenizar. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ. 3. A restauração in natura nem sempre é suficiente para reverter ou recompor integralmente, no terreno da responsabilidade civil, o dano ambiental causado, daí não exaurir o universo dos deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum. 4. A reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível, de modo que a condenação a recuperar a área lesionada não exclui o dever de indenizar, sobretudo pelo dano que permanece entre a sua ocorrência e o pleno restabelecimento do meio ambiente afetado (= dano interino ou intermediário), bem como pelo dano moral coletivo e pelo dano residual (= degradação ambiental que

subsiste, não obstante todos os esforços de restauração). 5. A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura bis in idem, porquanto a indenização não é para o dano especificamente já reparado, mas para os seus efeitos remanescentes, reflexos ou transitórios, com destaque para a privação temporária da fruição do bem de uso comum do povo, até sua efetiva e completa recomposição, assim como o retorno ao patrimônio público dos benefícios econômicos ilegalmente auferidos. 6. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade, em tese, de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer voltadas à recomposição in natura do bem lesado, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e para fixar eventual *quantum debeat*. (REsp 1.180.078/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 28/02/2012).

PROCESSO CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM URBANÍSTICA. LOTEAMENTO RURAL CLANDESTINO. ILEGALIDADES E IRREGULARIDADES DEMONSTRADAS. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. DANO AO MEIO AMBIENTE CONFIGURADO. DANO MORAL COLETIVO.

1. Recurso especial em que se discute a ocorrência de dano moral coletivo em razão de dano ambiental decorrente de parcelamento irregular do solo urbanístico, que, além de invadir Área de Preservação Ambiental Permanente, submeteu os moradores da região a

condições precárias de sobrevivência.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem determinou as medidas específicas para reparar e prevenir os danos ambientais, mediante a regularização do loteamento, mas negou provimento ao pedido de ressarcimento de dano moral coletivo.

3. A reparação ambiental deve ser plena. A condenação a recuperar a área danificada não afasta o dever de indenizar, alcançando o dano moral coletivo e o dano residual. Nesse sentido: REsp 1.180.078/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 28/02/2012.

4. “O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. (...) O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos” (REsp 1.057.274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010).

5. No caso, o dano moral coletivo surge diretamente da ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado. Em determinadas hipóteses, reconhece-se que o dano moral decorre da simples violação do bem jurídico tutelado, sendo configurado pela ofensa aos valores da pessoa humana. Prescinde-se, no caso, da dor ou padecimento (que são con-

sequência ou resultado da violação). Nesse sentido: REsp 1.245.550/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe 16/04/2015.

Recurso especial provido.

(REsp 1.410.698/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 30/06/2015).

Por sua vez, o arbitramento do valor do dano moral coletivo deve levar em conta a extensão do prejuízo causado, bem como a possibilidade de recomposição do meio ambiente ou de recuperação dos espaços degradados — o que na hipótese presente em relação ao corte do costão rochoso e ao aterramento de espécies na faixa inframeso e supralitoral são irremediáveis —, além do caráter preventivo e punitivo da reprimenda de modo a conferir real e efetiva tutela ao meio ambiente, sem contudo descuidar da razoabilidade e proporcionalidade.

Observados os parâmetros em tela, tem-se por adequada a fixação dos danos morais coletivos em R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), corrigidos monetariamente a contar deste julgado e juros de mora da citação, que devem ser pagos em favor do Fundo Municipal de Meio Ambiente do Município de Angra dos Reis, nos termos requeridos na inicial.

Isto posto, voto pelo PROVIMENTO do recurso, a fim de condenar o Réu, ora Apelado, ao pagamento de danos morais coletivos, no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), corrigido monetariamente deste aresto e juros de mora da citação, em favor do Fundo

Municipal de Meio Ambiente do Município de Angra dos Reis.

Rio de Janeiro, 11 de abril de 2018.

DES. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS

Relator

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. POLUIÇÃO SONORA. CONCESSÃO DE LIMINAR. DESCANSO DOS MORADORES. CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

Apelação Cível. Direito Civil. Ação Civil Pública. Poluição Sonora. Eventos realizados ao ar livre na sede de clube. Medição efetuada pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente - SMAC, às 00:10 de um sábado, que alcançou 70 decibéis, 20 acima do limite estabelecido para o local e horário. Sentença de procedência parcial do pedido. Abusividade na produção de ruídos evidente pelo fato de a medição ser superior até ao limite previsto para o horário diurno. Poluição sonora configurada (artigo 3º da Lei nº 6.938/81 e artigo 42 do Decreto Lei nº 3.688/41). Dano ambiental evidenciado. Indenização prevista no artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 cuja aplicação é necessária de forma a dar efetividade à condenação. Montante a ser apurado através de liquidação por arbitramento Sucumbência recíproca afastada. Réu-apelado responsável pela integralidade das despesas processuais, mas não por honorários em do Ministério Público. Matéria é disciplinada pelo disposto na Lei nº 7.347/85 e não no Código de Processo Civil. Princípio da simetria

face aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal. Provimento parcial do recurso para condenar o réu ao pagamento da indenização por danos ambientais e das despesas processuais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível 0026883-29.2012.8.19.0205 em que consta como parte Apelante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e como parte Apelada: Luso Brasileiro Tênis Clube, acordam os Desembargadores da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar provimento parcial ao recurso, na forma do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada por Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face de Luso Brasileiro Tênis Clube, afirmando ter sido instaurado Inquérito Civil para investigar denúncia de que o réu promoveria eventos em sua sede que provocam níveis elevados de som e ruído com potência suficiente para fazer tremer janelas e outras estruturas de vidro nas proximidades, caracterizando a poluição sonora já que o nível de ruído foi medido na ordem de 70 decibéis, enquanto o limite legal para o período noturno é de 50. Além disso, ainda foi verificada a ocorrência de transtorno viário pela grande movimentação de público na chegada e saída dos shows, obrigando os motoristas a trafegar na contramão.

Invoca o dano ao meio ambiente e a nocividade da poluição sonora para os habitantes, motivo de sua ilegalidade, ressaltando que se trata de local aberto, destituído de tra-

tamento acústico.

Requer a concessão de antecipação de tutela para que seja determinada a interdição temporária de quaisquer atividades que envolvam sonorização no interior do estabelecimento recreativo até o julgamento final da lide ou até a execução de tratamento acústico eficaz para atender os limites de emissão de ruídos.

Pretende, ao final, a confirmação da medida por sentença e seja o réu condenado ao pagamento de indenização por danos ambientais e morais, além dos ônus sucumbenciais.

A tutela antecipada foi concedida pela decisão de f. 79/80 e confirmada em sede de agravo de instrumento por esta Câmara Cível que apenas restringiu a suspensão das atividades realizadas na área externa do clube (acórdão a f. 228/232).

Contestação a f. 154/165, onde o réu invoca preliminar de ilegitimidade do Ministério Público para atuar no polo ativo, não sendo o caso de interesses difusos mas de uma única vizinha que se diz perturbada com os ruídos, ao que contrapõe depoimentos de outros moradores que afirmam não serem perturbados pelos eventos, bem como abaixo assinado com pouco mais de 400 assinaturas que apoiam a realização de eventos festivos. No mérito, afirma que suas atividades não se enquadram no artigo 3º, III, da Lei nº 6.938/81 e que não ultrapassam os limites previstos em lei, até porque nem todos os eventos são realizados na parte externa. Refuta o dano ambiental e a existência de danos o que afasta a obrigação de indenizar.

Manifestação do Ministério Público a f. 244/248 pelo acolhimento integral dos pedidos.

Na decisão que saneou o feito (f. 254), foi rejeitada a preliminar de ilegitimidade, tendo sido anteriormente decretada a perda da prova oral requerida pelo réu por sua inércia (f. 245).

A sentença de f. 252/254 julgou o pedido nos seguintes termos:

.... Tratando-se a questão meritória de direito e de fato e já se tendo produzido todas as provas, forçoso o julgamento da lide, que pode ser composta no estado em que se encontra o processo. Na verdade, cuida a lide de ação civil pública proposta pelo Ministério Público em face do réu para determinar a interdição temporária de quaisquer atividades que envolvam sonorização, no interior do estabelecimento recreativo situado na Estrada Campinho, nº 881, Campo Grande, Rio de Janeiro, até o julgamento final da lide ou até a execução de tratamento acústico eficaz para atender os limites de emissão de ruídos, na obrigação de não realizar, nem permitir que terceiros realizem quaisquer atividades envolvendo sonorização, no estabelecimento recreativo situado na Estrada Velha da Tijuca, nº 407, Alto da Boa Vista, até que seja realizado no local a ser utilizado para tais eventos, tratamento acústico eficaz para conter os ruídos dentro dos limites legais e, a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos ambientais e morais. Analisando a prova documental acostada aos autos verifica-se que, de fato, as denúncias encaminhadas ao MP são verdadeiras, uma vez que frequentemente são realizados even-

tos sonoros no Clube réu nos finais de semanas, em local aberto e sem tratamento acústico. De acordo com o relato dos moradores o barulho produzido extrapola os limites da tolerância, dado à sua intensidade, chegando a provocar vibrações nas janelas dos apartamentos, de forma a comprometer o descanso noturno, pois ocorrem até a madrugada. A medição realizada pela Secretária Municipal de Meio Ambiente - SMAC, num sábado, dia 04/02/2012, às 00:10, em pontos próximos ao estabelecimento, mas precisamente, nos números 682 e 441, ambos da Estrada do Campinho, onde se localiza o Clube réu. Em tal medição, restou constatado nível superior ao permitido pela legislação para o local (f. 64/65). A questão levantada pelo Parquet é de extrema gravidade devendo, assim, a parte ré cumprir a liminar já deferida, observando-se tudo que já foi dito. Em relação ao pedido de dano material, o mesmo deixa de ser acolhida por total falta de prova. O dano moral, também não restou caracterizado nos autos, uma vez que não restou comprovada qualquer tipo de ofensa moral capaz de ensejar indenização.

Ante o exposto, julgo procedente, em parte o pedido para: 1 - confirmar a tutela deferida, de acordo com o julgamento do Acórdão. Sucumbência recíproca...

Diante de embargos de declaração opostos pela parte autora a f. 257/259, a sentença foi complementada pela decisão de f. 261/263:

... F. 261/263 - Recebo os embargos de declaração, eis que tempestivos, No mérito, dou-lhes parcial provimento para sanar o erro material na sentença de f. 256/259 para constar que

o estabelecimento recreativo Luso Brasileiro Tênis Clube fica localizado na Estrada do Campinho, nº 881, Campo Grande, Rio de Janeiro. Quanto ao pedido formulado de condenação em ônus sucumbenciais, este deve ser rejeitado porque inexistem os vícios previstos no art. 1022 do NCPC na sentença alvejada, que deve permanecer tal como foi lançada, eis que não cabe pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público nos autos de ação civil pública. O STJ já firmou o entendimento neste sentido: 'Não é cabível a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público nos autos de ação civil pública'. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS. DESCABIMENTO. 1. 'A jurisprudência da Primeira Seção deste Superior Tribunal é firme no sentido de que, por critério de absoluta simetria, no bojo de ação civil pública não cabe a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público' (AgRg no AREsp 21.466/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 22/08/2013). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1.395.801/RJ, Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, Data do julgamento 17/09/2015, DJe 02/10/2015) ...

Apelação do Ministério Público a f. 264/286, ao ensejo da qual afirma ser contraditória a sentença que afastou o pedido indenizatório por falta de provas enquanto reconhece a existência de poluição sonora, e, ainda, a despeito das provas constantes dos autos que demonstram o dano ambiental. Requer seja afastada sua condenação ao

pagamento dos ônus sucumbenciais em face de sua isenção e, ainda, seja imposto o pagamento de honorários à parte ré em favor do Ministério Público, citando precedentes jurisprudenciais nesse sentido.

A parte apelada contrarrazoou o recurso (f. 327/333), afirmando que a sentença sequer poderia confirmar a tutela uma vez que a sede do clube não mais existe, tendo sido encerradas suas atividades com a arrematação do imóvel em outra ação. Insiste não ausência de configuração do pretendido dano ambiente e no descabimento do pagamento de honorários advocatícios a membro do Ministério Público.

A douta Procuradoria de Justiça, a f. 344/375, opinou pelo provimento do recurso com a reforma parcial da sentença que não estaria fundada em correta interpretação do direito aplicável ao tema, prequestionando, antecipadamente, os dispositivos: artigo 225, § 3º da Constituição Federal, artigos 4º, VII, e 14, § 1º da Lei nº 6938/81, artigo 85 do CPC, artigo 18 da Lei nº 7347/85 e artigo 4º, XII, da Lei Estadual nº 2819/97.

É o relatório.

VOTO

Apelação interposta com fundamento no Código de Processo Civil de 2015. Recurso tempestivo, satisfeitos os demais requisitos de admissibilidade.

De início, temos que o recurso pretende a modificação da sentença exclusivamente quanto a 3 pontos, quais sejam, a condenação do réu ao pagamento (1) de indenização por danos

ambientais e (2) de honorários advocatícios em favor do Ministério Público, além do (3) reconhecimento da isenção do referido órgão ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Com efeito, a parte ré não negou a realização dos eventos em área externa do clube que, entretanto, não mais existe, tendo sido substituído por obra de construção de edifício residencial.

Restou evidenciado que os referidos eventos produziam sons e ruídos em patamares extremamente elevados, segundo medição efetuada por órgão público, isento, no caso, a Secretaria Municipal de Meio Ambiente -

SMAC, alcançando 70 decibéis às 00:10 de um sábado, ou seja, 20 decibéis acima do limite fixado para zonas residenciais no horário noturno, conforme dispõe o anexo da Lei Municipal nº 3.268/2001.

Há que se considerar, inclusive, que tais limites foram fixados com moderação pelo legislador, uma vez que a Organização Mundial da Saúde (World Health Organization) considera prejudiciais à SAÚDE¹ quaisquer barulhos superiores a 30 decibéis durante o sono, podendo causar efeitos cardiovasculares, problemas auditivos e reduzir a capacidade de aprendizado e a eficiência no trabalho.

A abusividade na produção de ruídos restou evidente pelo fato de a medição ser superior até ao limite previsto para o horário diurno, de 55 decibéis.

O simples fato de haver registro de pou-

cas reclamações dos moradores não justifica a prática, demonstrando, apenas, a falta de confiança dos moradores nas instituições de uma forma geral, que faz com que as pessoas se conformem com as agressões diariamente sofridas em decorrência da prática irregular de tantos, entre eles, o réu.

Consequentemente, a propositura da ação pelo Ministério Público e a concessão da liminar foram medidas essenciais, não somente para assegurar o descanso dos moradores da região, como para restaurar a credibilidade das instituições e para que, em momento futuro, todos os cidadãos incomodados busquem a solução mediante o registro de suas reclamações, com o fulcro de garantir o direito estabelecido no artigo 225² da Constituição Federal.

Ocorre que a irregularidade se configura plenamente como poluição sonora, segundo os critérios estabelecidos no artigo 3^o3 da Lei

2 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

3 Art.3^o- Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;

1 <http://www.euro.who.int/en/health-topics/environment-and-health/noise/data-and-statistics>

nº 6.938/81, com redação da Lei nº 7.804/89, uma vez que o referido nível de ruídos é capaz de prejudicar a saúde e o bem-estar da população local e cria condições adversas às atividades sociais e econômicas, uma vez que qualquer outro estabelecimento nas proximidades que também trabalhasse com música local seria prejudicado.

Ainda sobre o tema da poluição sonora, não é demais observar que a prática já era descrita no artigo 42⁴ do Decreto Lei nº 3.688/41, como contravenção penal, estando a presente hipótese prevista no seu inciso III.

Desta forma, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. DIREITO AO SILÊNCIO. POLUIÇÃO SONORA.

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;
V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora. (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989)

4 Art. 42. Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheio:

I - com gritaria ou algazarra;

II - exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;

III - abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

(...) Pena - prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

ART. 3º, III, ALÍNEA “E”, DA LEI Nº 6.938/1981. INTERESSE DIFUSO. LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

(...) 3. A poluição sonora, mesmo em área urbana, mostra-se tão nefasta aos seres humanos e ao meio ambiente como outras atividades que atingem a “sadia qualidade de vida”, referida no art. 225, caput, da Constituição Federal.

4. O direito ao silêncio é uma das manifestações jurídicas mais atuais da pós-modernidade e da vida em sociedade, inclusive nos grandes centros urbanos.

5. O fato de as cidades, em todo o mundo, serem associadas à ubiquidade de ruídos de toda ordem e de vivermos no país do carnaval e de inumeráveis manifestações musicais não retira de cada brasileiro o direito de descansar e dormir, duas das expressões do direito ao silêncio, que encontram justificativa não apenas ética, mas sobretudo fisiológica.

6. Nos termos da Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), também é poluição a atividade que lance, no meio ambiente, “energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos” (art. 3º, III, alínea “e”, grifei), exatamente a hipótese do som e ruídos. Por isso mesmo, inafastável a aplicação do art. 14, § 1º, da mesma Lei, que confere legitimação para agir ao Ministério Público.

7. Tratando-se de poluição sonora, e não de simples incômodo restrito aos limites de parede, a atuação do Ministério Público não se dirige à tutela de direitos

individuais de vizinhança, na acepção civilística tradicional, e, sim, à defesa do meio ambiente, da saúde e da tranquilidade pública, bens de natureza difusa.

8. O Ministério Público possui legitimidade para propor Ação Civil Pública com o fito de prevenir ou cessar qualquer tipo de poluição, inclusive sonora, bem como buscar a reparação pelos danos dela decorrentes. (...) (REsp 1.051.306/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, j. 16/10/2008)

Evidente, portanto, o dano ambiental, é cabível a condenação ao pagamento de indenização por aquele que cometeu o ato ilícito, segundo determina o artigo 14⁵, § 1º, da já mencionada Lei nº 6.938/81.

De outra forma, a condenação se limitaria à simples repetição da proibição já inserta no texto legal, ou seja, dizer ao infrator que não deveria ter assim agido, mas que seu ato ilícito não lhe produzirá quaisquer consequências.

Isto não pode acontecer, sob pena de não se punir o descumprimento da lei e de não inibir a

5 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:

(...)

§ 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.

repetição do ato, tanto especificamente pelo réu quanto, segundo o caráter educativo da condenação, pelos demais cidadãos.

Neste sentido, também julgou o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA COIBIR A PRÁTICA RECORRENTE DE POLUIÇÃO SONORA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE RECONHECIDA. DANO MORAL COLETIVO. POLUIÇÃO SONORA. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. (...) 2. Tratando-se de poluição sonora, e não de simples incômodo restrito aos lindeiros de parede, a atuação do Ministério Público não se dirige à tutela de direitos individuais de vizinhança, na acepção civilística tradicional, e, sim, à defesa do meio ambiente, da saúde e da tranquilidade de simples incômodo restrito aos lindeiros de parede, a atuação do Ministério Público não se dirige à tutela de direitos individuais de vizinhança, na acepção civilística tradicional, e, sim, à defesa do meio ambiente, da saúde e da tranquilidade pública, bens de natureza difusa. O Ministério Público possui legitimidade para propor Ação Civil Pública com o fito de prevenir ou cessar qualquer tipo de poluição, inclusive sonora, bem como buscar a reparação pelos danos dela decorrentes. Nesse sentido: REsp 1.051.306/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 10/09/2010. (...)

4. “O dano moral coletivo, assim en-

tendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. (...) O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos”. Nesse sentido: REsp 1.410.698/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 30/06/2015; REsp 1.057.274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010.

5. A Corte local, ao fixar o valor indenizatório em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), o fez com base na análise aprofundada da prova constante dos autos. A pretensão da ora agravante não se limita à reavaliação da prova apreciada do aresto estadual, mas, sim, ao seu revolvimento por este Tribunal Superior, o que é inviável. Incidência da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido: AgRg no AREsp 430.850/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 07/03/2014. Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 737.887/SE, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, j. 03/09/2015)

Da mesma forma também julgou este Tribunal:

APelação CÍVEL. (...) OBRIGAÇÃO DE PARALISAR AS ATIVIDADES QUE EN-

VOLVAM SONORIZAÇÃO, MÚSICA MECÂNICA OU AFIM AMPLIFICADA, VOZ AMPLIFICADA COM USO DE MICROFONE OU OUTROS MEIOS QUE POSSAM CAUSAR POLUIÇÃO SONORA (...) Restou demonstrado, diante do conjunto probatório, que os Réus, em que pese terem sido advertidos em diversas oportunidades, não cessaram a poluição sonora oriunda de seus estabelecimentos. (...) Dessa forma, a conclusão é de que as atividades relatadas no bar dos Demandados configuraram violação do direito a um “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, consoante artigo 225, da CRFB/88, por meio da prática de poluição sonora. Outrossim, violado também o disposto no art. 3º, III, da Lei nº 6.938/81 que enumera as hipóteses de poluição a ensejar a atuação do Ministério Público, mais especificamente, a perturbação sonora. Sendo assim, diante da conduta ilícita, está a se impor a condenação na compensação de dano moral coletivo. Nota-se que é possível sua indenização quando a ofensa for de razoável significância e cause abalo à tranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. No campo ambiental, a responsabilidade civil é objetiva com base no risco integral, conforme dispõe o § 1º do art. 14 da Lei nº 6938/81, “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”. No que concerne à possibilidade de indenização por danos morais decorrentes de ilícito ambiental, observa-se o disposto nos arts. 5º, X da CF c/c 1º, II da Lei nº 7.347/85 (LACP) e 6º, VI e VII da Lei nº 8.078/90 (CDC), que afirmam ser direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

O arbitramento da verba deve ser consentâneo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Levando-se em conta tais parâmetros, deve ser fixado o valor de R\$ 20.000,00, para cada Réu, para compensação do dano moral coletivo, a ser acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, e de correção monetária segundo índices oficiais da E. Corregedoria do TJERJ, a contar da data do arbitramento. (...) Por fim, por ser matéria de ordem pública, está a se impor o afastamento da condenação dos Réus ao pagamento de honorários advocatícios. Ressalta-se ser incabível a condenação dos Requeridos ao pagamento de honorários de sucumbência, segundo já decidiu o Superior Tribunal de Justiça. Quando o Ministério Público fica vencido na ação civil pública, só é cabível a sua condenação em honorários de sucumbência na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do *Parquet* (art. 18, da Lei nº 7.347/1985). Por consequência, por simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o Ministério Público receber honorários sucumbenciais quando for vencedor. (Apelação 0019671-37.2015.8.19.0209, Rel. Des. ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO, Vigésima Sexta Câmara Cível, j. 19/07/2018)

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CULTO RELIGIOSO. NÍVEIS DE RUÍDO SUPERIORES AO LEGALMENTE PERMITIDO. PERTURBAÇÃO AO SOSSEGO. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL IN RE IPSA. SENTENÇA MANTIDA. Existência de farta prova documental nos autos quanto aos danos causados aos moradores do entorno. Prova da emissão de poluição sonora por longo período. Dano ambiental que deve ser interpretado em sentido amplo abrangendo tanto os danos

materiais quanto os danos morais que atingem toda a coletividade. Ausência da necessidade de comprovação do dolo ou culpa dos poluidores. Após as obras realizadas, comprovou-se por vistoria realizada pelo Instituto Estadual do Meio Ambiente, que os ruídos não mais ultrapassam o limite estabelecido, assim, não há como se falar na obrigação de não realizar a amplificação e difusão sonora nas atividades da igreja ré. Quanto ao dano moral, este foi delimitado em R\$ 10.000,00, valor que respeita os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, devendo ser mantido. Recursos Conhecidos e não providos. (Apelação 0040280-58.2012.8.19.0205, Rel. Des. JDS RICARDO ALBERTO PEREIRA, Vigésima Sexta Câmara Cível, j. 12/04/2018)

Ocorre que, para a quantificação da indenização, deve-se considerar a significação e o grau de intranquilidade causado à sociedade que, no caso presente, segundo parece, não se prolongou por muito tempo, em primeiro lugar, em decorrência da antecipação de tutela concedida pelo Juízo a quo e, em segundo lugar, pelo encerramento das atividades do clube réu, devendo ser devidamente apurado o montante através de liquidação por arbitramento, como também decidiu este Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO AMBIENTAL - EMISSÃO DE RUÍDOS SONOROS ACIMA DOS LIMITES PREVISTOS EM LEI - DEGRADAÇÃO DA QUALIDADE AMBIENTAL - PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, DETERMINANDO A CESSAÇÃO DA PRÁTICA - IRRESIGNAÇÃO DA PARTE AUTORA - PROVA DA EMISSÃO DE POLUIÇÃO SONORA POR LONGO PERÍO-

DO - FARTA PROVA DOCUMENTAL DOS DANOS CAUSADOS AOS MORADORES DO ENTORNO - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PARA A REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE - INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS AMBIENTAIS CAUSADOS À COLETIVIDADE QUE SE IMPÕE - ARBITRAMENTO QUE DEVE SER DETERMINADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. DA-SE PROVIMENTO AO RECURSO. (Apelação 0028452-79.2014.8.19.0210, Rel. Des. MARCELO LIMA BUHATEM, Vigésima Segunda Câmara Cível, j. 25/04/2017)

Ação civil pública. Danos ambientais. Poluição sonora. Funcionamento de boate em área residencial em desacordo com as normas regulamentares, o que levou à anulação do alvará. Farta prova documental dos danos causados aos moradores do entorno. Responsabilidade civil objetiva. Indenização que se impõe. Arbitramento que deve ser determinado em liquidação de sentença. Provimento do recurso. (Apelação 0044385-26.2003.8.19.0001, Rel. Des. HELDA LIMA MEIRELES, Terceira Câmara Cível, j. 03/04/2012)

Em decorrência da modificação da sentença, resta afastada a sucumbência recíproca, sendo o réu-apelado responsável pela integralidade das despesas processuais.

No entanto, não são devidos honorários em favor do Ministério Público, uma vez que a matéria é disciplinada pelo disposto na Lei nº 7.347/85 e não no Código de Processo Civil, condição em que a verba honorária só é devida pelo Parquet naqueles casos em que é conde-

nado por litigância de má-fé, motivo porque, à luz de prismas de simetria, em casos nos quais o Ministério Público é vencedor, ele não será beneficiado com o recebimento de honorários, na forma do artigo 18⁶ da referida Lei, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS. DESCABIMENTO. 1. “A jurisprudência da Primeira Seção deste Superior Tribunal é firme no sentido de que, por critério de absoluta simetria, no bojo de ação civil pública não cabe a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público” (AgRg no AREsp 21.466/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 13/08/2013, DJe 22/08/2013). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RESp 1.395.801/RJ, Rel. Min. OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe 02/10/2015)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR E VENCEDOR.

1. “Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequív-

6 Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

voca má-fé do Parquet. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o parquet beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública” (REsp 895.530/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 18/12/2009). 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.320.333/RJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 04/02/2013)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR E VENCEDOR.

1. Na ação civil pública movida pelo Ministério Público, a questão da verba honorária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei nº 7.347/85.

2. Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do *Parquet*.

3. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o parquet beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública. Precedentes.

4. Embargos de divergência providos (REsp 89.530/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Primeira Seção, j. 26/08/2009).

ARTIGO 927, DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE. REGÊNCIA PELA

LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: LEI Nº 7.347/85. AÇÃO AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. HONORÁRIOS. CONDENAÇÃO QUE SE AFASTA. PRECEDENTES.

(...) Nos termos da Lei nº 7.347/85, a condenação em honorários advocatícios se restringe à litigância de má-fé, devendo ser então afastada tal condenação imposta ao recorrente na instância ordinária, ainda que o Ministério Público tenha se sagrado vencedor nos autos da respectiva ação civil. Precedentes: REsp nº 785.489/DF, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 29/06/2006; REsp nº 34.386/SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 24/03/1997; REsp nº 493.823/DF, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 15/03/2004. III - Recurso parcialmente provido. (REsp 859.737/DF, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, j. 10/10/2006)

À conta de tais fundamentos, hei por bem votar no sentido de dar provimento parcial ao recurso, para condenar o réu ao pagamento da indenização por danos ambientais e das despesas processuais.

Rio de Janeiro, 10 de outubro de 2018.

DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM

Relator

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. DANO AO MEIO AMBIENTE. EMISSÃO DE MATERIAL PARTICULADO NA ATMOSFERA. ATIVIDADE EMPRESARIAL EXERCIDA SEM O DEVIDO LICENCIAMENTO. ATIVIDADES DE FISCALIZAÇÃO,

IMPOSIÇÃO DE REGULARIZAÇÃO DE LICENÇA AMBIENTAL E A LAVRATURA DE MULTAS PELO ÓRGÃO COMPETENTE. COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL. RECURSO IMPROVIDO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

ACÓRDÃO

Apelação. Ação civil pública. Proteção do meio ambiente. Atividade empresarial causadora de dano ambiental. Emissão de pó de cimento e pedra na atmosfera. Instituição a que cabe a regularização e fiscalização. Poder de polícia. Provas.

Trata-se de ação voltada à apuração de dano ao meio ambiente através de emissão de material particulado na atmosfera, afetando negativamente a qualidade de vida, principalmente dos cidadãos que residem mais próximos do local onde a 1ª ré executa suas atividades industriais. Corrê, a autarquia Instituto Estadual do Ambiente - INEA, integrada ao polo passivo do feito em razão de descumprimento dos preceitos legais e constitucionais, cuja observância lhe caberiam como ente a que cabe a fiscalização com base na legislação ambiental. Sentença de improcedência do pedido em razão da ausência de prova. Manutenção do decisum. Bem verdade que de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, da reparação in integrum, da prioridade da reparação in natura e do favor debilis, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental. No entanto, foi a

inexistência de prova que levou corretamente à improcedência do pedido. De fato, não obstante o entendimento, e ainda que em se considerando a volumosa documentação existente, sobre a prova, o próprio Ministério Público peticionou no sentido de que o feito ainda não estaria maduro para julgamento em razão da ausência de esclarecimentos quanto ao cumprimento das condicionantes de validade da licença, assim postulando providências com a finalidade de obtenção de provas documentais que seriam indispensáveis à instrução da causa (f. 1.223/1.224), tendo o juiz proferido a decisão de f. 1.227 e deferido o pedido para converter o julgamento em diligência, determinando a expedição de ofícios ao INEA e à Secretaria Municipal do Meio Ambiente, nos termos dos itens “i” e “ii” do pleito autoral (f. 1.224), esclarecendo que os expedientes relacionados ao cumprimento da referida diligência seriam havidos como a produção de prova documental suplementar. Na sequência ainda peticionou o Ministério Público viria a ratificar não ter mais prova a produzir (f. 1.392). A ação foi precedida de procedimento preparatório em novembro de 2008, a partir da notícia de que a 1ª ré, em virtude do exercício de atividade vinculada à manipulação de cimento e concreto, lançando na atmosfera pó de cimento e de pedra, o fazia de forma irregular em seu início, até que requereu o devido licenciamento (Processo administrativo nº E07/201131/04), inaugurado então junto à antiga Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente - FEEMA, atualmente o 2º réu, o INEA, em trâmite desde o ano de 2004, apontando, com isso, que o exercício da atividade se dava então sem o devido licenciamento, acrescentando que a 1ª ré exerceria sua

atividade irregularmente desde o ano de 2004 e, depois, com a licença da operação vencida, sem que o 2º réu empreendesse o exercício do seu poder de polícia, capaz de fazer cessar a ilegalidade, concluindo que, como fato mais gravoso, este havia constatado a ocorrência da poluição atmosférica causada pelo empreendimento, o que ainda persistiria, com isso afetando negativamente a qualidade de vida, principalmente dos residentes mais próximos ao local. Entendimento do Ministério Público quanto a que estaria o 2º réu, instituição integrante da Administração Pública Estadual, sob a forma de autarquia, responsável por exercer o poder de polícia em matéria ambiental (art. 10, da Lei nº 6.938/81 combinado com os arts. 2º e 5º, inciso II, da Lei nº 5.101/2007), não se desincumbindo eficazmente deste poder-dever, de forma efetiva, conforme a demanda da tutela ambiental. Quanto à questão da emissão de material particular pela 1ª ré, não houve a prova necessária, eis que a prova pericial, postulada apenas pela 1ª ré, passou pela designação sucessiva de três peritos e, em razão da especialização exigida para o aponte da poluição atmosférica e o alto custo cobrado pelas empresas especializadas que prestariam assessoria aos expertos, dita prova acabou sendo renunciada por sua pretendente, sem que o Ministério Público, instado pelo juiz, encampasse a produção dessa prova, cuja perda foi decretada. O fato é que, em relação ao dimensionamento dos alegados danos e a sua autoria, consta dos autos que a região, frise-se, é área industrial, havendo inclusive outras indústrias semelhantes ou afins, com forte propensão à causação de poluição, não existe prova hábil a fornecer sustentação a eventual condenação. No que tange ao questionamento

superveniente, sobre eventual poluição sonora, correto o entendimento no sentido de que a pretensão desborda os limites do conhecimento judicial, de estrita observação, de acordo com o princípio da congruência. Possivelmente por isso, consignou o sentenciante, o Ministério Público não insistiu na vinda do relatório de pressão sonora da atividade desenvolvida pela 1ª ré, referido em sua promoção de f. 1.316/1.317, tendo, pelo contrário, a f. 1.392, informado de forma expressa não ter outras provas a produzir. Inafastável, a toda evidência, a necessidade de comprovação efetiva do dano e do nexó de causalidade, atrelada à conduta tida como ilícita do pretense agente poluidor, pressupostos indispensáveis para reconhecimento da responsabilidade, do alcance dos danos e do correspondente dever de reparação. E, sabe-se, a condenação consistente na reparação dos chamados danos ambientais só pode existir uma vez comprovada a transgressão e que ela esteja na origem de evento. Mais ainda: que eles sejam significativos, que extrapolem, que ultrapassem os limites da tolerância, com gravidade tal que causem prejuízos e intranquilidade sociais e que impliquem em grave violação ao patrimônio coletivo. Noutra vereda, tem-se ainda que, no caso em tela, esse atuar do Ministério Público acabou por trazer à baila, contrario sensu, a comprovação documental de que o INEA na verdade cumpriu com a sua obrigação institucional, valendo a sua própria argumentação, corroborada no portentoso parecer da Procuradoria de Justiça (f. 1.517/1.539), como um verdadeiro histórico das atividades de fiscalização, da imposição de regularização da licença ambiental e da lavratura de multas. Reconheça-se que a atuação do Ministé-

rio Público não terá sido estéril, posto que já se sabe que está atento a todas as atribuições de contorno legal e constitucional que lhe são atribuídas (Leis nº 8.625/1993 e 7.347/1985). Sentença correta. Precedentes deste Tribunal de Justiça. Recurso a que se nega provimento.

Acordam os desembargadores que compõem a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer, mas negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

VOTO

Cuida-se de Apelação nº 0271706-71.2011.8.19.0001, (f. 1.451/1.469) interposta pelo autor, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, contra a sentença de f. 1.395/1.404, proferida pelo juiz da 10ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da capital nos autos da ação civil pública em face de TOPMIX Engenharia e Tecnologia de Concreto e do Instituto Estadual do Ambiente - INEA, a qual foi no sentido de julgar improcedente o pedido e extinguir o processo, deixando de condenar o autor no pagamento de despesas processuais por força da isenção legal e do instituto da confusão e, também, ante o que dispõem os art. 17 e 18 da Lei nº 7.347/85, no pagamento de honorários advocatícios, restrito no caso à inócurren-te hipótese de litigância de má-fé.

A ação foi ajuizada com pedido de antecipação de tutela, para que fosse determinada a suspensão das atividades da empresa 1ª ré, no que toca à manipulação de concreto, até que a mesma obtivesse a licença de operação para a atividade, a ser expedida

pela entidade ou órgão público competente e, ao prosseguimento, a confirmação da tutela, postulando a condenação desta empresa na obrigação de não fazer, bem como a condenação do 2º réu na obrigação de fazer, consistente na expedição de ordem de polícia (interdição) que determine o não funcionamento de qualquer atividade empresarial no local, o que inclui a manipulação de concreto, sem o devido licenciamento, assim como a condenação dos réus ao pagamento de indenização, a ser quantificada em ulterior fase de liquidação de sentença, em virtude dos danos ambientais intercorrentes, de natureza material e imaterial, verificados pela poluição atmosférica promovida pela 1ª ré, a ser revertida para o fundo previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/83.

Em seu inconformismo, o Ministério Público repisou o fato de que instaurou procedimento preparatório em novembro de 2008, a partir da notícia de que a 1ª ré, em virtude do exercício de atividade vinculada à manipulação de concreto no imóvel situado na Estrada da Ligação, nº 893, bairro de Jacarepaguá, lançava na atmosfera pó de cimento e de pedra, atividade esta que fora objeto do requerimento de licenciamento (nº E07/201131/04), junto à antiga Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente (FEEMA), atualmente Instituto Estadual do Ambiente (INEA), em trâmite desde o ano de 2004, apontando, com isso, que o exercício da atividade se dava sem o devido licenciamento, acrescentando que desde o ano de 2004 a 1ª ré exerce sua atividade irregularmente, com licença de operação vencida, sem que o 2º réu empreenda alguma medida

de polícia capaz de fazer cessar a ilegalidade, concluindo que, como fato mais gravoso, havia sido constatada pelo próprio 2º réu a ocorrência de poluição atmosférica causada pelo empreendimento, o que ainda persistiria, afetando negativamente a qualidade de vida, principalmente dos residentes mais próximos ao local.

Daí postular, em sede recursal, o provimento do recurso visando à reforma da sentença, julgando-se procedentes os pedidos autorais com a condenação dos apelados nos termos da inicial, concluindo que seria irrelevante para a responsabilização dos réus a existência de culpa ou a ilicitude da omissão ou atividade danosa, bastando a existência do dano e donexo causal, também pretendendo efeito de prequestionamento para fins de interposição de eventual recurso excepcional, postulando ainda que o Tribunal de Justiça expressamente se pronunciasse acerca dos seguintes dispositivos constitucionais e infraconstitucionais: art. 37, *caput*, 225, *caput*, V e § 3º, Constituição de República; art. 2º, V, art. 4º e art. 14, §1º da Lei nº 6.938/1981; art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

Antes de qualquer análise, cumpre assinalar que, embora proposta a ação em 04/08/2011, a sentença hostilizada foi proferida somente em 22/09/2017 (f. 1.404). Assim, considerando-se que a publicação da sentença se deu quando já em vigor o Código de Processo Civil de 2015, ao julgamento do presente recurso aplicam-se as novas regras atinentes à matéria, incidindo o enunciado administrativo nº 3 do Superior Tribunal de Justiça:

“Aos recursos interpostos com funda-

mento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.

Posto isto, presentes as condições recursais e os pressupostos legais, a apelação deve ser conhecida.

Não obstante a diligência e as ponderosas razões expendidas, não assiste razão ao Ministério Público, ora apelante.

Nesse ponto, destaco perfilhar o entendimento do nobre sentenciante quanto ao questionamento superveniente sobre eventual poluição sonora, porque isso desbordava os limites do conhecimento judicial, de estrita observação, de acordo com o princípio da congruência, inclusive no que pertine à conclusão de que fora possivelmente por isso que o Ministério Público não insistiu, ao tempo das alegações finais, na vinda do relatório de pressão sonora da atividade desenvolvida pela sociedade 1ª ré.

Prosseguindo, no que guarda pertinência com a questão da necessidade de provas, resalto o julgamento do agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público contra a decisão interlocutória que lhe negou a pretendida antecipação de tutela, valendo aqui, neste apelo, como lá, o entendimento que prevaleceu. *In verbis*:

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Antecipação de tutela. Poluição ambiental. Licença. Verossimilhança. Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Prova.

Recurso do Ministério Público do Esta-

do do Rio de Janeiro contra decisão interlocutória que negou antecipação de tutela para determinar a paralisação de empresa cuja atividade envolve manipulação de concreto. Ausência de licença operacional e revolvimento de materiais perigosos à saúde da população local. Para a paralisação das atividades da empresa ré - garantidas constitucionalmente - haveria a necessidade de prova prévia inequívoca apontando para um fundado receio de dano irreparável, o que inexistiu até o momento, como identificado pelo Juízo, que, inclusive, considerou indispensável a prova pericial. Conquanto a questão da licença esteja aparentemente resolvida conforme apurado pela Procuradoria de Justiça, o tema recursal englobou elementos fáticos para além da simples questão burocrática, ou seja, perquiriu-se a ocorrência de danos de natureza ambiental com prejuízo para os residentes locais e, tanto assim foi que a própria empresa ré resguardou-se, ela própria, pedindo o reforço pericial em prol de suas alegações de que não poluiu. Portanto, imprescindível é a análise da presença dos requisitos autorizadores da concessão da antecipação da tutela, como bem determinou a escorreita decisão hostilizada, devendo prosseguir a devida instrução. Incidência do enunciado nº 59 da súmula deste Tribunal de Justiça. Decisão mantida. Recurso a que se nega provimento.

(Agravo de Instrumento 0055018-16.2014.8.19.0000 - Terceira Câmara Cível - Rel.: Des(a). MARIO ASSIS GONÇALVES - Julgamento: 14/01/2015).

Dita decisão se lastreou no fato de que se verificara a inexistência de qualquer prova quanto a que as atividades industriais da

1ª ré pudessem estar repercutindo na saúde da população e causando danos ao meio ambiente até aquele momento em que proferida a prudente decisão interlocutória hostilizada, esta que foi prolatada sob o manto protetor do enunciado nº 59 da súmula deste Tribunal de Justiça:

“Somente se reforma a decisão concessiva ou não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos”.

Também se ressaltou que haviam sido ponderosas todas as considerações até então expendidas pelas partes, eis que as repercussões de toda ordem que viriam a ocorrer na paralisação de uma empresa, em detrimento de seus direitos constitucionais e à mingua de provas que ainda haveriam de ser produzidas, não poderiam sequer ser dimensionadas.

Anote-se que, para o âmbito maior de todas as pretensões do Ministério Público, nenhuma prova foi em seguida produzida, tudo permanecendo no patamar da simples especulação, ou ainda melhor dizendo, no campo das hipóteses.

Não se perca de vista que, então, no julgamento do referido agravo de instrumento se ressaltou o fato de que, sim, havia sido extremamente prudente manter-se o funcionamento da 1ª ré, levando-se em conta os direitos e garantias constitucionais que lhe são inerentes, mas não se descurando, por óbvio, dos ainda mais relevantes interesses da comunidade local.

Na ocasião se trouxe a lume a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

Agravo de Instrumento. Ministério Público no polo ativo. Requerimento para paralisação das atividades da empresa, tendo por base a poluição sonora na localidade, haja vista tratar-se do “Circo Voador”, cuja atividade principal desenvolvida é show. Tutela antecipatória indeferida. Acerto da decisão. Medida constritiva que, uma vez concedida, irá afetar a atividade desenvolvida no local que engloba inclusive contratos de trabalho e pessoal que exerce atividade laborativa diária na própria empresa. Risco iminente para as finanças da sociedade ré. Prova pericial que se faz necessária, de modo a embasar o que é alegado pelo Ministério Público. Entendimento do Juízo *a quo*, no sentido de que não estão presentes os requisitos para a sua concessão. Cautela que se faz necessária. Observância à Súmula nº 59 do Tribunal de Justiça, de modo a prevalecer a decisão guerreada. Assim sendo, nego seguimento ao recurso nos termos do art. 557 do CPC.

(Agravo de Instrumento 0002314-31.2011.8.19.0000 - Décima Terceira Câmara Cível - Rel.: DES. SIRLEY ABREU BIONDI - Julgamento: 20/04/2011).

E mais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE, EM MEDIDA CAUTELAR, DEFERIU LIMINAR SUSTANDO OS EFEITOS DO DECRETO MUNICIPAL 27.738/07, MANTENDO A OCUPAÇÃO DO IMÓVEL, BEM COMO O EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES EXPLORADAS PELO AGRAVADO. O presente recurso ataca decisão que concedeu liminar sustando os efeitos do Decreto Municipal 27.738, mantendo a

ocupação do imóvel descrito na inicial pelo agravado, bem como o exercício das atividades ali exploradas até o julgamento da ação principal. Portanto, imprescindível é a análise da presença dos requisitos autorizadores da concessão de liminar, quais sejam: a verossimilhança das alegações autorais e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. O perigo de dano irreparável ou de difícil reparação é patente: a não concessão da medida pode tornar completamente inócua eventual procedência da demanda, uma vez que se trata efetivamente de suspensão das atividades do agravado e da desocupação do imóvel. Inexistência de notícia de qualquer acidente ou afronta de caráter ambiental, lesão ao direito da vizinhança, ou ainda, a segurança no entorno do estabelecimento. Inexistência de caráter teratológico ou de contrariedade à lei ou à prova dos autos na decisão impugnada. Incidência da Súmula 59 deste Tribunal.

(Agravo de Instrumento 0020305-59.2007.8.19.0000 [2007.002.30322] - Primeira Câmara Cível - Rel.: DES. MARIA AUGUSTA VAZ - Julgamento: 26/02/2008).

A questão da poluição atmosférica decorreria da emissão de material particulado e a irregularidade, do funcionamento do estabelecimento apesar da ausência de licenciamento ambiental, cujo controle advém do poder de polícia detido pelo 2º réu, INEA.

A poluição seria consequência da emissão de material particulado proveniente da atividade empresarial da 1ª ré, consistente na manipulação de concreto, tendo sido a sentença de improcedência, não obstante o

arcabouço probatório que, no sentir do Ministério Público demonstraria, de forma contundente, a ocorrência de lançamento do material particulado em consequência da atuação irregular da empresa ré, que teria sido constatada por diversas vezes pelo INEA e pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente do Rio de Janeiro.

Afirma o autor que foi em razão dessa realidade jurídica e social, que não restou outra alternativa à sociedade, através do Ministério Público, senão pleitear ao Poder Judiciário as providências que deveriam ter sido adotadas de ofício, espontaneamente, pelo Poder Executivo, no caso, o INEA, em cumprimento às normas legais e constitucionais que regem a matéria, assinalando que caso não houvesse tal alternativa e estar-se-ia atentando, inclusive, contra o próprio sistema de “*checks and balances*”, que norteia a relação entre os três poderes, mecanismo primordial para o desenvolvimento e manutenção de um Estado Democrático de Direito como o nosso.

Daí o entendimento quanto a que estaria o 2º réu, instituição integrante da Administração Pública Estadual, sob a forma de autarquia, responsável por exercer o poder de polícia em matéria ambiental (art. 10, da Lei nº 6.938/81 c/c arts. 2º e 5º, inciso II, da Lei nº 5.101/2007), não se desincumbindo deste poder-dever (de polícia), de forma efetiva, conforme a tutela ambiental.

Todavia, como se colhe da instrução, a questão da prova pericial, no caso postulada apenas pela 1ª ré, passou pela designação sucessiva de três peritos e, em razão da espe-

cialização exigida para o aponte da poluição atmosférica e o alto custo cobrado pelas empresas especializadas que prestariam assessoria aos expertos, dita prova acabou sendo renunciada por sua pretendente, sem que o autor, instado pelo juiz, encampasse a produção dessa prova. Como, aliás, bem assinalou o nobre sentenciante.

Não se perca de vista que ao julgar o agravo de instrumento em relação à antecipação da tutela postulada, foi consignado que conquanto a questão da licença estivesse aparentemente resolvida conforme apurado, então, pela própria Procuradoria de Justiça, o tema recursal englobou elementos fáticos para além da simples questão burocrática, ou seja, perquiriu-se a ocorrência de danos de natureza ambiental com prejuízo para os residentes locais e, tanto assim foi que a própria empresa ré resguardou-se, ela própria, pedindo o reforço na prova pericial em prol de suas alegações, de que não polui. Daí haver concluído que seria imprescindível a análise quanto à presença dos requisitos autorizados da concessão da antecipação da tutela, devendo prosseguir a devida instrução.

Diferente a situação verificada em questão assemelhada, em que restou observada a ausência de prova como fator determinante para a não condenação. Observe-se:

Agravo interno. Ação civil pública (Lei nº 7.347/85). Obrigação de fazer e de não fazer. Supostos danos ambientais e poluição (art. 3º da Lei nº 6.938/81). Pessoa jurídica. Recuperação. Prova. Indispensabilidade. Prova técnica. Ausência. Conjunto probatório. Procedência parcial. Verba honorária.

Agravo interno deduzido pelo Ministério Público contra a decisão monocrática que negou seguimento à sua apelação cível, assim ementada: “A preservação do meio ambiente está caracterizada como direito de terceira geração, estando disciplinado constitucionalmente no art. 225, sendo dever da coletividade e do Poder Público preservá-lo. O meio ambiente equilibrado é, evidentemente, direito de todos e dever do Estado, surgindo daí a natureza compulsória de sua observância pelo Poder Público. Embora a responsabilidade por dano ambiental seja objetiva, o dano propriamente dito tem que ser comprovado. Inquérito civil. Ação civil pública ajuizada pelo Órgão Ministerial em face de pessoa jurídica que operaria atividade potencialmente poluidora, armazenando e despejando produtos, resíduos sólidos e líquidos em área a céu aberto, em desconformidade com a regulamentação ambiental pertinente. Ausência de licenciamento ambiental. Sentença que reconheceu a ilegitimidade passiva do sócio da empresa ré e confirmou decisão que deferiu o pedido liminar, verdadeira antecipação de tutela, para determinar que os réus se abstivessem de depositar qualquer resíduo em sua propriedade, até a implantação de depósito específico à sua destinação (f. 152) e para determinar a paralisação das atividades da empresa ré (f. 171), julgou procedentes os pedidos de obrigação de não fazer (itens “4”, “5”, “6” e “7” da inicial) determinando ainda que o descumprimento destas ordens pela ré a sujeitará à multa diária no valor de R\$ 100,00 (cem reais), até o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e julgou improcedente o pedido de recomposição dos danos provocados pela empresa ré, por falta

de provas nos autos do dano ambiental alegado, condenando-a, por fim, ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) das despesas processuais, ante a sucumbência recíproca, sem honorários a favor do sócio, em face do disposto no art. 18 da LACP, deixando de condená-la, mais, ao pagamento dos honorários sucumbenciais. No que toca à obrigação de não fazer, a toda evidência, esmiuçados que foram os pedidos e até por englobar um comportamento natural de respeito ao ambiente, não podiam ser mesmo desconsiderados pelo nobre sentenciante que os julgou procedentes. Apelo do Órgão Ministerial sobre a pretensão quanto à obrigação de fazer e imposição de honorários advocatícios à ré. O decreto de perda da prova técnica (f. 184) restou irrecorrido. Ausência de prova quanto à alegada extração irregular de saibro e degradação da área, além de comprovação de área poluída a ser recuperada. Ademais, em cumprimento a mandado de verificação, o oficial de justiça certificou que no local da diligência não existe mais material abandonado, restando somente pneus de tratores e alguns ferros (f. 204 vº), confirmando o encerramento das atividades da ré. Ônus da sucumbência. Correta a sentença que reconhecendo a sucumbência recíproca, impôs apenas à ré o pagamento de 50% (cinquenta por cento) das despesas processuais, sem condená-la na verba honorária. Não há como estender à parte ré a norma contida nos arts. 17 e 18 da Lei nº 7.347/85, que isenta, de forma expressa, tão somente os legitimados ativos na defesa dos interesses transindividuais, só sendo impositivo o pagamento pelo autor de honorários advocatícios nos casos em que ele atue com litigância de má-fé. Improce-

dente. Sentença que se mantém”. Recurso a que se nega provimento.

(Apelação Cível 0007448-91.2007.8.19.0028 - Terceira Câmara Cível - Rel.: Des(a). MARIO ASSIS GONÇALVES - Julgamento: 09/07/2014).

Nesse ponto, releva assinalar a natureza da responsabilidade existente, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREA NON AEDIFICANDI. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - APP. DEGRADAÇÃO DECORRENTE DE EDIFICAÇÕES. CONDENAÇÃO A OBRIGAÇÕES DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO.

1. Trata-se na origem de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais voltada à recuperação de Área de Preservação Permanente degradada.

2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

3. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade civil pelo dano ambiental, qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios poluidor-pagador, da reparação

in integrum, da prioridade da reparação *in natura* e do favor *debilis*, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental.

4. Induidosa a prescrição do legislador, no que se refere à posição intangível e ao caráter non aedificandi da APP, nela interditando ocupação ou constrição, com pouquíssimas exceções (casos de utilidade pública e interesse social).

5. Causa inequívoco dano ecológico quem desmata, ocupa ou explora APP, ou impede sua regeneração, comportamento de que emerge obrigação propter rem de restaurar na sua plenitude e indenizar o meio ambiente degradado e terceiros afetados, sob regime de responsabilidade civil objetiva. São inúmeros os precedentes do STJ nessa linha: AgRg no REsp 1.494.988/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 09/10/2015; REsp 1.247.140/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, 22/11/2011; REsp 1.307.938/GO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 16/09/2014; AgRg no REsp 1.367.968/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 12/03/2014; EDcl no Ag 1.224.056/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 06/08/2010; REsp 1.175.907/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe 25/09/2014.

6. A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura bis in idem,

porquanto a indenização, em vez de considerar lesão específica já ecologicamente restaurada ou a ser restaurada, põe o foco em parcela do dano que, embora causada pelo mesmo comportamento pretérito do agente, apresenta efeitos deletérios de cunho futuro, irreparável ou intangível. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.545.276/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 13/04/2016; REsp 1.264.250/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 11/11/2011; REsp 1.382.999/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 18/09/2014.

7. Recurso Especial provido para determinar a recuperação da área afetada, reconhecendo-se a possibilidade de cumulação de obrigação de fazer com pagamento de indenização, esta última a ser fixada na origem.

(REsp 1.454.281/MG - Recurso Especial 2013/0380616-4 - Segunda Turma - Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN - Data do Julgamento: 16/08/2016 - Data da Publicação/Fonte: DJe 09/09/2016).

Por fim, sobreveio a decisão de f. 1.175, irrecorrida, decretando a perda da prova e declarando encerrada a fase instrutória, determinando, ainda, a manifestação das partes, em alegações finais.

Não obstante o entendimento, e ainda que em se considerando a volumosa documentação existente, sobre a prova, o Ministério Público peticionou no sentido de que o feito não estaria maduro para julgamento em razão da ausência de esclarecimentos precisos quanto ao cumprimento

das condicionantes de validade da licença, assim postulando providências com a finalidade de obtenção de provas documentais que seriam indispensáveis à instrução da causa (f. 1.223/1.224), tendo o juiz proferido a decisão de f. 1.227, deferindo o pedido para converter o julgamento em diligência, então determinando a expedição de ofícios ao INEA e à Secretaria Municipal do Meio Ambiente, nos termos dos itens “i” e “ii” do pleito autoral, de f. 1.224, esclarecendo que os expedientes relacionados ao cumprimento da referida diligência seriam havidos como prova documental suplementar.

Na sequência, o Ministério Público peticionou novamente, ratificando não ter mais prova a produzir (f. 1.392).

Dessa forma, não logrou o Ministério Público comprovar aquilo que é o cerne de sua pretensão recursal, haja vista que, não obstante a natureza da responsabilidade de que ora se cuida, a ele também competia comprovar, a teor do art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil, o fato constitutivo do direito representado.

Com efeito, AMARAL SANTOS, citando BETTI, observa que:

“O critério da distribuição do ônus da prova deduzida do ônus da afirmação evoca a antítese entre ação, no sentido lato, e exceção, também no sentido lato, a cujos ônus respectivos se coordena o ônus da afirmação para os fins da prova. O ônus da prova - é útil insistir - é determinado pelo ônus da afirmação, e este, por sua vez, é determinado pelo ônus da demanda, que assume duas postu-

ras diferentes, apresentando-se da parte do autor, como ônus da ação, e da parte do réu como ônus da exceção.”

E prossegue o jurista:

“Em suma, quem tem o ônus da ação tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento à relação jurídica litigiosa; quem tem o ônus da exceção tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento a ela. Assim ao autor cumprirá provar os fatos constitutivos, ao réu os impeditivos, extintivos ou modificativos.”

(in **Comentários**, Ed. Forense, vol. IV, p. 33).

De há muito afirma HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, conclusivamente, que:

“não há um dever de provar, nem à parte assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente”.

(in *Curso de direito processual civil*. 12ª ed. vol. 1. Forense, 1994. p. 411).

Cumpra assinalar que se houvesse prova efetiva do que foi alegado pelo Ministério Público, não se sustentaria o que alegou a 1ª ré, nitidamente de forma argumentativa, que:

“Patente resta caracterizado que o órgão ambiental detém competência para fazer ces-

sar as atividades da empresa e, se não o fez no prazo de oito anos, a despeito de inúmeras vitórias, é porque, de certo, configuraria desarrazoada e desproporcional a imposição de tal penalidade”.

Asseverou ainda que:

“De forma a agir idônea e corretamente, respeitou o INEA o Princípio da Gradação ou Escalonamento próprio de cada ato, ou seja, lavrando ao início, um auto de constatação e posteriormente um auto de infração”.

O procedimento utilizado para autuar um administrado é vinculado à lei e deve respeitar, integralmente, o Princípio da Legalidade, sob pena de nulidade do ato.

A documentação a que se refere o Ministério Público foi apta a demonstrar irregularidades burocráticas, que foram sanadas, e certos danos ambientais que teriam ocorrido, mas que foram sustados na origem e corrigidos, como se colhe da documentação superveniente, oriunda do 2º réu, INEA, e da Secretaria Municipal de Meio Ambiente do Rio de Janeiro, postulada pelo próprio Ministério Público e que acabou levando à conversão do julgamento em diligência.

O fato é que, em relação ao dimensionamento dos alegados danos e a sua autoria, consta dos autos que a região, frise-se, é área industrial, havendo outras indústrias semelhantes ou afins, com forte propensão à causação de poluição, não existe prova hábil a fornecer sustentação a eventual condenação.

Inafastável, a toda evidência, é a necessidade de comprovação efetiva do dano e do nexo de causalidade atrelada à conduta ilícita

do pretense agente poluidor, cujos elementos são indispensáveis para o reconhecimento da sua responsabilidade, do alcance dos danos e do correspondente dever de reparação. E, sabe-se, a condenação consistente na reparação dos chamados danos ambientais só pode existir uma vez comprovada a transgressão e que ela esteja na origem de evento. Mais ainda: que eles sejam significativos, que extrapolem, que ultrapassem os limites da tolerância, com gravidade tal que causem prejuízos e intranquilidade sociais que impliquem em grave violação ao patrimônio coletivo.

Significa dizer que a degradação da qualidade ambiental como resultante de atividades empresariais que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população, através do lançamento na atmosfera de partículas em desacordo com os padrões ambientais preestabelecidos, deve ser comprovada.

É o que preconiza a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO AGENTE POLUIDOR. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO. RECURSO DESPROVIDO.
1. Inexistência de violação ao art. 93, IX, da CRFB/88, tendo em vista que a sentença encontra-se devidamente fundamentada, cumprindo com os requisitos previstos no art. 458, do CPC.

2. Rejeição da alegada nulidade do julgado fundada na violação do princípio da identidade física do juiz, uma vez que este não é absoluto, conforme orientação do STJ,

só ensejando nulidade quando importar em violação ao contraditório e à ampla defesa. 3. Não há qualquer óbice à remessa dos autos ao Grupo de Sentença, consoante Ato Executivo nº 3177/2011, a fim de se dar cumprimento as metas estabelecidas pelo CNJ. Preliminares rejeitadas. 4. Cuida-se de ação de ressarcimento de danos cumulada com compensação por dano moral cuja causa de pedir repousa no fato de que a atividade empresarial desenvolvida pela empresa ré estaria ensejando a dano ao meio ambiente, bem como ocasionando perda pecuniária ao autor, ao argumento de que promoveria a locação de apartamentos no entorno da sede da ré. 5. A sentença julgou improcedente o pedido principal e improcedente o pedido contraposto. 6. A causa de pedir baseia-se nos supostos danos sofridos pelo autor em razão da atividade profissional de descarrego e armazenamento de pó de ferro e escórias desenvolvida pela ré, a qual estaria importando em violação às normas e preceitos ambientais, uma vez que o resíduo descarregado é composto por partículas de ferro em terreno localizado em zona urbana, rodeado por imóveis residenciais. 7. A responsabilidade da ré é objetiva, na forma prescrita pelo artigo 14, parágrafo 1º, da Lei nº 6.938/81.

8. Na forma do art. 3º, III, “a” e “e”, da Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, entende-se por poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população, bem como lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais esta-

belecionados. 9. Com arrimo no art. 4º, VII, da Lei nº 6.938/81, a Política Nacional do Meio Ambiente visará à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos. 10. Provado o fato, o dano e o nexó causalidade, surge a obrigação do poluidor indenizar ou reparar os prejuízos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade, independente da incursão no elemento volitivo. 11. Não obstante se tratar de responsabilidade objetiva, não se afasta a necessidade de comprovação efetiva do dano e do nexó de causalidade atrelada à conduta do agente poluidor, cujos elementos são indispensáveis ao reconhecimento do direito de reparação. 12. Conquanto o autor alegue que a atividade desenvolvida pela empresa ocasionasse partículas em níveis elevados e que adentrariam em todas as residências no entorno, inexistem elementos hábeis a comprovar a existência de dano ambiental, causa de pedir demanda proposta. 13. Não obstante eventual incômodo causado em decorrência da atividade desenvolvida pela ré aos moradores daquela localidade, os documentos constantes dos autos dão conta de que a atividade da ré estaria em conformidade com a legislação vigente, tendo sido apresentadas as licenças de implantação e de atividade ambiental, estando a empresa regularmente constituída e localizada em área apropriada para desenvolver sua finalidade social. 14. Embora o relatório de vistoria emitido pelo INEA tenha verificado que a empresa estaria operando em desacordo com a licença concedida pela AMAR, o descumprimento de norma ad-

ministrativa não configura dano ambiental presumido. 15. Relatório emitido pelo INEA afirmando que a escória seria um agregado de diversos subprodutos da produção do aço, sendo que a proporção de cada um destes compostos dependeria das características das matérias-primas empregadas, não possuindo ainda uma classificação em termos de resíduo ambiental, destacando que pesquisas estariam sendo realizadas para determinar se o conteúdo da escória pode ser lixiviado para o solo e contaminar vegetais e corpos de água. 16. Laudo pericial que converge no sentido de que a análise de dano alegado pelo autor, em razão da emissão de poeira, restaria prejudicada, eis que dependeria de monitoramento da emissão de particulados para a atmosfera, tanto no imóvel do autor, como no da ré e na circunvizinhança, para conhecimento da forma de dispersão da pluma de poeira. 17. Ausência de prova produzida nos autos apta a comprovar a existência de degradação ambiental e, por conseguinte, a existência de prejuízo experimentado pelo autor em razão do dano ambiental. 18. Afastada a comprovação do dano ambiental, eis que não demonstrado que o lançamento de resíduos na atmosfera acarretou poluição em níveis efetivamente nocivos à saúde humana, à flora ou à fauna, não é cabível a responsabilização de empresa ré na esfera civil. 19. Recurso desprovido.

(Apelação Cível 0008435-71.2010.8.19.0045 – Oitava Câmara Cível - Rel.: Des(a). MÔNICA MARIA COSTA DI PIERO - Julgamento: 14/03/2017).

E mais:

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO MEIO AMBIENTE. POLUIÇÃO SONORA. HONORÁRIOS. Ação civil pública por dano ambiental movida contra indústria de pescados em virtude da emissão de ruídos acima dos limites legais e da destinação inapropriada de resíduos. Rejeita-se a preliminar de nulidade da sentença por julgamento extra petita, pois o artigo 536, § 1º, do Código de Processo Civil, autoriza o julgador determinar de ofício a prática de medidas tendentes a impedir a atividade nociva. No mérito, o tratamento acústico feito no curso da lide pelo réu, com a construção de barreiras após a primeira perícia atestar a poluição sonora, implica no reconhecimento da procedência do pedido, certo que a sentença se reporta à situação de fato existente ao tempo da distribuição da ação. A alegada nulidade da prova pericial pela inobservância da norma técnica e irregularidade do aparelho medidor de decibéis não prospera, pois, estes problemas se relacionam com a primeira perícia, cujo laudo não foi impugnado tempestivamente pelo réu. Além disso, a eventual data vencida da aferição no aparelho medidor não significa sua ineficácia ou comprometimento da medição. Quanto à destinação dos resíduos, se a prova pericial revela que o réu não cumpre as Normas e Diretrizes INEA e o líquido resultante do filtro biológico está sendo escoado em ralo de águas pluviais e não de esgoto como deveria ser, pertinente condená-lo a se abster de despejar irregularmente os restos provenientes da sua atividade. Somente é cabível a condenação a reparar os danos ambientais se a transgressão constituir evento de razoável significância, que ultrapasse os limites da tolerância e por sua gravidade seja ca-

paz de causar intranquilidade social com importante interferência no patrimônio coletivo. A ausência de prova de que a conduta do réu chegou a provocar abalo na coletividade perto do estabelecimento implica na improcedência do pedido. A jurisprudência consolidou o entendimento no sentido de que a isenção prevista no artigo 18 da Lei nº 7.347/85 alcança todos os legitimados. Assim, o Ministério Público somente se sujeita ao pagamento de honorários periciais em ação civil pública se comprovada sua má-fé. O encargo financeiro decorrente da produção de prova pericial em ação civil pública na qual o Ministério Público ficou vencido incide sobre a Fazenda Pública a que o Parquet se vincula. Aplicação analógica da Súmula nº 232 do STJ. De acordo com a jurisprudência do E. Superior Tribunal da Justiça, por simetria, ausente a má-fé na ação civil pública, não cabe a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público. Primeiro recurso desprovido, provido em parte o segundo.

(Apelação Cível 0007681-27.2011.8.19.0003 - Quinta Câmara Cível - Rel.: Des(a). HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE FIGUEIRA - Julgamento: 24/10/2017).

E ainda mais:

Direito Processual Público. Ação Civil Pública. Demandante que sustenta a irregularidade da atividade empresarial exercida pela demandada na zona urbana em que está localizado o imóvel objeto da demanda. Autor que alega que o exercício desta atividade pela ré produz poluição sonora e atmosférica. Juízo de origem que julgou improcedente o

pedido autoral sob o fundamento de ausência de prova. Direito ao Meio Ambiente equilibrado. Poluição sonora e atmosférica. Art. 3º, III, alínea e, da Lei nº 6.938/1981. Interesse difuso. Legitimidade ad causam do Ministério Público configurada. Precedentes do STJ. Imprestabilidade das provas colhidas no inquérito civil para fundamentar uma condenação, por não terem as mesmas sido colhidas sob o crivo do contraditório. Documentos, consistentes de atos administrativos emitidos por outros entes da Administração Pública, juntados ao inquérito civil, que gozam de presunção de legitimidade e veracidade. Prova que possui natureza documental, cujo contraditório é assegurado neste processo. Atos administrativos que demonstram a irregularidade da atividade da apelada na zona urbana do imóvel em que exerce a sua atividade. Provas que gozam de presunção relativa de veracidade e legitimidade. Necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa. Deferimento das provas requerida pela apelada. Anulação da sentença para que o juízo de origem colha as provas requeridas pela recorrida. Recurso parcialmente provido.

(Apelação Cível 0023688-90.2013.8.19.0014 - Segunda Câmara Cível - Rel.: Des(a). ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA - Julgamento: 01/07/2015).

E finalmente:

Apelação Cível. Ação civil pública. Meio ambiente. Emissão de gases poluentes na atmosfera. Fim do exercício da atividade poluidora. Sentença que julgou improcedente o pedido de pagamento de medida compensatória e de indenização aos particulares por falta de perícia. Recurso de apelação do Ministério pú-

blico sustentando que há provas nos autos, não observadas pelo magistrado. A preservação do meio ambiente está caracterizada como direito de terceira geração, estando disciplinado constitucionalmente no artigo 225. Sendo dever da coletividade e do Poder Público preservá-lo. Processo administrativo em apenso que faz parte do inquérito civil que comprova a atividade poluidora desenvolvida pelos réus, a ponto de obter a penalidade administrativa, qual seja, a intervenção na atividade pelo Secretário Estadual de Meio Ambiente. Reforma parcial da sentença para condenar os réus ao pagamento de medida compensatória pelo dano ambiental, que pode ter sua intensidade identificada nos projetos de contenção de poluição formulados e não executados pelos réus no processo administrativo. Ausência de prova necessária, laudo médico, para identificar e quantificar o dano individual alegado pelos vizinhos dos réus, ressaltado aos eventuais prejudicados o direito de buscar as reparações pelas vias próprias. PRO- VIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

(Apelação Cível 0007043-89.2005.8.19.0007 - Terceira Câmara Cível - Rel.: Des(a). SEBASTIÃO RUGIER BOLELLI - Julgamento: 23/11/2011).

Por derradeiro, consigne-se o fato de que a atuação do Ministério Público não terá sido estéril, posto que já se sabe que está atento a todas as atribuições de contorno constitucional que lhe foram atribuídas (Leis nº 8.625/1993 e 7.347/1985).

O Superior Tribunal de Justiça, como ocorreu no julgamento do REsp 1.289.609/DF, sob a relatoria do ministro BENEDITO GONÇALVES, já ressaltou que

“a jurisprudência do STJ também firmou-se no sentido de que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput, da CF) e, dentre outras funções, ‘promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos’ (art. 129, III, da CF)”.

Observe-se ainda o aresto a seguir transcrito:

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. IBAMA. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. OMISSÃO CARACTERIZADA.

1. Tratando-se de proteção ao meio ambiente, não há falar em competência exclusiva de um ente da federação para promover medidas protetivas. Impõe-se amplo aparato de fiscalização a ser exercido pelos quatro entes federados, independentemente do local onde a ameaça ou o dano estejam ocorrendo.

2. O Poder de Polícia Ambiental pode - e deve - ser exercido por todos os entes da Federação, pois se trata de competência comum, prevista constitucionalmente. Portanto, a competência material para o trato das questões ambientais é comum a todos os entes. Diante de uma infração ambiental, os agentes de fiscalização ambiental federal, estadual ou municipal terão o dever de agir imediatamente, obstando a perpetuação da infração.

3. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, logo responderá pelos danos ambientais causados aquele que tenha contribuído apenas que indiretamente para a ocorrência da lesão.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.417.023/PR - Agravo Regimental no Recurso Especial 2013/0371638-0 - Segunda Turma -

Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS - Data do Julgamento: 18/08/2015 - Data da Publicação/Fonte: DJe 25/08/2015).

Nessa vereda, tem-se ainda que, no caso em tela, esse atuar do Ministério Público trouxe à baila a comprovação documental, *contrario sensu*, de que o INEA cumpriu com a sua obrigação institucional — se com a eficiência desejada ou não, não está em questão — valendo a sua própria argumentação, corroborada no portentoso parecer da Procuradoria de Justiça (f. 1.517/1.539), quanto ao histórico das atividades de fiscalização, a imposição de regularização da licença ambiental e a lavratura de multas.

Por tais fundamentos, voto no sentido de conhecer, mas negar provimento ao recurso, mantendo íntegra a sentença hostilizada.

Rio de Janeiro, 15 de agosto de 2018.

DES. MÁRIO ASSIS GONÇALVES

Relator

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. POLUIÇÃO HÍDRICA, OCUPAÇÃO IRREGULAR DA FAIXA

**MARGINAL DE PROTEÇÃO E ASSO-
REAMENTO DO RIO BANCA DA VE-
LHA. DEGRADAÇÃO DO MEIO AM-
BIENTE. OMISSÃO DOS COBRIGA-
DOS E DO ESTADO AOS DEVERES DE
PROTEÇÃO, FINALIZAÇÃO E REC-
PERAÇÃO AMBIENTAL. RECURSOS
DESPROVIDOS.**

ACÓRDÃO

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. RIO BANCA DA VELHA. ASSOREAMENTO E POLUIÇÃO. OCUPAÇÕES IRREGULARES. COMPETÊNCIA COMUM DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. LEGITIMIDADE DA CEDAE. OMISSÕES ESPECÍFICAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DO CAUSADOR DIRETO E INDIRETO DO DANO. NEXO CAUSAL CONFIGURADO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DISCRICIONARIEDADE E RESEVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. REITERADA CONDUITA OMISSIVA DOS ENTES ESTATAIS E DA EMPRESA. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS. Competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na proteção do meio ambiente e no combate à degradação ambiental em qualquer de suas formas. Jurisprudência do STJ no sentido de que, na ação civil pública por dano causado ao meio ambiente, não se faz necessária a formação de litisconsórcio. Equiparação das condutas comissivas às omissivas, afigurando-se o nexo causal em desfavor de quem não faz. Omissões do Es-

tado (lato sensu) do dever de preservar, fiscalizar e recuperar o meio ambiente que concorrem para o dano ambiental. Circunstâncias aptas a ensejar o nexo causal e legitimar a responsabilidade solidária dos entes públicos. Poluidor, ainda que indireto, que é obrigado a compensar e a reparar o dano. Alegação da reserva orçamentária que não pode servir para a finalidade de subtrair os entes federativos do cumprimento de suas obrigações constitucionais e legais. Poder Judiciário, que no exercício do controle de legalidade da atuação da Administração Pública, pode e deve fazer cessar a ilegalidade, suprimindo o quadro de omissão, determinando que os agentes adotem postura comissiva em prol do meio ambiente e saúde da população. Indenização fixada judicialmente que será revertida tão somente em favor de um fundo gerido por um conselho federal ou por conselhos estaduais. Dano ambiental incontroverso que torna desinfluyente para a solução da demanda a alegação de que a sentença está fundamentada em laudo pericial unilateral. Reassentamento de moradores que não configura julgamento extra petita, uma vez que faz parte do dever de reparação integral do dano ambiental, sendo dele indissociável. Taxa judiciária devida pelo município e sua fundação conforme o disposto no Enunciado nº 145 da Súmula deste TJRJ. Juros e correção monetária na forma do REsp 870.947/SE. Conhecimento e desprovi-
mento dos recursos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0385681-32.2015.8.19.0001 em que são Apelantes Município do Rio de Janeiro, Companhia Estadual de Águas e Esgoto – CEDAE, Estado do Rio

de Janeiro e Apelados os Mesmos e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Acordam os Desembargadores da 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer o recurso e negar-lhe provimento, na forma do voto do Desembargador Relator.

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face de CEDAE - Companhia Estadual de Água e Esgoto, Município do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro e Fundação Instituto das Águas do Município do Rio de Janeiro (“RIO-ÁGUAS”) em defesa do meio ambiente, em decorrência de “poluição hídrica, ocupação irregular da faixa marginal de proteção e o assoreamento do Rio Banca da Velha, nos seus trechos localizados na Rua Camatiá, Rua Jornalista José Morais, Rua Armando Gonzaga e Estrada do Pau Ferro, Jacarepaguá, Rio de Janeiro”.

Sustenta que em março de 2012 foi instaurado o Inquérito Civil (MA 6057) com o objetivo de apurar ilícito civil ambiental decorrente de poluição hídrica e problemas de esgotamento sanitário decorrentes do Rio Banca da Velha, nos seus trechos localizados na Rua Camatiá, Rua Jornalista José Morais, Rua Armando Gonzaga e Estrada do Pau Ferro, Jacarepaguá, Rio de Janeiro; que A investigação teve início após denúncia formulada por ELIMARA DE SÁ MACHADO MARÇAL noticiando as enchentes decorrentes das cheias do Rio Banca da Velha, em razão da falta de drenagem, bem como a poluição do referido rio, que se mistura ao esgoto que extravasa pelos bueiros das ruas; que expediu

ofícios aos Instituto Estadual do Ambiente e FUNDAÇÃO RIO-ÁGUAS para que realizassem vistoria para apurar eventuais danos, tendo este último apresentado esclarecimentos com base em laudo de vistoria realizado em março de 2012, confirmando a contaminação das águas pelo lançamento de esgotos sanitários; que requerida a vistoria para a CEDAE, esta informou que os logradouros em questão possuem redes coletoras de esgoto sanitário, com destino final à galeria de águas pluviais, visto que ainda não há conexão com o emissário submarino da Barra da Tijuca; que requerido pelo MP providências à CEDAE para a complementação do esgoto sanitário, esta esclareceu que “em visita técnica ao polígono das ruas em questão, verificou que as obras de macrodrenagem executadas pelo Consórcio Andrade Gutierrez e Carioca, contratado pela Prefeitura da cidade do Rio de Janeiro, destruíram parte da rede existente, em especial o coletor implantado recentemente pelo Programa de Saneamento da Barra da Tijuca, em execução pela CEDAE” e que em razão deste fato, ficou impossibilitada de realizar a interligação restante para a conexão da rede coletora ao sistema de esgoto; que requerido esclarecimentos à Fundação Rio-Águas e Secretaria Municipal de Obras, estes responderam que de fato, a rede de esgoto foi afetada pela obra em alguns trechos, mas que em conjunto com a CEDAE foi realizada vistoria no local, para que após o projeto fornecido pela própria CEDAE, fosse reconstruído o trecho danificado; que posteriormente, a Rio-Águas encaminhou resposta informando que o projeto de reparo da rede coletora de Jacarepaguá já estaria pronto e de acordo com o cronograma de execução, as obras se iniciariam em

abril de 2014; que em derradeira resposta, a Rio-Águas informou que as obras em questão já haviam sido concluídas em junho de 2014; que solicitada vistoria ao GATE, este, em 24/05/2015 realizou vistoria na localidade e constatou que o problema não foi solucionado, sendo que as obras não foram realizadas.

Requer por tais razões a condenação solidária dos réus à obrigação de fazer, no prazo máximo de 360 dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 50.000,00, consistente na realização de macrodrenagem e desassoreamento, bem como fazer cessar o lançamento irregular de esgotamento sanitário, executando-se as obras de complementação do sistema, bem como urbanísticas. Pede, ainda, a recuperação da faixa marginal de proteção que indica na petição inicial, assim como a condenação dos réus ao pagamento de indenização, além da manutenção bienal de limpeza.

Contestação do MUNICÍPIO e RIO-ÁGUAS a f. 128/154 sustentando preliminares de ilegitimidade passiva, a impossibilidade jurídica dos pedidos e a ausência de interesse de agir. No mérito aduzem a manifesta improcedência dos pedidos em razão da ausência de nexo causal, a responsabilidade subjetiva do poder público no tocante as condutas omissivas, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em favor do MP e a inadequação da destinação de eventual indenização em favor do FECAM, haja vista a existência de fundo específico de mesma natureza em âmbito municipal.

Resposta da CEDAE a f. 187/199 sustentando a ausência de responsabilidade pela execução das obras; que o local não possui

condições de infraestrutura mínima que possibilite a construção de rede de esgoto; que há centenas de construções irregulares na localidade; que é vedado o controle judicial do mérito administrativo; que deve ser respeitada a reserva de conformação político-administrativa; que descabe a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios.

Contestação do ESTADO a f. 210/226 sustentando preliminar de ilegitimidade passiva, haja vista a assunção da responsabilidade pelo Município por meio do “Termo de Reconhecimento Recíproco de Direitos e Obrigações” celebrado com o Estado; que decisão proferida pelo STF na ADI nº 1.842, teria reconhecido “a primazia da prestação do serviço de saneamento ao município, com fundamento na predominância do interesse local”; que “a competência para efetuar obras de saneamento básico e de instalação de rede de esgoto no Estado do Rio de Janeiro, pertence, por delegação legal, à CEDAE, empresa criada legalmente para tal fim, com personalidade jurídica de direito privado, distinta do Estado”; que a petição inicial é inepta por veicular pedidos genéricos e incertos, “sem especificar qual ente deveria cumprir cada parcela da obrigação de fazer, tampouco delimitar as medidas que deveriam ver adotadas”; que inexistente prova dos danos narrados na inicial e da omissão específica imputada aos réus; que não cabe a condenação do Estado a indenizar a si próprio, sendo a possibilidade um desvirtuamento da finalidade do pedido reparatório; que eventual decisão viola ao princípio da separação dos poderes; que descabe a condenação da Fazenda Pública estadual a pagar honorários advocatícios ao Ministério Público.

Na sentença de f. 414/458 foram julgados os pedidos consoante o seguinte dispositivo:

Ante o exposto, julgo procedente a pretensão autoral para: 1. Conceder a tutela de urgência no bojo desta sentença, porquanto premente a intervenção no sentido de fazer cessar o lançamento de esgoto in natura e as enchentes que assolam a comunidade local, e, destarte, condenar os réus, em caráter solidário, ao cumprimento das seguintes obrigações de fazer: (i) a execução, no prazo de 1 (um) ano contado da intimação desta, de obras de macrodrenagem e desassoreamento do Rio Banca da Velha, especialmente nos trechos localizados na Rua Camatiá, Rua Jornalista José Morais, Rua Armando Gonzaga e Estrada do Pau Ferro, Jacarepaguá, Rio de Janeiro; (ii) a cessação definitiva, no mesmo prazo assinado, de todo e qualquer lançamento de esgoto in natura, com a execução do projeto de saneamento ambiental do trecho já mencionado, através das obras e serviços necessários à coleta e tratamento adequado ao esgotamento sanitário, em sistema separador absoluto; (iii) a execução, no prazo de 2 (dois) anos contado da intimação desta, de projeto de intervenção urbanística/ambiental contemplando a dragagem e desassoreamento da seção do Rio Banca da Velha, que resulte na completa desocupação dos acréscimos irregulares construídos na Faixa Marginal de Proteção, mediante instauração de processo administrativo, observância da forma escrita, do devido processo legal e todos os seus consectários - sobretudo ampla defesa e contraditório -, além do prévio reassentamento das famílias hipossuficientes desalijadas, na forma da Lei Complementar nº 111/2011 - Plano Diretor e da Lei Orgânica do

Município do Rio de Janeiro, ou sua efetiva inclusão em programas habitacionais estatais (“auxílio moradia”, “aluguel social” e/ou congêneres), para subsequente replantio da vegetação ciliar em ambas as margens do trecho do rio aqui delimitado; 2. Condenar os réus, em caráter solidário, ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente na manutenção futura, com periodicidade bienal, do serviço público de limpeza e desobstrução/desassoreamento das margens, calha e dispositivos de drenagem do Rio Banca da Velha, especialmente nos trechos localizados na Rua Camatiá, Rua Jornalista José Morais, Rua Armando Gonzaga e Estrada do Pau Ferro, Jacarepaguá, Rio de Janeiro; 3. Condenar os réus, solidariamente, a título de compensação pelos danos extrapatrimoniais (interinos e morais coletivos) decorrentes da degradação ambiental descrita na inicial, ao pagamento da importância de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), corrigida monetariamente pelo IPCA-E a contar da publicação da presente e acrescida de juros de mora, segundo a remuneração básica da caderneta de poupança (TR) 5, a partir de 24/04/2012, quando evidenciada a omissão (responsabilidade extracontratual por ato ilícito). O valor ora arbitrado reverterá em favor do FECAM - Fundo Estadual de Conservação Ambiental; Sem prejuízo das medidas de apoio a serem impostas em sede de execução, o descumprimento das obrigações de fazer, isolada ou cumulativamente, ensejará a incidência de multa diária e solidária arbitrada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), quantum sujeito a revisão. Condeno os demandados ao custeio, *pro rata*, das despesas concernentes ao processo, dispensado o Estado do pagamento, haja vista a confusão, e observado, em relação

ao Município e à Fundação RIO-ÁGUAS, o teor do verbete nº 145 da súmula da jurisprudência predominante do TJRJ (recolhimento apenas da taxa judiciária, na proporção que lhes cabe no rateio - 25% para cada). Segundo a orientação sedimentada pela Primeira Seção do STJ, “por critério de simetria, não cabe a condenação da parte vencida em ação civil pública ao pagamento de honorários advocatícios” (REsp 1.346.571/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe de 17/09/2013), pois “se o Ministério Público não paga os honorários, também não deve recebê-los” (REsp 1.099.573/RJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 19/05/2010). Sem honorários advocatícios, portanto.

Recurso de apelação do Município e Rio-Águas a f. 473/501 sustentando que são partes ilegítimas; que inexistente nexos causal, sendo a hipótese fato de terceiro; que os réus foram condenados como se a responsabilidade em questão fosse objetiva; que inexistiu omissão; que a competência para a execução das obras é da CEDAE por força de convênio firmado com o Estado; que restou demonstradas constantes intervenções no rio e localidade; que o Poder Judiciário não pode se imiscuir no mérito administrativo; que o Ministério Público em nenhum momento indiciou de onde virão os recursos para o custeio das obras, cabendo o resguardo do orçamento enquanto planejamento político; que o controle das escolhas administrativas é excepcional; que não cabe a reversão de eventual indenização para a FECAM, porquanto existe fundo municipal específico de mesma natureza; que é isento do pagamento das custas e taxa judiciária.

Recurso da CEDAE a f. 503/523 susten-

tando que a sentença é genérica; que os fatos constitutivos do direito autoral não foram comprovados; que não restou comprovado o nexo de causalidade; que é impossível a execução das obras no prazo de um ano; que não pode ser responsabilizada por fato de terceiro ou por serviços que não têm relação com aqueles que explora; que o local não possui condições de infraestrutura urbana mínimas; que a responsabilidade solidária aplica-se somente aos entes federativos; que o Poder Executivo tem discricionariedade para escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias com a finalidade de assegurar o interesse público.

Recurso do ESTADO a f. 598/627 sustentando a sua ilegitimidade passiva e a competência do ente municipal para o ordenamento urbano; que terceiros devem integrar o litisconsórcio passivo necessário; que a sentença obra em julgamento extra petita, uma vez que condenou ao reassentamento não requerido na petição inicial; que fato de terceiro rompe o nexo de causalidade; que cumpre observar a Teoria da Reserva do Possível; que há limites à interferência do Poder Judiciário nas decisões do Poder Executivo; que a sentença está fundamentada em laudo pericial unilateral e inverteu o ônus da prova em desfavor do réu; que há incorreção na taxa de juros e na correção monetária aplicadas.

Contrarrazões do Ministério Público a f. 644/670 pelo desprovimento do recurso.

Manifestação do Ministério Público a f. 693/714 pelo desprovimento dos recursos.

Os recursos devem ser conhecidos,

porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Sem razão os recorrentes.

Cuida a ação indenização pelos danos ambientais decorrentes da ocupação irregular da faixa de proteção marginal do Rio Banca da Velha e do seu assoreamento, bem como do lançamento irregular de esgoto sanitário in natura na rede de águas pluviais e no referido corpo hídrico.

A lide, portanto, cuida tanto do ordenamento da ocupação do solo urbano, quanto da proteção do meio ambiente por meio da instalação de saneamento básico.

Estabelece o art. 23, inciso IX da CRFB a competência comum do Estado e do Município, para promoverem a melhoria das condições de saneamento básico, nestes termos:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

A CRFB estabelece, ainda, que cabe ao Município a responsabilidade pela organização e prestação dos serviços públicos de interesse local de caráter essencial, suplementando a legislação estadual no que couber, nestes termos:

Art. 30 - Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

O mesmo se diz sobre a proteção ambiental, estando a competência comum estabelecida no art. 23, inciso VI.

Confira-se o referido dispositivo:

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;

Desse modo, sem prejuízo de legislações estaduais e municipais que disciplinam a matéria, é inegável a legitimidade passiva tanto do Estado, quanto do Município no que concerne à promoção do saneamento básico e a proteção do meio ambiente, sendo certo que quanto ao primeiro, por razões administrativas, o serviço de esgotamento sanitário é prestado por meio da CEDAE, sociedade de economia mista que tem esta incumbência.

Acrescente-se que em se tratando de dano ambiental em bem pertencente ao Estado, como é o caso, é este legitimado para figurar no polo passivo de ação pública que pretende a sua conservação e proteção.

Ressalte-se que o Termo de Reconhecimento Recíproco de Direitos e Obrigações firmado pelo Estado, Município e a CEDAE não tem o condão de afastar a responsabilidade

de constitucional dos entes federativos no seu mister de promoção do saneamento básico e proteção do meio ambiente.

Como bem afirmou o Ministério Público, “as atribuições conjuntas e concorrentes não podem servir de justificativa para a inércia dos poderes públicos estabelecidos”.

Assim rejeitam-se as preliminares de ilegitimidade arguidas.

Quanto à formação do litisconsórcio passivo a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a mesma não se afigura necessária em Ação Civil Pública que trata de dano ambiental

Confira-se o seguinte acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. DESNECESSÁRIO. PRECEDENTES. ALIENAÇÃO POSTERIOR À PROPOSITURA DA AÇÃO. 1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. 2. Firme a jurisprudência do STJ no sentido de que, na ação civil pública por dano causado ao meio ambiente, mesmo quando presente a responsabilidade solidária, não se faz necessária a formação de litisconsórcio. Precedentes. 3. A alienação promovida em momento posterior à propositura da Ação Civil Pública pela empreendedora não tem o condão de alterar os efeitos subjetivos da coisa julgada, conforme disposto no art. 42, § 3º, do CPC, pois é dever do adquirente revestir-se das

cauteladas necessárias quanto às demandas existentes sobre o bem litigioso. Recursos especiais providos. (REsp 1.358.112/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013)

Isto ocorre porquanto o dano ambiental é caracterizado pela responsabilidade civil objetiva e solidária entre o poluidor direto e indireto, o que dá ensejo a possibilidade de se ajuizar a ação em face de qualquer um deles.

No presente caso o Ministério Público optou por responsabilizar aqueles de maior vulto considerando, também as suas omissões quanto aos seus deveres constitucionais.

A degradação ambiental do Rio Banca da Velha está devidamente demonstrada, sendo os pedidos postulados de forma congruente com a esperada proteção ao meio ambiente, com os danos ambientais satisfatoriamente descritos e com as omissões específicas imputadas aos demandados.

Disso, deflui que dos fatos decorrem logicamente os pedidos formulados, tendo sido corretamente demonstrada a pertinência subjetiva da lide, o interesse de agir, consubstanciado na proteção ambiental, bem como a possibilidade jurídica do pedido.

Como bem salientou o juízo de 1ª grau, “não há especificação acerca de “qual ente deveria cumprir cada parcela da obrigação de fazer” exatamente porque a pretensão autoral é de condenação solidária: todos os réus devem, na ótica do Parquet, cumprir todos as obrigações de fazer pleiteadas na inicial.

Frise-se que as atribuições conjuntas

não são óbices ao cumprimento dos deveres constitucionais atribuídos aos réus, de modo que cumpre afastar, nesta perspectiva a inépcia da petição inicial ou eventual alegação de cerceamento de defesa, sobretudo quando apresentadas contestações bem fundamentadas que repelem coerentemente cada uma das razões do demandante.

A responsabilidade relativa ao meio ambiente é objetiva conforme se deflui do art. 4º da Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

Confira-se o referido dispositivo:

Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

(...)

Art. 14, § 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 Estado (lato sensu), tendo o dever de preservar e fiscalizar o meio ambiente responde pela sua conduta, nela incluindo-se a forma omissiva, sendo certo que neste feito, há o descumprimento do dever de prestar as medidas relativas ao saneamento básico, o que contribui para a degradação do meio ambiente.

Neste sentido é o seguinte acórdão:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO. DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO MUNICÍPIO. ART. 37, § 6º, CF/88. NEXO CAUSAL. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Existência de nexo causal entre a omissão do Município e o dano causado ao agravado. Precedente. 2. Incidência da Súmula STF nº 279 para afastar a alegada ofensa ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal - responsabilidade objetiva do Estado. 3. Agravo regimental improvido” (AI-AgR 742.555, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe 10/09/2010).

A referida responsabilidade objetiva se estende às entidades da administração indireta, como as empresas públicas, sociedades de economia mista e autarquias concessionárias do serviço público, o que não afasta a responsabilidade da CEDAE.

No que concerne especificamente ao quadro fático apresentado, verifica-se, por informações colhidas pelo GATE, que o projeto de macrodrenagem acostado a f. 145 a 152 não foi executado, também não sendo implementado o projeto de esgotamento sanitário apresentado a f. 180/181, verificando-se, ainda, que a faixa marginal de proteção do Rio Banca da Velha encontra-se totalmente antropizada, com a presença de edificações às margens do referido corpo hídrico e degradação da vegetação nativa, assim como a presença de grande quantidade de resíduos sólidos na calha do rio e em seu entorno.

Os demandados nada apresentaram no sentido de comprovar a realização das obras ou ações necessárias, não tendo, sequer, pugnado pela apresentação de perícia técnica, não obstante a oportunidade concedida.

Assim, afigura-se a responsabilidade dos demandados pela omissão específica, porquanto falharam no cumprimento do dever constitucional de proteger o meio ambiente, sendo determinante a inércia para a consolidação e perpetuação do dano ambiental causado.

Sem razão os demandados quanto ao alegado fato de terceiro e a inexistência de nexos causal.

Como bem asseverou o juízo recorrido, não podem ser considerados fatos de terceiros cada omissão do respectivo coobrigado, visto que “integram a cadeia causal de degradação ambiental do Rio Banca da Velha”, pelo que, suas omissões consolidam um sistema de depreciação ambiental sobre o qual todos possuem responsabilidade de proteção.

O mesmo se diz da ocupação da localidade pela população, uma vez que persiste o dever de tutela do meio ambiente, ainda que a causa direta seja a poluição empreendida por moradores.

Conforme, também, bem mencionou o juízo, com base no escólio do STJ, “para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem” (REsp nº 650.728/SC, Rel. Min. HERMAN BENJA-

MIN, DJe de 02/12/2009).

Desse modo, remanesce a responsabilidade dos demandados, ainda que a conduta de terceiros que importem no dano direto ao meio ambiente, porquanto evidenciada a omissão quanto aos deveres de proteção, fiscalização e recuperação ambiental.

Também sem razão os demandados quanto à contrariedade da reserva orçamentária.

Dois pedidos formulados são a “macro-drenagem e desassoreamento do Rio Banca da Velha” e a “manutenção futura, com periodicidade mínima bienal, do serviço público de limpeza e desobstrução/desassoreamento das margens, calha e dispositivos de drenagem do referido rio.

Estas obrigações de fazer não demandam previsão orçamentária ou licitação, mas tão somente prestação de serviço continuado de manutenção, visando a cessação da obstrução, que poderá ser atendida pelas vias ordinárias da própria atividade administrativa.

Quanto aos demais pedidos concernentes a fazer cessar o lançamento de esgoto, a intervenção urbanística, a recuperação da margem ciliar a Administração Pública, a reserva orçamentária não pode servir para a finalidade de os entes federativos se esquivarem do cumprimento de suas obrigações legais e constitucionais, ainda mais quando não apresentado justo motivo, mesmo considerado o estado calamitoso que se encontram as finanças públicas, uma vez que esta justificativa deve ser específica, compreendendo a demonstração do contingenciamento especial de cada competência pública.

Questões administrativas e orçamentárias alegadas pelos demandados que não podem se sobrepor aos bens maiores da proteção ao meio ambiente, saúde e dignidade, sendo direito de todos a sua preservação, acesso e proteção, garantido pela Constituição Federal.

Por derradeiro, deflui da ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos, a prevalência do direito ao meio ambiente equilibrado, projeção da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental insculpido no artigo 1º, III, da CF.

É certo que, ordinariamente, não incumbe ao Poder Judiciário a implementação de políticas públicas, área primariamente destinada ao Legislativo e ao Executivo. No entanto, não pode o Judiciário, perante renitentes descumprimentos da Lei Maior, furtar-se de atuar.

Com efeito, fazendo-se premente a incumbência de implementar políticas públicas outorgadas aos indivíduos pelo Constituinte, poderá atribuir-se ao Judiciário tal mister quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos de cunho mandamental que sobre eles recaem, puserem à prova a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos, tal qual ocorre na hipótese sob análise.

Demonstrada a omissão, como é o caso, deve o Poder Judiciário, no exercício do controle de legalidade da atuação da Administração Pública, fazer cessar a ilegalidade, suprimindo o quadro de omissão, determinando que os agentes adotem postura comissiva em prol do meio ambiente e saúde da população.

Sustenta o Estado que existe confusão no pagamento de indenização destinada ao FE-CAM, uma vez que se trata de fundo estadual.

Todavia, os recursos destinados ao FE-CAM - Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano têm finalidade específica para o reflorestamento, recuperação de áreas degradadas, canalização de cursos d'água, educação ambiental e outras atividades de proteção ao meio ambiente, não se confundindo com outras receitas do Estado.

No que concerne ao fato do município possuir fundo específico de mesma natureza, também sem razão a municipalidade, uma vez que cuida o objeto do dano ambiental de bem do Estado, sendo certo que ao fundo correspondente àquele ente federativo é quem deve ser destinatário da verba para a recuperação ambiental.

Ressalte-se, também, que o art. 13 da Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública por danos causados ao meio ambiente, estabelece que a indenização fixada judicialmente será revertida em favor de um fundo gerido por um conselho federal ou por conselhos estaduais, o que não é o caso, por óbvio, do fundo municipal.

Confira-se o citado dispositivo:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Desinfluente para a solução da demanda a alegação de que a sentença está fundamentada em laudo pericial unilateral, uma vez que a existência do dano ambiental é incontroversa, sendo certo, também, que este não foi impugnado.

Ressalte-se, ainda, que não obstante a oportunidade para a produção de provas e o livre acesso às que foram produzidas, os demandados, intimados, limitaram-se a pleitearem a produção de provas documentais.

Sustenta o Estado que o Juízo incorreu em julgamento extra petita, uma vez que condenou os demandados à demolições de construções irregulares e ao reassentamento das famílias afetadas.

Todavia, tais medidas fazem parte do dever de reparação integral do dano ambiental, sendo dele indissociável e não podendo a mesma prejudicar os moradores da região, uma vez que destinatários da intervenção urbanística/ambiental.

A proteção e recuperação plena do meio ambiente considera a população local como parte deste contexto e sem a qual não se logra a reparação integral do meio-ambiente.

Assim, inexistente condenação extra petita, uma vez que eventual reassentamento é aspecto da reparação integral ao meio ambiente.

Os demandados foram condenados ao pagamento das despesas do processo consoante a seguinte parte dispositiva: “Condeno os demandados ao custeio, pro rata, das despesas concernentes ao processo, dispensado o Estado do pagamento, haja vista a confusão, e observado, em relação ao Município e à Fun-

dação RIO-ÁGUAS, o teor do verbete nº 145 da súmula da jurisprudência predominante do TJRJ (recolhimento apenas da taxa judiciária, na proporção que lhes cabe no rateio - 25% para cada)”.

Deflui da condenação que inexistiu condenação do Município ao pagamento de custas processuais, tendo em vista que o juízo limitou a mesma apenas o pagamento de taxa judiciária a teor do que dispõe o Enunciado nº 145 da Sumula deste TJERJ.

Confira-se o referido enunciado:

“Se for o Município autor estará isento da taxa judiciária desde que se comprove que concedeu a isenção de que trata o parágrafo único do artigo 115 do CTE, mas deverá pagá-la se for o réu e tiver sido condenado nos ônus sucumbenciais.”

Considerando que o Município e a autarquia municipal foram réus e sucumbente, correta a sentença ao condenar os mesmos ao pagamento de taxa judiciária na proporção fixadas.

No RE 870.947 o STF fixou as seguintes teses:

1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de

relação jurídica não tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09;

2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

Ao contrário do que afirma o Estado, para fins de aplicação da sistemática de repercussão geral, é desnecessário aguardar o trânsito em julgado do acórdão paradigma, uma vez que aquela corte decidiu pela imediata observância de suas decisões, independentemente do trânsito em julgado (ARE 650.574-AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA; AI 636.933-AgR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA).

Assim, estando a sentença em consonância com a orientação da corte superior, sem razão o Estado.

Do exposto, o voto é no sentido de conhecer os recursos e negar-lhes provimento.

Rio de Janeiro, 04 de setembro de 2018.

DES. ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA

Relator

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. IMÓVEL CONSTRUÍDO EM ÁREA DE PROTEÇÃO DO AMBIENTE CULTURAL. ESTADO DE CONSERVAÇÃO PRECÁRIO. RISCO DE DESABAMENTO. CONSERVAÇÃO DO IMÓVEL. DESAPROPRIAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELAÇÃO. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE DOS PROPRIETÁRIOS E DO MUNICÍPIO. DESAPROPRIAÇÃO. DANO MORAL COLETIVO. NÃO COMPROVAÇÃO.

1. Incontroverso que o imóvel descrito na inicial está localizado em Área de Proteção do Ambiente Cultural, encontrando-se “em mau estado de conservação”, já havendo desabamento parcial do beiral sobre o logradouro público, havendo risco de prosseguimento do evento, até mesmo sobre o imóvel vizinho contíguo. Incontroverso, ainda, que o bem foi desapropriado pelo Município do Rio de Janeiro em 28 de novembro de 2011.

2. A propriedade, conforme consagrado no artigo 5º, XXIII da Constituição da República, deve atender a sua função social que, in casu, é permeada pela preservação dos valores históricos e culturais cariocas, na forma do artigo 1.228, § 1º do Código Civil e também protegidos pela Carta Política no seu artigo 216, V. Doutrina.

3. De todo modo, até por se tratar de obrigação *propter rem*, incumbe ao proprietário a conservação do imóvel situado em área de preservação, independentemente de estar, ou não, tombado, incumbindo ao Município, velar pela preservação e para que

sejam providenciadas as medidas de restauração necessárias.

4. Por outro lado, a proteção do patrimônio histórico e cultural integra o rol de competências constitucionais do Município, dela não se podendo se desvencilhar sob o argumento de que incumbe ao Poder Executivo decidir a respeito. Incidência dos artigos 23, III, 30, IX e 216, § 1º, todos da Constituição Federal, que impõem ao Município a competência para promover e proteger o patrimônio cultural. Precedentes.

5. Não obstante, no caso dos autos, verifica-se que o imóvel foi desapropriado pelo Município em novembro de 2011. Logo, no decorrer da tramitação processual os proprietários deixaram de ter ingerência sobre o imóvel, passando tal faculdade/dever ao Município.

6. Não se olvide que ao imitir-se na posse mediante o depósito do preço (artigo 15 do Decreto 3.365/41), o Município passou a exercer todos os atributos da propriedade, motivo pelo qual deverá ser responsabilizado pela obrigação de fazer imposta pelo julgado.

7. Nesse passo, impõe-se o acolhimento dos terceiro e quarto apelos, a fim de que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais em relação aos proprietários, mantendo-se o julgado em relação ao Município do Rio de Janeiro.

8. A exigência de reparação dos danos ambientais possui previsão expressa no artigo 225, § 3º, da Constituição, bem como nos artigos 4º, inciso VII, e 14, § 1º, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.

9. A proteção ao meio ambiente possui, atualmente, relevância reconhecida mundialmente, havendo diversos tratados internacionais regulamentando a matéria. No direito interno, a Constituição de 1988 conferiu destaque especial ao assunto, em seu artigo 225, sendo alçada ao status de direito fundamental. No entanto, a doutrina aduz a dificuldade quanto ao reconhecimento da ocorrência do dano ambiental e dos critérios para a sua reparação. Doutrina.

10. No caso concreto, o julgado já determinou o correspondente reparo, fixando prazo não só para apresentação do cronograma de execução da obra e previsão de início, mas também para a execução.

11. Nessa toada, não se verifica a ocorrência de dano moral coletivo na hipótese, tendo em vista a não comprovação de alta magnitude do dano ambiental verificado, cuja reparação, frise-se, já se determinou, bem como ter sofrido a coletividade qualquer impacto a justificar a condenação extrapatrimonial almejada. Precedente do TJRJ.

12. Por fim, quanto aos ônus sucumbenciais, verifica-se que o Ministério Público saiu sucumbente, em relação ao Município, no que concerne ao dano moral coletivo, incidindo, assim, a sucumbência recíproca, nos termos do artigo 87 do Código de Processo Civil.

13. Todavia, nos termos do artigo 18 da Lei nº 7.347/85, na ação civil pública não haverá adiantamento de custas e qualquer outra despesa, tampouco condenação da parte autora ao pagamento de honorários advocatícios e despesas processuais, salvo comprovada má-fé.

14. A jurisprudência é pacífica no sentido de que nas ações em que o Ministério Público atua em prol da sociedade, não haverá adiantamento de despesas processuais, salvo comprovada má-fé, não impondo ao Órgão Ministerial, ainda que sucumbente, a condenação em tais verbas, frise-se, ressalvado os casos em que o autor for considerado litigante de má-fé.

15. Logo, se ao autor não se impõe o ônus sucumbencial, igual tratamento deve ser dado à parte ré, em razão do princípio da simetria, de forma que incabível a imposição dos ônus sucumbenciais, mormente no caso dos autos, em que não se comprova, nem sequer alega-se má-fé do litigante.

17. Primeiro e segundo apelos não providos, terceiro e quarto providos para julgar improcedentes os pedidos em relação aos recorrentes, sem honorários e custas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esta Apelação Cível, nos autos do processo 0136368-33.2008.8.19.0001, em que são Apelantes o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, EDNA MARIA CALCANTI RUFFIER E OUTROS e AIDA CASSIA DA SILVA RIBEIRO E OUTRO e Apelados OS MESMOS.

Acordam os Desembargadores que integram a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer as apelações, negar provimento ao primeiro e segundo apelos e dar provimento aos terceiro

e quarto recursos para julgar improcedentes os pedidos iniciais em relação aos recorrentes, sem honorários e custas, na forma da fundamentação.

VOTO

Conhece-se os recursos, pois tempestivos, os dois primeiros isentos de preparo, e os terceiro e quarto com as custas recolhidas, conforme certidões de f. 989 (000989), f. 1.066(001066) e de f. 1.071 (001071), presentes os demais requisitos de admissibilidade.

Incontroverso que o imóvel descrito na inicial está localizado em Área de Proteção do Ambiente Cultural, encontrando-se “em mau estado de conservação”, já havendo desabamento parcial do beiral sobre o logradouro público, havendo risco de prosseguimento do evento, até mesmo sobre o imóvel vizinho contíguo.

Incontroverso, ainda, que o bem foi desapropriado pelo Município do Rio de Janeiro em 28 de novembro de 2011.

A propriedade, conforme consagrado no artigo 5º, XXIII da Constituição da República, deve atender a sua função social que, in casu, é permeada pela preservação dos valores históricos e culturais cariocas, na forma do artigo 1.228, § 1º do Código Civil e também protegi-

dos pela Carta Política no seu artigo 216, V.^{1 2 3}

Confira-se, por oportuno, a seguinte lição do professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

O texto constitucional revela a existência de um direito contraposto a um dever jurídico. Dizendo que a propriedade deve atender à sua função social, assegura o direito do proprietário, de um lado, tornando inatacável sua propriedade se consonante com aquela função, e, de outro, impõe ao Estado o dever jurídico de respeitá-la nessas condições. Sob outro enfoque, o dispositivo garante ao Estado a intervenção na propriedade se descompassada com a função social, ao mesmo tempo em que faz incidir sobre o proprietário o dever jurídico de mantê-la ajustada à exigência constitucional.⁴

De todo modo, até por se tratar de obrigação propter rem, incumbe ao proprietário a conservação do imóvel situado em área de pre-

servação, independentemente de estar, ou não, tombado, incumbindo ao Município velar pela preservação e para que sejam providenciadas as medidas de restauração necessárias.

Não obstante, a proteção do patrimônio histórico e cultural integra o rol de competências constitucionais do Município, dela não se podendo se desvencilhar sob o argumento de que incumbe ao Poder Executivo decidir a respeito.

Veja-se que o artigo 23, inciso III, e o artigo 30, inciso IX, ambos da Constituição Federal, impõem ao Município a competência para proteger promover e proteger, o patrimônio cultural.^{5 6}

O artigo 216, § 1º, da Carta Magna impõe também ao Poder Público o dever de promover e proteger o patrimônio cultural.⁷

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREA DE PROTEÇÃO DE AMBIENTE CULTURAL. IMÓVEL PRO-

5 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

6 Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

7 § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

1 XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;a

2 § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

3 Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

4 Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª Edição. 2012. São Paulo: Editora Atlas. p. 772.

TEGIDO. AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA QUE DESONERA O BEM DE OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS ANTERIORMENTE CONSTITUÍDAS, PORÉM NÃO AFASTA A RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO PELA PRESERVAÇÃO E RESTAURAÇÃO DO IMÓVEL. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. Pleito de realização de obras de recuperação de imóvel até a restituição da segurança e solidez mínima exigida para evitar não apenas a perda das características únicas e originais da construção que traduzem seu valor histórico e cultural, mas também para garantir a incolumidade pública dos transeuntes que percorrem o entorno da edificação. O fato do imóvel ter sido adquirido em leilão e, por conseguinte, ingressar livre e desembaraçado ao patrimônio do adquirente, não exclui a responsabilidade deste pela preservação e restauração do imóvel de preservação ambiental, ressaltada a natureza propter rem da obrigação de restauração e conservação. Destaque-se o fato de que o imóvel em referência é preservado, e não tombado, sendo possível se extrair dos autos do processo a realização de obras emergenciais quando da arrematação do bem, que se encontrava depredado. Pequeno reparo da sentença apenas para restringir a obrigação da parte ré à reconstrução e/ou manutenção da fachada do imóvel em discussão com as características originais, no prazo de 1 (um) ano e 6 (seis) meses, a contar da aprovação do projeto pela municipalidade, levando-se em conta que sua elaboração por si levará considerável tempo. Indiscutível a preservação do direito de usar, fruir e dispor do imóvel pelo réu. Mantidos os consectários da sucumbência recíproca. Recurso do autor

a que se nega provimento e recurso do réu a que se dá parcial provimento.⁸

APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PUBLICADA ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL. ÁREA DE PROTEÇÃO DO AMBIENTE CULTURAL (APAC). PRÉDIO LOCALIZADO NO CENTRO. DECRETO MUNICIPAL Nº 7.351/88. SITUAÇÃO PRECÁRIA. DEGRADAÇÃO. PLEITO DE OBRAS DE RESTAURAÇÃO E CONSERVAÇÃO. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO TITULAR DA PROPRIEDADE. PEDIDO POSSÍVEL. CITAÇÃO POR EDITAL QUE CUMPRIU AS FORMALIDADES PROCESSUAIS. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE MULTA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO E, SUBSIDIARIAMENTE, DO MUNICÍPIO PELA CONSERVAÇÃO E RESTAURAÇÃO DO IMÓVEL. DANOS MORAIS COLETIVOS. INEXISTÊNCIA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS PELO VENCIDO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO RETIDO. ACOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. DEFERIMENTO. A responsabilidade pela conservação dos imóveis integrantes do patrimônio histórico-cultural da Cidade do Rio de Janeiro deve ser atribuída ao proprietário, assim como, subsidiariamente, ao Ente Públi-

8 BRASIL. TJRJ. APELAÇÃO. Processo 0096480-52.2011.8.19.0001. Des. JOSÉ ACIR LESSA GIOR-DANI. Décima Segunda Câmara Cível - Julgamento: 14/02/2017.

co Municipal, a quem compete à fiscalização. Incidência dos artigos 23, III, 30, IX e 216, par. 1º da Constituição Federal/88. Danos morais coletivos. Inocorrência. Não comprovada qualquer lesão extrapatrimonial à coletividade. Honorários pelo vencido. Impossibilidade. Antecipação dos efeitos da tutela para que a parte ré seja compelida a apresentar projeto de recuperação e restauração dos imóveis, acompanhado de cronograma de execução da obra, no prazo de 6 (seis) meses da intimação, devendo realizar e finalizar a obra em prazo não superior a 12 (doze) meses da data de aprovação do projeto. Fixação de multa diária no valor de R\$ 1.000 (mil reais), em caso de descumprimento. Abandono e destruição de prédio que pode colocar em risco a integridade física de moradores e transeuntes. PROVIMENTO DO AGRAVO RETIDO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESPROVIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO PELO RÉU.⁹

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL. ÁREA DE PROTEÇÃO DO AMBIENTE CULTURAL (APAC). RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO E, SUBSIDIARIAMENTE, DO MUNICÍPIO, PELA CONSERVAÇÃO E RESTAURAÇÃO DO IMÓVEL. DANOS MORAIS COLETIVOS. INEXISTÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA QUANTO À IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DO RÉU, QUANDO VENCIDO, EM DEMANDA

PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES. CUSTAS PROCESSUAIS DEVIDAMENTE ARBITRADAS. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS.¹⁰

Todavia, no caso dos autos, verifica-se que o imóvel foi desapropriado pelo Município em novembro de 2011. Logo, no decorrer da tramitação processual os proprietários deixaram de ter ingerência sobre o bem, passando tal faculdade/dever ao Município.

Não se olvide que ao imitir-se na posse mediante o depósito do preço (artigo 15 Decreto 3.365/41), o Município passou a exercer todos os atributos da propriedade, motivo pelo qual deverá ser responsabilizado pela obrigação de fazer imposta pelo julgado.

Nesse passo, impõe-se o acolhimento dos terceiro e quarto apelos, a fim de que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais em relação aos proprietários, mantendo-se o julgado quanto ao Município do Rio de Janeiro.

Passa-se à análise do pedido indenizatório formulado pelo Ministério Público.

A exigência de reparação dos danos ambientais possui previsão expressa no artigo 225, § 3º, da Constituição, bem como nos artigos 4º, inciso VII, e 14, § 1º, da Lei nº 6.938,

9 BRASIL. TJRJ. APELAÇÃO. Processo 0149126-44.2008.8.19.0001. Des. PETERSON BARROSO SIMÃO. Terceira Câmara Cível - Julgamento: 01/06/2016.

10 BRASIL. TJRJ. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO. Processo 0149146-35.2008.8.19.0001. Des. GUARACI DE CAMPOS VIANNA. Décima Nona Câmara Cível - Julgamento: 15/09/2015.

de 31 de agosto de 1981.^{11 12 13}

12 A proteção ao meio ambiente possui, atualmente, relevância reconhecida mundialmente, havendo diversos tratados internacionais regulamentando a matéria.

No direito interno, a Constituição de 1988 conferiu destaque especial ao assunto, em seu artigo 225, sendo alçada ao status de direito fundamental.

De acordo com PAULO DE BESSA ANTUNES:

A proteção ao meio ambiente é reconhecida como uma evolução dos direitos humanos, constituindo-se em um aprofundamento da concepção tradicional. A profunda e estreita relação entre direitos humanos e proteção

11 § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

12 Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

(...)

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

13 § 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.

ao meio ambiente tem sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, assim como tem sido reconhecida pela Corte Constitucional que a proteção ao meio ambiente, ou a alegação de que a ação administrativa se faz em defesa do meio ambiente, não pode ser feita sem a observância dos direitos e das garantias individuais.

(...)

Chamo a atenção para o fato de que a doutrina, por ampla maioria, bem como algumas decisões do STF, têm considerado que o artigo 225 da nossa Constituição é, em um dos seus múltiplos aspectos, uma extensão do artigo 5º.¹⁴

No entanto, a doutrina aduz a dificuldade quanto ao reconhecimento da ocorrência do dano ambiental e dos critérios para a sua reparação. Novamente, busca-se apoio na lição de PAULO DE BESSA ANTUNES:

Por muito que se tenha falado sobre o assunto, a realidade é que, até hoje, não existe um critério para a fixação do que, efetivamente, constitui o dano ambiental e como este deve ser reparado.

(...)

O que se percebe, de fato, é que qualquer critério de reparação do dano ambiental é sempre falho e insuficiente.

(...)

Diante das diversas realidades ambientais

14 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental** - 12ª edição - Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris 2010, p. 69-70.

e da própria diversidade das situações concretas que são levadas a juízo ou aos próprios órgãos fiscalizadores para exame, é necessário que se estabeleça um critério aberto para a apuração dos danos ambientais. Desta forma, pelo menos em tese, é possível que sejam criados mecanismos, caso a caso, capazes de estabelecer uma reparação adequada.¹⁵

No caso concreto, o julgado já determinou o correspondente reparo, fixando prazo não só para apresentação do cronograma de execução da obra e previsão de início, mas também para a execução.

Nessa toada, não se verifica a ocorrência de dano moral coletivo na hipótese, tendo em vista a não comprovação de alta magnitude do dano ambiental verificado, cuja reparação, frise-se, já se determinou, bem como ter sofrido a coletividade qualquer impacto a justificar a condenação extrapatrimonial almejada.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

Direito Administrativo. Proteção do patrimônio histórico-cultural. Responsabilidade solidária do proprietário e da edilidade. Sentença que somente condenou o proprietário. Recurso para incluir na condenação o Município. Responsabilidade comum dos entes federativos. Provimento. Precedente: “Ação Civil Pública. Pretensão de conservação de imóvel em Área de Proteção do Ambiente Cultural (APAC). Responsabilidade do município que emerge cristalina de comandos constitucionais: artigos 23, III, e 30, IX; bem

como do próprio reconhecimento da relevância cultural da área em que se encontra o bem (vedação ao comportamento contraditório). Responsabilidade da urbe que deve seguir o mesmo tratamento daquele definido no Decreto-Lei nº 25/37 (norma sobre tombamento): subsidiariedade; considerando a similaridade dos institutos (analogia), afastando-se a solidariedade que decorre da política nacional do meio ambiente, em apreço à razoabilidade. Dano moral coletivo não configurado. Ausência de concretude nos fundamentos invocados pelo parquet sobre a suposta transgressão de sentimento coletivo em razão do abandono do imóvel. Vulneração do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, XL, da CRFB/88). Onerosidade na pretensão de imputação da “culpa” pela degradação da área, quando apenas um imóvel é objeto da demanda e somente considerado em conjunto com a cercania possui relevo cultural. Sucumbência recíproca corretamente reconhecida, inexistindo condenação do MP ao pagamento de qualquer despesa. Recursos conhecidos e desprovidos.” (0219189-31.2007.8.19.0001 - Apelação Des. GABRIEL ZEFIRO - Julgamento: 14/03/2012 - Décima Terceira Câmara Cível.). Compensação pelos danos morais coletivos. Desprovimento. Manutenção do descabimento. Precedente: “Processual civil. Ação civil pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico. De caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). Recurso especial improvido.” (REsp 598.281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p\Acórdão Ministro

15 *Opus Citatum*, p. 253-254.

TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, julgado em 02/05/2006, DJ 01/06/2006). Provimento parcial do recurso, tão somente para determinar a condenação solidária do Município e para excluir, por ora, a pena cominatória, o que deve ser feito pelo Juízo de cumprimento da respeitável sentença.¹⁶

Por fim, quanto aos ônus sucumbenciais, verifica-se que o Ministério Público saiu sucumbente em relação ao Município no que concerne ao dano moral coletivo, incidindo, assim, a sucumbência recíproca, nos termos do artigo 87 do Código de Processo Civil.¹⁷

Nos termos do artigo 18 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, na ação civil pública não haverá adiantamento de custas e qualquer outra despesa, tampouco condenação da parte autora ao pagamento de honorários advocatícios e despesas processuais, salvo comprovada má-fé.¹⁸

A jurisprudência é pacífica no sentido de que nas ações em que o Ministério Público atua em prol da sociedade, não haverá adiantamento de despesas processuais, salvo comprovada má-fé, não impondo ao Órgão Ministerial, ainda que sucumbente, a condenação em tais verbas, frise-se, ressalvados os casos em que o

16 BRASIL. TJRJ. Apelação. Processo 0036009-75.2008.8.19.0001. Des. NAGIB SLAIBI. Sexta Câmara Cível - Julgamento: 03/09/2014.

17 Art. 87. Concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem proporcionalmente pelas despesas e pelos honorários.

18 Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

autor for considerado litigante de má-fé.

Nesse diapasão, se ao autor não se impõe o ônus sucumbencial, igual tratamento deve ser dado à parte ré, em razão do princípio da simetria, de forma que incabível a imposição dos ônus sucumbenciais, mormente no caso dos autos, em que não se comprova e sequer alega-se má-fé do litigante.

Confira-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. RECURSOS ESPECIAIS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ART. 54 DA LEI Nº 9.784/99. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. APLICAÇÃO DO CDC. POSSIBILIDADE. LIMITES DA COISA JULGADA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR DA DECISÃO. SUCUMBÊNCIA DA PARTE RÉ. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO CABIMENTO. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO PARQUET, QUE É FINANCIADO PELOS COFRES PÚBLICOS. DESTINAÇÃO DA VERBA A QUE SE REFERE O CPC, ART. 20. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DA PARTE SUCUMBENTE AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUANDO A PARTE ADVERSA É O MINISTÉRIO PÚBLICO.

I. Tendo encontrado motivação suficiente para fundamentar a decisão, não fica o Órgão julgador obrigado a responder, um a um,

os questionamentos suscitados pelas partes, mormente se notório o propósito de infringência do julgado.

II. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que as normas legais tidas por violadas não debatidas no acórdão recorrido devem ser arguidas por meio de embargos de declaração, ainda que a contrariedade tenha surgido no julgamento do próprio acórdão. Assim, incidem as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

III. Esta Corte já decidiu que aplica-se o Código de Defesa do Consumidor nas relações jurídicas em que configurada a relação de consumo. Precedente.

IV. A decisão proferida em ação civil pública fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, no caso, no Distrito Federal e Territórios. Precedentes da Corte Especial.

V. O Ministério Público tem por finalidade institucional a defesa dos interesses coletivos e individuais indisponíveis (CF, art. 127). A Lei nº 8.906/94, a seu turno, dispõe que os honorários sucumbenciais pertencem aos advogados, constituindo-se direito autônomo (art. 23), determinação que está na base da Súmula STJ/306. Nessa linha, não há título jurídico que justifique a condenação da parte sucumbente à remessa dos honorários para o Estado quando não se verifica a atuação de advogados no pólo vencedor. A par de não exercer advocacia, o Ministério Público é financiado com recursos provenientes dos cofres públicos, os quais são custeados, por entre outras receitas, por tributos que a coletividade já suporta.

VI. Nega-se provimento ao Recurso Especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, mantendo a não incidência de honorários, e dá-se parcial provimento ao Recurso Especial da BRASIL TELECOM S/A, restringindo os efeitos da decisão proferida na ação civil pública aos limites da competência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, órgão prolator do julgamento.¹⁹

DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR CULPA NO TRABALHO. EMPRESA PREPONENTE COMO RÉ. JUROS COMPOSTOS. NÃO-APLICAÇÃO. AÇÃO CIVIL “EX DELICTO” INTENTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROCEDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA INDEVIDA. ESTATUTO DA ADVOCACIA, ART. 23. RECURSO DESPROVIDO.

I - OS JUROS COMPOSTOS SÃO DEVIDOS SE O DEVER DE INDENIZAR RESULTA DE CRIME E SOMENTE SÃO EXIGÍVEIS DAQUELE QUE EFETIVA E DIRETAMENTE O HAJA PRATICADO, DISSO DECORRENDO INACOLHÍVEL PRETENSÃO NO SENTIDO DE QUE SEJAM SUPORTADOS PELA EMPRESA EMPREGADORA.

II - EM CASO DE PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO AJUIZADA EM AÇÃO CIVIL “EX DELICTO” PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, ILEGÍTIMA A CONDENAÇÃO

19 BRASIL. STJ. REsp 1.034.012/DF. Relator Ministro SIDNEI BENETI. Terceira Turma Julgamento: 22/09/2009 - Data da publicação: 07/10/2009.

DO VENCIDO AO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, TENDO EM VISTA QUE, POR DEFINIÇÃO LEGAL (ART. 23 DA LEI Nº 8.906/1994), OS HONORÁRIOS SÃO DESTINADOS TÃO-SOMENTE AO ADVOGADO.²⁰

No mesmo sentido, veja-se o precedente desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, pelo descumprimento do art. 169, da CRFB e do art. 20, III, “b”, da Lei nº 8.429/92, sob o argumento de que o réu, na condição de Prefeito do Município de Bom Jardim, ultrapassou o limite legal de gastos com pessoal nos anos de 2003 e 2004, o que provocou a rejeição das contas pela Câmara Municipal, com base em parecer contrário do TCE-RJ. 1 - Não prevalece a tese de que nada do alegado foi provado pelo Ministério Público, e que, também, não foi indicado o dolo, pois, o apelante praticou, de forma consciente, ato de improbidade administrativa, consubstanciado no excesso de gastos com pessoal no exercício de 2004. Tal fato vinha ocorrendo desde o ano de 1999, quando suas contas já não foram aprovadas. Assim, ainda que mantivesse o gasto com pessoal no patamar anterior, qual seja, do ano de 1999, o recorrente já incidiria em improbidade, no entanto, majorou o percentual no ano de 2004, fato que, por si só, indica dolo, mormente quando este seria seu último ano à frente da prefeitura.

20 BRASIL. STJ. REsp 34.386/SP. Relator Ministro SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Quarta Turma - Julgamento: 24/02/1997 - Data da publicação: 24/03/1997.

Note-se que o próprio apelante discorre em sua contestação, sobre a não observância do percentual referente ao ano de 1999, tanto é que, para escudar-se, sustentou a ineficácia retroativa da norma legal.

2 - Destarte, patente é o dolo e, por conseguinte, a condenação está correta, embasada em robusta documentação, razão pela qual a análise da tese de que os artigos 19, I, II, e III e 20, III, “b”, da Lei de Responsabilidade Fiscal possuem caráter de normas exemplificativas e não taxativas, é despicienda. O mesmo se diga para o argumento de que os artigos 9º e 11 da Lei de Improbidade não fazem referência à culpa, na medida em que o dolo restou evidente, diante da reiterada inobservância da Lei de Responsabilidade Fiscal. 3 - No que tange à afirmada inconstitucionalidade do art. 12, da Lei de Improbidade Administrativa, nada a prover, na medida em que não é atribuição desta Corte o controle de constitucionalidade de lei federal em face da CRFB. 4 - Num único ponto o apelante tem razão. Se o Ministério Público não pode ser condenado em honorários e custas diante da sucumbência, da mesma foram, pelo princípio da simetria, não pode o réu ser condenado neste mesmo aspecto. Recurso parcialmente provido, nos termos do voto do desembargador relator.²¹

Por tais fundamentos, conhece-se as apelações interpostas, se nega provimento ao primeiro e segundo apelos e dá-se provimento aos terceiro e quarto recursos para julgar improcedentes os pedidos iniciais em relação

21 BRASIL. TJRJ. APELAÇÃO. Processo 0001486-76.2009.8.19.0009. Des. RICARDO RODRIGUES CARDOZO. Décima Quinta Câmara Cível - Julgamento: 02/08/2016.

aos recorrentes. Sem honorários e custas, na forma da fundamentação.

Rio de Janeiro, 30 de janeiro de 2019.

DES. JOSÉ CARLOS PAES

Relator

COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO EM ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. ALTERAÇÃO NO PROJETO E NO PRAZO ORIGINAL. TENTATIVA DE DESFAZER ADMINISTRATIVAMENTE O ACORDO, SEM EXITO. DANO MATERIAL RESSARCIDO. DANO MORAL DENTRO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE. RECURSO NEGADO.

Apelação Cível. Pretensão de resolução da promessa de compra e venda de imóvel na planta, firmada entre as partes, com a devolução da quantia de R\$ 4.771,00 (quatro mil setecentos e setenta e um reais) e indenização por dano moral, sob a alegação de que não obteve êxito em desfazer administrativamente a avença pactuada com a ré, após ter descoberto que o empreendimento imobiliário havia sido planejado em uma área de proteção ambiental, o que gerou diversas alterações no projeto original, como a vista do apartamento, prorrogação do prazo de entrega e aumento do valor inicialmente estipulado. Sentença que julgou extinto o processo, em relação à segunda ré, ante o reconhecimento da sua ilegitimidade *ad causam* passiva, e procedente, quanto à primeira demandada. Inconformismo desta. In casu, restou incontroverso que o empreendimento imobiliário em questão não pode ser concluí-

do, em razão do local ter sido transformado em área de proteção ambiental. Todavia, o Decreto Municipal nº 32.547, de 20 de julho de 2010, que instituiu a referida Unidade de Conservação, era anterior à celebração do negócio, razão pela qual o mencionado entrave não pode ser considerado como caso fortuito ou força maior. Apelante que descumpriu sua obrigação contratual, razão pela qual dever responder pelos danos daí advindos. Resolução da avença que se impõe, com a devolução de todos os valores gastos pelo autor. Dano moral que restou configurado, tendo em vista não se tratar de mero descumprimento de cláusula contratual. Verba indenizatória arbitrada em R\$ 8.000,00 (oito mil reais) que atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Manutenção do julgado que se impõe. Recurso ao qual se nega provimento, majorando-se os honorários advocatícios em 5% (cinco por cento) sobre o *quantum* fixado pelo Magistrado *a quo*, na forma do artigo 85, § 11, do estatuto processual civil, perfazendo o percentual de 15% (quinze por cento), sobre o valor da condenação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0000780-02.2014.8.19.0209, em que é Apelante a PEDRAG Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Apelado Fabricio Correa de Oliveira.

Acordam os Desembargadores da Vigésima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

Trata a hipótese de Ação de Procedimento Comum Ordinário, proposta por Fabricio Correa de Oliveira em face da Pedrag Em-

preendimentos Imobiliários Ltda. e da Basimóvel Consultoria Imobiliária Ltda., por meio da qual objetivou o autor a resolução da promessa de compra e venda de imóvel na planta, firmada entre as partes, com a devolução da quantia de R\$ 4.771,00 (quatro mil setecentos e setenta e um reais), e indenização por dano moral, sob o fundamento, em síntese, de que não obteve êxito em desfazer administrativamente a avença pactuada com a ré, após ter descoberto que o empreendimento imobiliário havia sido planejado em uma área de proteção ambiental, o que gerou diversas alterações no projeto original, como a vista do apartamento, prorrogação do prazo de entrega e aumento do valor inicialmente estipulado.

Sentença, constante de f. 241/244, que julgou extinto o processo, em relação à segunda ré, ante o reconhecimento da sua ilegitimidade ad causam passiva, e procedente, quanto à primeira demandada, para o fim de rescindir o contrato em questão, bem como condená-la à devolução de todos os valores pagos pelo autor e indenização por dano moral, na quantia de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), além das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Inconformada, a primeira ré interpôs a apelação de f. 247/253, pugnano pela reforma do julgado, com a improcedência do pedido inicial, ou, subsidiariamente, que a verba indenizatória por dano moral seja reduzida.

Não foram apresentadas contrarrazões.

VOTO

Verifica-se dos autos que o autor celebrou contrato de promessa de compra e venda com

a ré de imóvel residencial na planta, pertencente ao empreendimento Viver Bem Guaratiba, localizado na Estrada da Pedra, nº 9.071, Pedra de Guaratiba, Rio de Janeiro - RJ.

De acordo com a avença, cuja cópia se encontra a f. 38/68, a data, inicialmente, prevista para a entrega do imóvel era outubro de 2012.

Ocorre que, como restou incontroverso nos autos, o empreendimento imobiliário, acima mencionado, não pode ser concluído na forma e prazos originalmente pactuados, em virtude de o terreno onde seria construído o prédio ter sido transformado em área de proteção ambiental, conforme instituído pelo Decreto Municipal nº 32.547, de 20 de julho de 2010.

Frise-se que o contrato ora analisado foi celebrado pelas partes em 09 de outubro de 2010, ou seja, após a edição do aludido decreto, razão pela qual o mencionado entrave não pode ser considerado como caso fortuito ou força maior.

Assim, não há dúvidas de que a ré descumpriu a sua obrigação contratual, razão pela qual exsurge seu dever de indenização.

Quanto à extinção da relação contratual, tendo em vista que o prazo de entrega foi prorrogado para 2016, isto é, 04 (quatro) anos após o inicialmente programado, além do remanejamento do prédio para outro local com uma vista menos privilegiada por um valor superior ao que havia sido originalmente pactuado, a resolução da avença foi corretamente determinada pela decisão impugnada.

Com relação ao dano material, impõe-

-se a devolução de todos os valores já pagos pelo autor em decorrência do negócio, salientando-se que as despesas com comissão de corretagem e afins, embora não tenham sido pagas diretamente à ora apelante, se incluem no conceito de perdas e danos, devendo, portanto, serem ressarcidas.

No que concerne ao dano moral, não trata a hipótese de simples

descumprimento contratual, uma vez que a alteração do prazo de entrega, das características da unidade imobiliária e do preço, obviamente, geram aflição e frustração no comprador, associada a um sentimento de impotência, diante da situação.

Ademais, a alegação da ré de que ofereceu várias possibilidades de acordo ao autor, como outros empreendimentos imobiliários ou a devolução dos valores já pagos, de modo que não onerasse mais o promitente comprador, não restou comprovada nos autos, o que, de qualquer forma, não teria o condão de excluir a dor por este experimentada.

Desse modo, resta evidente que o demandante faz jus à aludida verba imaterial, razão pela qual se passa à sua quantificação.

É cediço que um dos óbices à reparabilidade do dano moral se encontrava na dificuldade de se apurar o seu valor, constituindo o arbitramento judicial o meio mais eficiente para se fixar a referida verba.

A reparação de tal dano deve ser capaz de compensar o abalo psicológico, tristeza e sofrimento pelos quais passou o ofendido sem, contudo, distanciar-se dos princípios nortea-

dores para a correta apuração do quantum, destacando-se, dentre os quais, o da razoabilidade e o da proporcionalidade.

SERGIO CAVALIERI FILHO leciona que “Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral” (**Programa de Responsabilidade Civil**, Atlas, 8ª edição, 2008, página 91).

A seguir, acrescenta ele:

Creio que na fixação do *quantum* debeat da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano (obra citada, página 93).

Assim, considerando as peculiaridades do caso em análise, tem-se que a verba fixada em R\$ 8.000,00 (oito mil reais) está de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não merecendo, portanto, ser modificada.

Do que se antecede, mantém-se, integralmente, o julgado impugnado.

Pelo exposto, nega-se provimento ao presente recurso, majorando-se os honorários advocatícios em 5% (cinco por cento) sobre o quantum fixado pelo Magistrado a quo, na forma do artigo 85, § 11, do estatuto processual civil, perfazendo o percentual de 15% (quinze

por cento), sobre o valor da condenação.

Rio de Janeiro, 24 de outubro de 2018.

DES. GEÓRGIA DE CARVALHO LIMA

Relatora

IMÓVEL SITUADO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. FORNECIMENTO DE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. NEGATIVA. RESOLUÇÃO 55/2012, DO INEA. NÃO COMPROVAÇÃO PELO PROPRIETÁRIO DA AQUIESCÊNCIA DOS ÓRGÃOS AMBIENTAIS. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONDUTA DA CONCESSIONÁRIA EM CONSONÂNCIA COM AS NORMAS ESTABELECIDAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER c/c pretensão INDENIZATÓRIA. PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. Denegação da pretensão pela via administrativa. Imóvel situado em área de preservação ambiental (APA da Bacia do Rio São João). Sentença de improcedência dos pedidos formulados. A negativa de fornecimento de energia elétrica para o imóvel do recorrente se deu consoante disposição do art. 2º da Resolução nº 55/2012 do Instituto Estadual do Ambiente (INEA), segundo o qual não devem ser fornecidos serviços públicos para construções localizadas em áreas de preservação permanente definidas pela legislação, exceto quando se tratar de intervenção autorizada, nos termos da Resolução CONAMA nº 369/2006. Perda da prova pericial. Alegação de cerceamento de defesa. Descabimento. Localização do imóvel que é fato incontroverso. Insuficiência da documentação acostada aos au-

tos para comprovar a aquiescência de todos os órgãos ambientais com o pleito formulado. Impossibilidade de se obrigar a ré, nesta hipótese, a fornecer o serviço à parte autora. Ponderação de interesses. Prevalência do direito da comunidade em ter garantida a proteção ambiental. Conceito atual de proteção ao meio ambiente que abrange a dignidade humana. Acerto da sentença. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e examinados estes autos de Apelação nº 0000989-09.2013.8.19.0046, em que é Apelante: Moacyr Rodrigues e Apelado: AMPLA Energia e Serviços S/A.

Acordam os Desembargadores da Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer e negar provimento ao recurso interposto, nos termos do voto do relator.

VOTO DO RELATOR

Presentes as condições recursais (legitimidade, interesse e possibilidade jurídica) e os pressupostos legais (órgão investido de jurisdição, capacidade recursal das partes e regularidade formal - forma escrita, fundamentação e tempestividade), a apelação deve ser conhecida.

Inicialmente, há que se afastar, inteiramente, a invocação de cerceamento de defesa, uma vez que inexistindo qualquer contrariedade quanto ao fato do imóvel se encontrar situado em área de proteção ambiental, dispensável a produção da prova pericial para se aferir a situação do mesmo.

Ademais, como destacado pelo Ministério Público em seu parecer final, a decisão não foi adequadamente impugnada - seja no momento ou forma corretas -, tornando-se, portanto, preclusa.

E, quanto ao mérito da causa, razão não assiste ao recorrente, tendo em vista o conjunto probatório acostado aos autos.

Isso porque, nenhuma dúvida subsiste, como já destacado, que o imóvel se encontra localizado na área abrangida pela APA da Bacia do Rio São João - Mico Leão, que se estende por 07 (sete) municípios distintos do estado do Rio de Janeiro (Araruama, Cabo Frio, Cachoeiras de Macacu, Casimiro de Abreu, Rio Bonito, Rio das Ostras e Silva Jardim). Entretanto, o apelante, como destacado na sentença, não foi capaz de trazer comprovação de que todos os órgãos habilitados ao licenciamento ambiental sequer tenham sido consultados para emitirem pareceres sobre sua pretensão, ao contrário do que alega.

Ele se limitou a acostar aos autos um único documento (cf. pasta 000011 - f. 11, do indexador) para comprovar suas alegações. Todavia, de tal documento constou, expressamente, a informação de que “não dispensa outras Autorizações e Licenças Federais, Estaduais e Municipais, porventura exigíveis no processo de licenciamento”.

Restou, portanto, evidente que o apelante sequer comprovou ter consultado o órgão Estadual competente (INEA) ou suas contrapartes municipais, limitando-se a requerer uma autorização junto a um órgão Federal (ICMBio - Instituto Chico

Mendes de Conservação da Biodiversidade), deixando assim de obter todas as autorizações necessárias, mormente em se considerando que a bacia em questão concentra os recursos hídricos da região, que abastecem praticamente toda a região dos lagos no estado do Rio de Janeiro.

Ademais, da ponderação dos interesses em discussão, revela-se inquestionável que a dignidade e a proteção da comunidade social devem prevalecer sobre o direito do apelante em obter a prestação do serviço, ainda que considerada sua extrema relevância.

Destaque-se que a técnica da ponderação de interesses é aplicada quando, sopesando os direitos em jogo, seja possível a prevalência de um sem que a solução adotada importe em se aniquilar por completo o direito que terá sua amplitude reduzida.

In casu, a conclusão a que chegou a sentença, aqui também defendida, garante a proteção do meio ambiente, aí inserida a proteção da própria dignidade humana, pelo que inafastável que as medidas determinadas se dirigem, inclusive, a proteção da dignidade do próprio apelante, como parte integrante daquela comunidade.

Nesta linha de inteligência, cumpre deixar registradas as lições de JOSÉ AFONSO DA SILVA de que meio ambiente é “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas” (*vide* SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Ambiental**).

O conceito adotado pelo ilustre doutri-

nador, coaduna-se perfeitamente com a visão atual de proteção ambiental, que abrange a preservação da natureza como uma forma fundamental da pessoa humana e que se vê atendida pela solução em apreço.

Nesse contexto, importante esclarecer que embora o conceito de Unidade de Conservação de Uso Sustentável, no qual se inclui a Área de Proteção Ambiental, não impeça a presença de ocupação humana, as regras previstas na Lei nº 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, prevêm a necessidade de se disciplinar o processo de ocupação nessas áreas, in verbis:

Lei nº 9.985/2000 - “Art. 15. A Área de Proteção Ambiental é uma área em geral extensa, com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais”

Nesse mesmo sentido, vem se posicionando a jurisprudência desta Corte Estadual, veja-se:

APELAÇÃO. NEGATIVA DE INSTALAÇÃO DE MEDIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA E FORNECIMENTO DE ENERGIA. ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. COMPROVAÇÃO DA INSERÇÃO DO TERRENO EM ÁREA DE PROTEÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE INSTALAÇÃO DO SERVIÇO SEM A AUTORIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTRO-

LE AMBIENTAL. PROCEDIMENTO DA EMPRESA RÉ QUE ESTÁ DE ACORDO COM A LEI. SENTENÇA QUE DE FORMA CORRETA JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO. DESPROVIMENTO DO RECURSO”. (0008010-80.2012.8.19.0075 - APELAÇÃO - Des(a). CLAUDIO BRANDÃO DE OLIVEIRA - Julgamento: 01/02/2017 - Sétima Câmara Cível);

“ACÓRDÃO. APELAÇÃO CÍVEL. SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. Ação que visa aferir se houve demora injustificada para a ré providenciar o fornecimento de energia elétrica na residência do autor, localizada em área rural, e indenização a título de danos morais. Sentença de procedência, condenando a ré a pagar R\$ 5.000,00, por danos morais. Recurso exclusivo da parte ré. Autor que instruiu sua inicial com suposta declaração do INEA sem assinatura. Artigo 27, II, d da Resolução nº 414/2010 da ANEEL determina que o interessado deve apresentar licença emitida pelo órgão ambiental competente, o que não se verificou na hipótese. Ausência de irregularidades na conduta da concessionária de energia elétrica. Em havendo notícias de que o imóvel se encontra em área de proteção ambiental, sem a correspondente e liberatória certidão de regularidade, não há que se falar em falha na prestação do serviço. Parte autora que não fez prova mínima de fato constitutivo do direito pleiteado. Reforma da sentença, para julgar improcedentes os pedidos e condenar o autor em custas processuais e honorários advocatícios. Provitimento do recurso”. (0001903-59.2011.8.19.0041 - Apelação - Des(a). SÔNIA DE FÁTIMA DIAS -

Julgamento: 14/09/2016 - Vigésima Terceira Câmara Cível Consumidor);

“Apelação. Concessionária de energia elétrica. Pedido de ligação nova. Recusa. Área de proteção permanente. Licitude. Inocorrência de dano indenizável. 1. Age em exercício regular de direito a concessionária de energia elétrica que condiciona o atendimento de solicitação de instalação de medidor de energia à apresentação, pelo usuário, de licença do órgão ambiental competente, sempre que houver motivos razoáveis para concluir que o imóvel possa situar-se em área de preservação ambiental. 2. A licitude dessa conduta presume uma dúvida razoável e justificável, e não o puro e simples arbítrio caprichoso da concessionária, como por vezes se verifica em ações do gênero, que mais revelam o ardil para furtar-se ao cumprimento de seus deveres do que efetivo zelo com a preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. 3. No específico caso dos autos, é abundante a prova de que o imóvel encontra-se nas proximidades de um curso natural d’água, como demonstram uma declaração da Secretaria Municipal de Meio Ambiente e o substancioso laudo pericial produzido na instrução processual, de modo a justificar a atitude do fornecedor e indicar a escorreita solução dada pelo juízo a quo ao julgar improcedente o pedido. 4. Desprovisionamento do recurso”. (0005200-77.2012.8.19.0061 - APELAÇÃO - Des(a). MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES - Julgamento: 22/06/2016 - Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor).

Da mesma forma, posicionou-se o Ministério Público, em seu parecer final, *in verbis*:

“O inconformismo não procede.

Ab initio, cabe destacar que a presente relação jurídica se enquadra no conceito de relação de consumo regulada pela Lei nº 8.078/90, norma de ordem pública, cogente e de interesse social.

Nesse contexto, a responsabilidade da concessionária prestadora de serviço público é objetiva e se estabelece independentemente da comprovação de culpa, somente sendo afastada por questões de força maior, caso fortuito, culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro, nos termos do § 3º do art. 14 do CDC.

A alegada ofensa à ampla defesa e ao contraditório deve ser rejeitada porque a decisão que determinou a perda da prova restou preclusa e sequer foi impugnada. Na hipótese, é incontroverso que o imóvel do apelante está situado em área de preservação ambiental, ou seja, APA-Área da Bacia Rio São João Mico Leão Dourado, conforme se extrai do documento de f. 20 (pasta eletrônica nº 000011).

Restou demonstrado que a concessionária informou ao consumidor sobre a necessidade de apresentação de declaração de conformidade emitida pelo Órgão Ambiental Gestor da Unidade de Conservação, certificando que o imóvel a ser suprido está em consonância com as normas ambientais vigentes.

Ocorre que o apelante quedou-se inerte e não apresentou a aludida documentação.

Em que pese a alegação de que os vizinhos possuem energia elétrica em suas residências, a preservação do meio ambiente deve ser impor, pelo menos para que não ocorram

novas instalações, eis que admiti-las implica incentivo à irregularidades em detrimento da garantia de um meio ambiente equilibrado.

Cuida-se, na verdade, da utilização de critérios de adequação e ponderação, devendo, no caso, priorizar-se o direito da coletividade de possuir um meio ambiente equilibrado (art. 225, CRFB/88) em detrimento do direito do apelante em obter a prestação do serviço, ainda que considerada sua extrema relevância.

(...)

A conduta da concessionária apelada não merece reprovação porque agiu em respeito às normas estabelecidas, pautando-se na proteção ao meio ambiente, bem de uso comum

e que deve ser preservado para as gerações atuais e futuras (art. 225 da CR/88).

Ante o exposto, esta Procuradoria de Justiça opina no sentido do desprovimento do recurso”.

Por estas razões, voto pelo conhecimento e não provimento do recurso interposto, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos, com majoração dos honorários advocatícios para R\$ 850,00 (oitocentos e cinquenta reais).

Rio de Janeiro, 30 de maio de 2018.

DES. CLÁUDIO DELL'ORTO

Relator

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO. FALECIMENTO EM DATA ANTERIOR AO TRÂNSITO EM JULGADO. ESTADO CIVIL DO CÔNJUGE É DE VIÚVA E NÃO DE DIVORCIADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. RECURSO PROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE DECRETA O DIVÓRCIO DO CASAL. MORTE DO AUTOR ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ. AÇÃO PERSONALÍSSIMA. IMPOSSIBILIDADE DE SUCESSÃO PELOS HERDEIROS. FALTA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. REFORMA DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE PARA EXTINGUIR O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

Vistos, relatados e decididos estes autos de apelação cível nº 0015601-39.2013.8.19.0211, em que é Apelante AMSA representada pela curadoria especial e Apelado FGSA.

Acordam os Desembargadores que compõem esta Vigésima 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 da Desembargadora Relatora.

Trata-se de Apelação Cível interposta por AMSA representada pela curadoria especial contra a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Família da Regional da Pavuna - Co-

marca da Capital nos autos da ação de divórcio ajuizada por FGSA, que julgou procedente o pedido para decretar o divórcio, extinguindo o vínculo conjugal e dissolvendo o casamento.

Em suas razões de apelação, a Ré, ora Apelante, alega que, logo após ser proferida a sentença (MAIO/2015), o Autor, ora Apelado veio a falecer, em 14/06/2015 (*index* 000032), razão por que requer a reforma da sentença para que o feito seja extinto sem exame do mérito.

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso, de *index* 000042, prestigiando a sentença atacada.

Voto

Verifica-se que o recurso é tempestivo e estão presentes os demais requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade recursal, razão por que deve ser conhecido.

Trata-se a hipótese em tela de ação de divórcio litigioso, na qual a sentença decretou o divórcio do casal, extinguindo o feito, com resolução do mérito, na forma do art. 487, I do CPC/2015.

Da análise dos autos, constata-se que a sentença foi proferida em 18/03/2015 (Indexador 000029), tendo a Curadoria Especial, que representa a Apelante, sido intimada em 24/04/2016 (Indexador 000033).

Ocorre que o Apelado faleceu em 14/06/2015, conforme Certidão de Óbito de *index* 000032.

Assim, observa-se que o óbito do Apelado se deu antes do trânsito em julgado da sen-

tença, visto que a Apelante ainda não havia sido intimada do *decisium*.

Com efeito, a ação de divórcio possui natureza personalíssima, sendo, portanto, intransmissível aos sucessores da parte, já que somente os cônjuges possuem legitimidade *ad causam*.

Nesse passo, diante da morte do Apelado antes do trânsito em julgado da sentença que decretou o divórcio, houve a perda de um dos pressupostos de desenvolvimento válido do processo.

Logo, o falecimento do Apelado implica na extinção do feito sem julgamento de mérito, uma vez que a morte fulmina o casamento e esvazia o objeto da lide.

Desta forma, a morte do Apelado no curso da presente demanda determina o estado civil da Apelante como “viúva”, e não “divorciada”.

Neste sentido, segue a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça *in verbis*:

“Processo civil. Recurso especial. Ação de divórcio. Mandado de segurança. Decisão recorrível. Não cabimento. Inépcia da petição inicial. Prequestionamento. Ausência. Divórcio. Autor. Falecimento em data anterior ao trânsito em julgado. Extinção do processo sem julgamento de mérito.

- É inadmissível o recurso especial se não houve o prequestionamento do direito tido por violado.

- Em ação de divórcio, o falecimento do autor em data anterior ao trânsito em julgado de decisão que decreta o divórcio

implica a extinção do processo, sem julgamento de mérito. Precedente.

- Recurso especial a que não se conhece.

(REsp 331.924/SP. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. Órgão Julgador T3 - Terceira Turma; Data do Julgamento 12/11/2001; Data da Publicação/Fonte DJ 18/02/2002 p. 422)

Ação de divórcio direto. Legitimidade do Espólio. Habilitação. Ausência de impugnação. Coisa julgada. Falecimento do varão antes do julgamento dos recursos contra o despacho que não admitiu os especiais. Precedente da Corte.

1. Tendo o Espólio requerido a sua habilitação oportunamente, sem a devida impugnação da parte interessada, não pode mais o tema ser renovado no âmbito do especial.

2. Falecendo o varão antes de transitada em julgado a decisão que concedeu o divórcio, embora em execução provisória, porque pendente o julgamento de recursos contra os despachos que não admitiram os especiais, o estado civil do cônjuge sobrevivente é de viúva, não de divorciada.

3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 239.195/SP - Recurso Especial 1999/0105653-5; Relator(a) Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO; Órgão Julgador T3 - Terceira Turma; Data do Julgamento: 20/09/2001)

Neste mesmo sentido segue a Jurisprudência deste Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *in verbis*:

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO COM A DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO DO CASAL. FALECIMENTO DO CÔNJUGE VARÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. IR-RESIGNAÇÃO DO CÔNJUGE MULHER. Trata-se de ação de divórcio no qual a controvérsia se encontra sobre a dissolução do casamento entre as partes, pois, embora tenha sido prolatada sentença de procedência do pedido, decretando o divórcio do casal, sobreveio a notícia de que o cônjuge varão faleceu antes da sentença transitar em julgado. O casamento foi dissolvido pela morte do cônjuge varão e não através da sentença que decretou o divórcio do casal. Ação de caráter personalíssimo, sendo impossível a sucessão processual. Processo que restou sem um dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular, devendo ser julgado extinto sem julgamento de mérito. Recurso CONHECIDO e PROVIDO.”

(0000070-73.2014.8.19.0211 - APELAÇÃO - Des(a). CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA - Julgamento: 30/01/2018 - Oitava Câmara Cível)

“Divórcio. Sentença que decreta o divórcio direto do casal. Morte do cônjuge varão antes do trânsito em julgado. Ação personalíssima. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Cinge-se a controvérsia na hipótese em exame em verificar se a sociedade conjugal se extinguiu

pela sentença que decretou o divórcio do casal ou pela morte do varão ocorrida antes do trânsito em julgado. De fato, determina o artigo 43 do Código de Processo Civil a substituição da parte que falecer no curso do processo por seu espólio ou por seus sucessores, suspendendo-se o processo, nos termos do artigo 265 do citado diploma legal. Assim, a morte de qualquer dos cônjuges é causa de extinção do processo de divórcio, ainda que os seus efeitos sejam semelhantes ao da dissolução judicial do vínculo, não havendo sentido em insistir-se na sentença de desconstituição do matrimônio já desfeito por acontecimento natural. Ocorre que, o direito de propor a dissolução da sociedade conjugal através do divórcio é personalíssimo, não cabendo falar em representação processual. Logo, ante a ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, impõe-se a extinção do feito sem julgamento do mérito. Recurso a que se dá provimento.”

(0094211-70.2007.8.19.0004 - APELAÇÃO - Des(a). MARIO ASSIS GONÇALVES - Julgamento: 03/05/2011 - Terceira Câmara Cível)

Por tais fundamentos, voto no sentido de dar provimento ao recurso, para reformar a sentença e julgar extinto o processo sem exame do mérito, na forma do artigo 485, IX do Código de Processo Civil.

Rio de Janeiro, 14 de novembro de 2018.

DES. LÚCIA HELENA DO PASSO

Relatora

AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. ADVOGADO. RESPONSABILIDADE MEIO. ALEGAÇÃO DE CONDUTA NEGLIGENTE. NECESSIDADE DE ANÁLISE SOBRE POSSIBILIDADES DE ÊXITO DO POSTULANTE. NÃO COMPROVAÇÃO DOS FATOS CONSTITUTIVOS DO DITRITO. SENTENÇA MANTIDA.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA QUE DEPENDE DA COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO, NEXO CAUSAL E DANO. ART. 32 DO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ARTIGOS 186 E 927, *CAPUT*, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. TRATANDO-SE DE RESPONSABILIDADE CIVIL DE PROFISSIONAIS DA ADVOCACIA EM RAZÃO DE CONDUTAS NEGLIGENTES, A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DEMANDA ANÁLISE SOBRE AS REAIS POSSIBILIDADES DE ÊXITO DO POSTULANTE, EVENTUALMENTE PERDIDAS EM RAZÃO DA DESÍDIA DE SEU EX-PATRONO. DE UMA FORMA OU DE OUTRA, A QUESTÃO ESTÁ EM SE SABER SE HOUE DANO IMPUTADO AO ADVOGADO. CONFORME O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, “NÃO SE CUIDA DE UMA SIMPLES ESPERANÇA SUBJETIVA, NEM TAMPOUCO DE CONFERIR AO LESADO A INTEGRALIDADE DO QUE ESPERAVA” (RESP Nº 993.936/RJ, REL. MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO,

4ª T, DJE 23/04/2012), “O FATO DE O ADVOGADO TER PERDIDO O PRAZO PARA CONTESTAR OU INTERPOR RECURSO, NÃO ENSEJA SUA AUTOMÁTICA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL COM BASE NA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE, FAZENDO-SE ABSOLUTAMENTE NECESSÁRIA A PONDERAÇÃO ACERCA DA PROBABILIDADE - QUE SE SUPÕE REAL - QUE A PARTE TERIA DE SE SAGRAR VITORIOSA OU DE TER A SUA PRETENSÃO ATENDIDA” (RESP Nº 1.079.185/MG, REL. MIN. NANCY ANDRIGHI, 3ª T, DJE 04/08/2009). NO CASO DOS AUTOS, A APELADA TERIA INTERPOSTO RECURSOS INOMINADOS, DESACOMPANHADOS DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. RECURSOS CONSIDERADOS DESERTOS. TODAVIA, NESTES AUTOS NÃO TROUXE A APELANTE QUALQUER PROVA INDICATIVA DE QUE NOS CASOS APRESENTADOS HAVERIA A POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DAS SENTENÇAS. ALÉM DISSO, AFIRMA QUE EM OUTRA AÇÃO O PROCESSO RESTOU EXTINTO, POR SUA AUSÊNCIA, SENDO CONDENADA EM CUSTAS. PELO ANDAMENTO PROCESSUAL E CÓPIA DO PROCESSO ACOSTADO NA INICIAL, VERIFICA-SE A OCORRÊNCIA DA INTIMAÇÃO DA AUTORA PARA PAGAMENTO DAS CUSTAS, RAZÃO PELA QUAL A MESMA PODERIA JUNTAR COMPROVAÇÃO DE SUA POSSÍVEL GRATUIDADE. NO MAIS, NESTE ÚLTIMO CASO, A AUSÊNCIA EM AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO, COM A CONSEQUENTE EXTINÇÃO DO PROCESSO,

NÃO IMPEDE NOVA DISTRIBUIÇÃO DE AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO DE PERDA DO DIREITO DE UMA CHANCE. COM EFEITO, NÃO DEMONSTROU A APELANTE O DANO SOFRIDO, IMPRESCINDÍVEL PARA CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL, NÃO LOGRANDO EM COMPROVAR OS FATOS CONSTITUTIVOS DE SEU DIREITO, NA FORMA DO ART. 373, I DO CPC/15 (ART. 333, I DO CPC/73). NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível Processo nº 0256441-53.2016.8.19.0001, em que é Apelante Rosângela Carvalho Ferreira e Apelada Denise Trindade Silva Cavalcante.

Acordam os Desembargadores que integram a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento à apelação do réu, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Trata-se de Ação de Responsabilidade Civil ajuizada por Rosângela de Carvalho Ferreira em face de Denise Trindade Silva Cavalcante objetivando a indenização por danos morais e materiais, sob a alegação de desídia no patrocínio de suas causas por parte da ré.

Sustenta que contratou com a ré verbalmente para atuar como advogada em diversos feitos e que, nada obstante a confiança dispensada, a ré teria agido com negligência, deixando de recorrer, de comunicar à autora da sentença ou de audiência e que em um dos feitos, abandonou o processo logo após a distribuição, culminando com a condenação da autora

nas custas processuais. Afirma que procurou a ré por diversas vezes, todas sem sucesso.

Contestação de f. 401/407 (Indexador nº401), onde sustenta inócorrência de desídia, uma vez que atuou em sete causas em favor da autora, com procedência em dois deles e acordo em mais dois e que, diferente do que afirma a autora, interpôs recurso nos dois processos que lhe foram desfavoráveis, contudo, sem o recolhimento das custas pela autora, o recurso foi declarado deserto.

Réplica de f. 437/441 (indexador nº437).

A sentença de f. 460/462 (indexador nº 460) julgou improcedente os pedidos, extinguindo o feito na forma do artigo 487, I do NCPC. Condenou a Autora ao pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuindo à causa, observando-se o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50, diante da gratuidade de justiça.

Apelação da Autora de f. 473/480 (indexador nº 473) alegando que: (i) no processo de nº 0057918-36.2014.8.19.0205, que tramitou sob o rito da Lei nº 9.099/95, a apelada se limitou a realizar a simples distribuição do feito e nada mais fez; (ii) ao manejar o recurso inominado frente as sentenças que geraram inconformismo nos autos dos processos de nº 0048264-59.2013.8.19.0205 e 0048266-29.2013.8.19.0205, deixou de observar, em ambos, um dos requisitos de admissibilidade recursal, a saber, o preparo; (iii) afirma que a apelada pediu a gratuidade de justiça em favor da apelante quando ingressou com os respectivos recursos inominados nos processos de nº 0048264-59.2013.8.19.0205 e

0048266-29.2013.8.19.0205, deixando, inclusive de observar determinação do juízo nesse sentido para qual foi intimada; (iv) a apelante acabou por ser condenada em custas; (v) dessa forma, afirma que a apelada atuou com desídia, requerendo, ao fim, a reforma da sentença com a condenação da apelada nos termos da inicial.

Contrarrrazões a f. 487/490 (indexador nº 487), prestigiando a sentença.

VOTO

Não assiste razão ao Apelante.

Cuida-se de ação de responsabilidade civil em que é imputada desídia da advogada ré no cumprimento do mandato que lhe fora outorgado pela autora em outros processos, pretendendo a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Sustenta a parte autora que contactou verbalmente a ré para atuar em diversos feitos e que, nada obstante a confiança dispensada, a ré teria agido com negligência, uma vez que teria apresentado recurso inominado, no entanto, sem documentos hábeis a comprovação da gratuidade de justiça da autora, restando deserto o recurso.

Além disso, em outro feito, alega que a ré abandonou o processo logo após a distribuição, culminando com a condenação da autora nas custas processuais.

Pois bem. Ressalta-se que a responsabilidade civil do advogado é subjetiva, não estando submetida a relação jurídica entre contratante e contratado as normas do Código de Defesa do Consumidor - CDC, razão pela

qual necessário se faz o exame da culpa, que, por não se tratar de culpa presumida, deverá ser demonstrada pelo mandatário contratante.

Com efeito, dispõe o art. 32 da Lei nº 8.906/1994, do Estatuto da OAB, que, verbi: “O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”.

Sobre o tema, é válido mencionar os seguintes precedentes:

Apelação cível. Responsabilidade civil subjetiva do advogado. Reconvenção. Prestação de serviços de advocacia. Dano material e moral não comprovados. Falta de demonstração de culpa ou dolo, ou de falha da prestação de serviço. Manutenção da sentença que julgou improcedente o pedido de dano moral e julgou procedente a reconvenção, condenando o autor ao pagamento dos honorários contratuais, devido” (0277543-44.2010.8.19.0001, Des. CLAUDIA PIRES DOS SANTOS FERREIRA - julgamento: 13/04/2016 - Sexta Câmara Cível).

A análise das provas acostadas aos autos, criteriosamente feita pelo MM. Juízo sentenciante, permite verificar o acerto em suas conclusões.

Retomando, cuida-se aqui de responsabilidade de natureza subjetiva e passa pela análise de seus requisitos, quais sejam a comprovação da conduta culposa (conduta e elemento subjetivo), dano e nexos causal entre o dano e a conduta.

Pontua-se que, não se olvida que a responsabilidade do advogado é uma responsa-

bilidade meio, já que não se compromete ele a entrega do serviço vitorioso, mas sim de empreender a melhor técnica na defesa de seu cliente, sob pena de se assim não proceder e causar dano, ser responsabilizado, na forma dos artigos 927 c/c 186 do Código Civil de 2002.

Nesse sentido a jurisprudência desse E. Tribunal de Justiça, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA. (...). A OBRIGAÇÃO ASSUMIDA PELOS ADVOGADOS AO ACEITAR O PATROCÍNIO DE UMA CAUSA É DE MEIO, DE MODO QUE ESTES SE COMPROMETEM A EMPREGAR EM SEUS SERVIÇOS O MÁXIMO DE ATENÇÃO, DILIGÊNCIA E TÉCNICA, SEM GARANTIR, CONTUDO, EVENTUAL RESULTADO POSITIVO EM RELAÇÃO À DEMANDA. TRATA-SE, ENTRETANTO, DE RESPONSABILIDADE SUBJETIVA QUE EXIGE A COMPROVAÇÃO INEQUÍVOCA DO ELEMENTO CULPA, VALE DIZER, NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA OU IMPERÍCIA, ALÉM DO DANO E DO NEXO DE CAUSALIDADE. (...). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 0022816-58.2011.8.19.0204 – APELAÇÃO - DES. FABIO DUTRA - Julgamento: 24/11/2015 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADVOGADO. Obrigação de Meio. Responsabilidade subjetiva. Ônus de atuação zelosa e diligente. Retardo na deflagração de reclamação trabalhista. Consumação da prescrição em relação às duas pretensões formuladas. Atuação

desidiosa caracterizada. Questões de fundo, não enfrentadas, em decorrência da inexigibilidade da pretensão. Oportunidade de sucesso suprimida por ato do causídico. Dever de indenizar a chance perdida. Ausência de impugnação do quantum indenizatório. Matéria não devolvida ao Tribunal. Tese manifestamente improcedente. Recurso a que se nega seguimento. 0015510-26.2011.8.19.0208 - APELAÇÃO - DES. CARLOS EDUARDO PASSOS - Julgamento: 08/06/2015- Décima Oitava Câmara Cível.

Todavia, no caso dos autos, o conjunto probatório não corrobora a tese autoral.

Aliás, a Apelante invoca como causa de pedir expressamente a Teoria da Perda de uma Chance, já que tendo a Ré interposto o Recurso Inominado no processo nº 0048264-59.2013.8.19.0205 e nº 0048266-29.2013.8.19.0205, sem documentação probatória de gratuidade de justiça e, posteriormente, sem as devidas custas, teria lhe retirado a chance de reapreciação da sentença e sagrar-se vencedora naquela lide.

A Teoria da Perda de uma Chance visa compensar o sujeito pela perda da oportunidade de conquistar determinada vantagem ou evitar certo prejuízo, ante a probabilidade real de obter a dita vantagem.

Vale conferir a lição da Doutrina do Exmo. Des. SÉRGIO CAVALLIERI, *in Programa de Responsabilidade Civil*, 8ª ed.: Atlas, 2008. p. 74, *in verbis*:

“Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento

que possibilitaria um benefício futura para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.

O direito pátrio, onde a teoria vem encontrando ampla aceitação, enfatiza que a “a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo” (CAIO MÁRIO, **Responsabilidade civil**, 9ª ed., Forense, p.42). É preciso portanto, que se trate de uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. (...)”.

Como se observa, ainda que se cuide de aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, a questão está em se provar o dano.

De outra forma dito, a questão está na prova da real probabilidade do postulante vir a ter sua pretensão plenamente satisfeita, caso a atuação do causídico não lhe tivesse retirado essa chance, seja por não ter apresentado documentos comprobatórios da gratuidade, seja por não ter lhe preparado as custas.

Seguinte esse raciocínio se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “não se cuida de uma simples esperança subjetiva, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava”, “o fato de o advogado ter perdido o prazo para contestar ou interpor recurso, não enseja sua automática responsabilização civil com base

na teoria da perda de uma chance, fazendo-se absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa ou de ter a sua pretensão atendida”, conforme os precedentes abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. PERDA DE PRAZO POR ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DECISÃO DENEGATÓRIA DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL NA QUESTÃO PRINCIPAL QUE ANALISOU AS PRÓPRIAS RAZÕES RECURSAIS, SUPERANDO A ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE. DANO MORAL INEXISTENTE.

1. É difícil antever, no âmbito da responsabilidade contratual do advogado, um vínculo claro entre a alegada negligência do profissional e a diminuição patrimonial do cliente, pois o que está em jogo, no processo judicial de conhecimento, são apenas chances e incertezas que devem ser aclaradas em juízo de cognição.

2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da “perda de uma chance” devem ser solucionadas a partir de detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Precedentes.

3. O fato de o advogado ter perdido o prazo para contestar ou interpor recurso - como no caso em apreço -, não enseja sua automáti-

ca responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance, fazendo-se absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa ou de ter a sua pretensão atendida.

(...)

5. Recurso especial não provido.

(REsp 993.936/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 23/04/2012)

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA Nº 7, STJ. APLICAÇÃO.

- A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.

- Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava

ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.

(...)

- Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula nº 283, STF.

Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1.079.185/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 11/11/2008, DJe 04/08/2009)

Nesse sentido essa E. Câmara e a jurisprudência desse E. Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROFISSIONAL LIBERAL. ART. 14, § 4º DO CDC. PROPOSITURA DA AÇÃO APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. NEGLIGÊNCIA. DANOS MATERIAS. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. GANHO PROVÁVEL. Demanda deve ser analisada à luz do Código de Defesa do Consumidor. (...) Subjetiva a responsabilidade do profissional liberal, tendo este obrigação de meio e não de resultado. Ou seja, tem o advogado o dever de atuar de modo diligente e técnico, valendo-se dos meios necessários à obtenção da prestação jurisdicional. Porém, ele não responderá pelo sucesso ou insucesso da demanda, salvo mediante a comprovação de dolo ou culpa, como preleciona o art. 14, § 4º do CDC, bem como o art. 32, da Lei nº 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da OAB. (...) A teoria da perda de uma chance

deve ter uma probabilidade suficiente ou mínima na obtenção de um benefício, como no caso do autor, se a sua pretensão não tivesse sido atingida pela prescrição. (...) Precedentes desta Corte e da Corte Superior. Reforma em parte da sentença. Desprovemento do primeiro recurso e parcial provimento do segundo. 0053754-05.2007.8.19.0001 - APELAÇÃO Des(a). TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES - Julgamento: 05/12/2012 - Sexta Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDEMNIZATÓRIA. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. NÃO PARTICIPAÇÃO DO MAGISTRADO. PRELIMINAR DE NULIDADE. REJEIÇÃO. Não demonstração de prejuízo pela ausência do magistrado em Audiência de Conciliação, a qual, no caso, poderia ser, inclusive, dispensada. Preliminar de nulidade rechaçada. Contrato de prestação de serviços advocatícios. Alegação de descumprimento, pelo causídico, de seu dever de diligência, diante da não realização de sustentação oral em apelação. Relação entabulada pelas partes que é de consumo, sendo, contudo, subjetiva a responsabilidade do profissional liberal, conforme se depreende da ressalva contida no § 4º do artigo 14 da Lei nº 8.078/90. Isso se dá pelo fato de o serviço contratado ter por base a confiança que os profissionais inspiram em seus clientes. Em se tratando de vínculo obrigacional, a responsabilidade do advogado é contratual. Sua obrigação é de meio e não de resultado, cabendo-lhe atuar com toda a diligência, não se lhe impondo o dever de entregar um resultado certo e determinado. Desse modo, cabe ao advogado

o dever de atuar de modo diligente e técnico, utilizando-se dos meios necessários à obtenção da prestação jurisdicional. Para o cliente responsabilizar o advogado pela derrota na demanda, deve comprovar que o profissional atuou com dolo ou culpa (artigo 32 da Lei nº 8.906/94), bem como a existência de nexo causal entre a conduta desidiosa do causídico e o insucesso obtido. O Colendo Superior Tribunal de Justiça vem decidindo no sentido de que em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da “perda de uma chance” devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. (REsp nº 1.190.180/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 16/11/2010, DJe 22/11/2010). Hipótese em que, a sustentação oral não é obrigatória, já tendo o autor discutido sua posição em concurso público em demanda anterior, na qual restou sucumbente. Probabilidade de êxito reduzida, o que desautoriza a aplicação, ao caso, da teoria da perda de uma chance. Descabidos, por consequência, os pleitos de devolução dos valores recebidos pelo Réu e de indenização por danos morais. Conhecimento e provimento da Apelação. 0416728-97.2010.8.19.0001 - APELAÇÃO Des(a). MARIO ROBERT MANNHEIMER - Julgamento: 29/10/2013 - Décima Sexta Câmara Cível.

Pois bem, fixadas essas balizas deve-se

perquirir se no caso concreto a desídia do patrono foi capaz de gerar dano a autora, suprimindo dela a chance de reverter, ao menos em parte, a sentença que lhe foi desfavorável.

Ocorre que, não há qualquer prova nos presentes autos de que a pretensão da recorrente naqueles processos teria sucesso, pois, não trouxe o apelante qualquer prova indicativa de que se os recursos tivessem sido conhecidos, haveria a possibilidade de alteração da sentença.

Além disso, nos processos de nº 48264-59.2013 e nº 48266-

29 foram interpostos Recursos Inominados, não sendo comprovada a gratuidade justiça da ora apelante, sendo julgados desertos os recursos. Dessa forma, como bem exposto na sentença, não há como identificar efetivamente quem deu causa ao resultado dos processos.

Já o processo de nº 57918-36 foi extinto por ausência da autora na audiência de conciliação, com a sua condenação em custas. Ocorre que, conforme documento de f. 172 (indexador nº 160) e o andamento processual no sítio eletrônico, a Autora foi intimada para pagamento das custas, podendo apresentar documento comprobatório de sua possível gratuidade.

No mais, neste último caso, a ausência em audiência de conciliação, com a consequente extinção do processo, não impede nova distribuição de ação sobre o mesmo fato e causa de pedir, razão pela qual não pode alegar perda do direito de uma chance.

Desta forma, não demonstrou a Apelante

o dano sofrido, imprescindível para caracterização da responsabilidade civil, não logrando em comprovar os fatos constitutivos de seu direito, na forma do art. 373, I DO CPC/15 (ART. 333, I DO CPC/73).

Ainda que tenha havido desídia da ré, não se desincumbiu a autora na presente lide demonstrar o dano sofrido, não fazendo prova mínima de suas alegações.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SERVIÇO DE ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL FORMULADA POR CLIENTE EM FACE DO PATRONO. AUTORA QUE NÃO LOGROU ÊXITO EM COMPROVAR OS FATOS CONSTITUTIVOS DE SEU DIREITO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO CORRETAMENTE PRONUNCIADA PELO MAGISTRADO SENTENCIANTE. 1) No âmbito da responsabilidade contratual do advogado, é difícil antever um vínculo claro entre a alegada negligência do causídico e a diminuição patrimonial do seu cliente, pois o que está em jogo, no processo judicial de conhecimento, são apenas chances e incertezas que devem ser aclaradas em juízo de cognição. 2) Em caso de responsabilidade de condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a 'teoria da perda de uma chance' devem ser solucionadas a partir de detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. 3) O fato de o advogado ter

perdido o prazo para interpor recurso de apelação, não enseja a sua automática responsabilização com base na ‘teoria da perda de uma chance’, fazendo-se absolutamente necessária a ponderação acerca da real possibilidade de que a parte teria de se sagra vitoriosa na demanda. 4) No caso dos autos, nada obstante a perda do prazo pelo recorrido para interposição do recurso de apelação em demanda indenizatória na qual a recorrente restou vencida, esta não colacionou aos autos qualquer documento indicativo no sentido de que se o apelo fosse conhecido haveria a possibilidade de alteração parcial ou total do julgado. 5) Assim, se a demandante não logrou êxito em comprovar os fatos constitutivos de seu direito, não há como acolher o pleito indenizatório. 6) Recurso ao qual se nega seguimento. 0004491-65.2013.8.19.0042 - APELAÇÃO Des(a). HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES - Julgamento: 18/03/2014 - Quinta Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROFISSIONAL LIBERAL. ART. 14, § 4º DO CDC. PROPOSITURA DA AÇÃO APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. NEGLIGÊNCIA. DANOS MATERIAS. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. GANHO PROVÁVEL. Demanda deve ser analisada à luz do Código de Defesa do Consumidor. (...) Subjetiva a responsabilidade do profissional liberal, tendo este obrigação de meio e não de resultado. Ou seja, tem o advogado o dever de atuar de modo diligente e técnico, valendo-se dos meios necessários à

obtenção da prestação jurisdicional. Porém, ele não responderá pelo sucesso ou insucesso da demanda, salvo mediante a comprovação de dolo ou culpa, como preleciona o art. 14, § 4º do CDC, bem como o art. 32, da Lei nº 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da OAB. (...) A teoria da perda de uma chance deve ter uma probabilidade suficiente ou mínima na obtenção de um benefício, como no caso do autor, se a sua pretensão não tivesse sido atingida pela prescrição. (...) Precedentes desta Corte e da Corte Superior. Reforma em parte da sentença. Desprovimento do primeiro recurso e parcial provimento do segundo. 0053754-05.2007.8.19.0001 - APELAÇÃO Des(a). TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES - Julgamento: 05/12/2012 - Sexta Câmara Cível.

EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. COMPROVAÇÃO DO DANO. NECESSIDADE. (...) 5. A demandante alega que, mesmo que tenha apontado na contestação a ocorrência da prescrição de parte das verbas cobradas, o extinto advogado deixou de repisar tal argumento na oposição de embargos de declaração então manejados e tampouco nos recursos ordinários interpostos, dando causa à manutenção das parcelas prescritas nas condenações. 6. A negligência na prestação de serviços advocatícios caracteriza-se pelo erro grosseiro do causídico, entre eles a perda de prazo para contestar, recorrer, efetuar o preparo do recurso, ou mesmo de requerer diligência indispensável à comprovação do fato constitutivo do direito do autor ou do fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito

reclamado pelo demandante, caso patrocine o réu. 7. Mesmo tendo admitido ter deixado de alegar oportunamente a ocorrência de prescrição de parte da pretensão formulada pelos ex-funcionários da autora, a comprovação do prejuízo suportado é fundamental para caracterizar a responsabilidade civil do réu, já que se dano não há responsabilidade. (...) 9. Deixando a autora de se desincumbir do ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 333, I da Lei de Ritos, a improcedência do pleito se impõe, nos termos do voto vencido, bem como da sentença, que deve ser restabelecida. 10. Provitimento dos embargos infringentes. 0000372-33.2006.8.19.0066 - EMBARGOS INFRINGENTES - Des(a). JOSÉ CARLOS PAES - Julgamento: 06/08/2014 – Décima Quarta Câmara Cível.

Por tais fundamentos, voto no sentido de negar provitimento ao recurso, para manter a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Rio de Janeiro, 12 de dezembro de 2018.

DES. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO

Relatora

AÇÃO DEMOLITÓRIA. MORADIA. CONSTRUÇÃO IRREGULAR. ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. INEXISTÊNCIA DE LICENÇA DO ENTE MUNICIPAL. COLISÃO DE DIREITOS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À MORADIA. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL LIGADO INTRINSECAMENTE À GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO PROVIDO.

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DEMOLITÓRIA. CONSTRUÇÃO IRREGULAR EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. AUSÊNCIA DE LICENÇA MUNICIPAL. MUNICÍPIO DE CABO FRIO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DO RÉU.

1. Incontroversa a inexistência de licença municipal para a construção da unidade habitacional.

2. Edificação irregular que serve de moradia para o réu e sua família.

3. A prova pericial produzida nos autos descreve a descaracterização de um loteamento no local, porém, o próprio réu reconhece que havia um loteamento original na localidade, a pressupor a possibilidade de ocupação humana.

4. Laudo pericial a demonstrar que, embora no interior da área vistoriada sejam encontrados elementos isolados remanescentes de mata atlântica de restinga e que haja ao fim da Rua Florestal mata remanescente com espécies de bioma de Mata Atlântica, não há mais área florestada no imóvel objeto desta ação, mas um conjunto de habitações, não se podendo validar a existência de APP à época dos fatos que remontam a ocupação do lugar.

5. Perícia técnica que revela através de fotografias que a edificação do réu serve de moradia para sua família e que na localidade houve uma evolução célere e severa da ocupação humana no local em que deveria haver um loteamento regularizado, desde o ano de

2007 até 2015, configurando uma área urbana consolidada por população de baixa renda.

6. O Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), em seus artigos 7º e 8º, dispõem sobre a possibilidade de o proprietário, possuidor ou ocupante do terreno recompor a vegetação que foi suprimida da Área de Proteção Permanente, bem como ser autorizada a supressão da vegetação de restinga e manguezais nos projetos de regularização fundiária de interesse social, em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda.

7. Assim, restou configurada a colisão de um direito fundamental ligado intrinsecamente à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana e um direito fundamental fora do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, qual seja, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

8. Prevalência da garantia do direito à moradia.

9. Dever da Municipalidade de buscar o controle e a vigilância permanente e preventiva da área para evitar novos desmatamentos, além de promover políticas de regularização fundiária e de saneamento básico para impedir maiores danos ambientais e sociais.

10. Inversão do ônus sucumbenciais. Condenação do réu ao pagamento da taxa judiciária (Súmula nº 145, do TJRJ) e dos honorários advocatícios ao CEJUR/DPGE ora arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, § 3º, inciso I, e § 4º, inciso III, do CPC.

11. Improcedência do pedido autoral.

12. Sentença reformada. Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0013448-90.2009.8.19.0011, onde figuram como Apelante: Leandro Quintanilha da Silva e Apelado: Município de Cabo Frio,

Acordam os Desembargadores que integram a Décima Sexta 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 Desembargador Relator.

Recurso de apelação cível interposto contra a sentença de f. 321/324 que, nos autos da ação demolitória ajuizada pelo Município de Cabo Frio em face do Leandro Quintanilha da Silva, julgou procedente o pedido para tornar definitiva a decisão de f. 20 e condenar o réu a demolir a obra objeto do litígio, no prazo de trinta dias, contados da data do trânsito em julgado, sob pena de multa diária de R\$ 200,00.

O réu, em seu apelo de f. 329/338, requer a reforma da sentença a fim de que seja julgado improcedente o pedido autoral e reconhecida a natureza da posse ad usucapionem. Subsidiariamente, pugna pelo reconhecimento do direito a uma indenização pela desapropriação indireta da propriedade. Para tanto, narra que na presente ação demolitória o apelado pretende o desfazimento de construção em localidade conhecida como “Entorno das Falésias da Rasa, Falésia da Rasa”, nesse Município de Cabo Frio, sob dois argumentos: (i) inexistência de licenciamento do Poder Público para edificação e (ii) construção da área edifi-

cada em área de preservação permanente. Afirma que o juiz a quo prolatou a sentença de f. 321/324 com fundamento unicamente no laudo pericial de f. 271/301, deixando de analisar as demais provas constantes no processo. Sustenta que no local existe, há mais de 20 anos e abrigando cerca de 30 famílias de baixa renda, um loteamento denominado Praia das Rasas II, de conhecimento do apelado, o qual passou a emitir guia de IPTU dos imóveis ali existentes. Argumenta que a edificação realizada não se deu de forma clandestina, tratando-se de posse consolidada no tempo e amparada pela norma constitucional a lhe assegurar a prescrição aquisitiva da usucapião. Diz que reside no imóvel desde 2008 e que, afora a questão relacionada à eventual existência de áreas de preservação permanente (APP), a única transgressão arguida pelo apelado quanto à edificação é a ausência de prévio licenciamento, havendo inegável desproporção entre a penalidade que se deseja impor - demolição do imóvel - e a ausência de licença para construção, que é sanável. Acresce que se depreende da simples leitura da Lei Municipal nº 106/79 que não há autorização legal para que o Município requeira ou proceda à demolição de construção despida de prévio licenciamento. Discorre sobre a pretensão de apossamento administrativo por parte do Município, que, assim como a desapropriação indireta, assegura aos possuidores justa e prévia indenização em dinheiro. Por fim, destaca a função social da propriedade exercida pelo apelante.

Contrarrazões a f. 340/344, requerendo o desprovimento do recurso do réu, sob o ar-

gumento de que a apelação apresentada pelo mesmo foi interposta sem qualquer material probatório que confirmasse suas alegações, inclusive, até a presente data, não houve iniciativa da parte a fim de regularizar a construção em comento pela via administrativa, pois toda obra, para que seja regularmente realizada, necessita de prévia autorização do ente municipal decorrente do poder de polícia. Revela que a construção do réu foi edificada precariamente em Área de Preservação Permanente, em meio à vasta vegetação nativa de proteção ambiental.

Parecer da Procuradoria de Justiça a f. 399/402, opinando pelo desprovimento do recurso.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de ação demolitória de edificação construída na Rua Florestal, número 31, em Cabo Frio, sem a licença prévia do Município, o qual sustenta que, além da inobservância das normas urbanísticas, há inadequação da construção às normas ambientais.

A prova pericial produzida nos autos a f. 271/303 informa que a unidade residencial do réu está inserida em um terreno de 200 m², localizado na Rua Florestal, nº 31, bairro Falésia da Rasa, em Cabo Frio, onde estão também outras unidades residenciais ocupadas por seus familiares.

De fato, é incontroversa a inexistência de licença municipal para a construção da

unidade habitacional. Entretanto, conforme decidido no acórdão de f. 145/149, proferido por esta 16ª Câmara Cível, a medida de demolição, por ser extrema, só deve ser adotada quando se constate a impossibilidade de regularização da obra.

A *Expert* descreve em seu laudo a descaracterização de um loteamento no local, em razão da configuração desordenada dos lotes, porém, o próprio réu reconhece a f. 121 (000130), que, embora se encontre desfigurado, havia um loteamento original na localidade, a pressupor a possibilidade de ocupação humana. Salienta, ainda, a Perita que o “enquadramento à época realizado, por técnico da Prefeitura de Cabo Frio, caracterizou a vegetação como restinga”, que “no interior da área vistoriada encontramos ainda elementos isolados remanescentes de mata atlântica de restinga como a aroeira” e que embora a mata remanescente no fim da Rua Florestal contenha espécies de bioma de Mata Atlântica, “não há mais área florestada no objeto desta, mas um conjunto de habitações. Por este motivo não se pode mais validar a existência de APP à época dos fatos, que remontam a ocupação do lugar. Com a antropização a topografia foi alterada e a vegetação foi removida.”

O Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), em seus artigos 7º e 8º, dispõem sobre a possibilidade de o proprietário, possuidor ou ocupante do terreno recompor a vegetação que foi suprimida da Área de Proteção Permanente, bem como ser autorizada a supressão da vegetação de restinga e manguezais (vide artigo 4º, VI e VII) nos projetos de regularização fundiária de interesse social, em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de

baixa renda. Confira-se:

Art. 7º A vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado.

§ 1º Tendo ocorrido supressão de vegetação situada em Área de Preservação Permanente, o proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título é obrigado a promover a recomposição da vegetação, ressalvados os usos autorizados previstos nesta Lei.

(...)

Art. 8º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.

(...)

§ 2º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente de que tratam os incisos VI e VII do caput do art. 4º poderá ser autorizada, excepcionalmente, em locais onde a função ecológica do manguezal esteja comprometida, para execução de obras habitacionais e de urbanização, inseridas em projetos de regularização fundiária de interesse social, em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda.

No caso concreto, através das fotografias anexadas ao laudo pericial é possível aferir que a edificação do réu serve de moradia para sua família e que na localidade houve uma evolução célere e severa da ocupação humana no lo-

cal em que deveria haver um loteamento regularizado, desde o ano de 2007 até 2015, quando foi realizada a perícia judicial (vide f. 289/299 - 000306), configurando uma área urbana consolidada por população de baixa renda.

Desta forma, em que pese ser imperiosa a autorização da municipalidade para ser levada a efeito tal construção, da qual faz parte a licença ambiental, restou configurada a colisão de um direito fundamental ligado intrinsecamente à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana e um direito fundamental fora do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, qual seja, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesta hipótese, imperioso considerar a prevalência da garantia do direito à moradia, justamente por ser este, conforme já afirmado, direito fundamental social ligado intrinsecamente à garantia da dignidade da pessoa humana, devendo a Municipalidade buscar ao máximo o controle e vigilância permanente e preventiva da área para evitar novos desmatamentos, além de promover políticas de regularização fundiária e de saneamento básico para impedir maiores danos ambientais e sociais.

Sem embargo, imperioso destacar, ademais, que inexistente no bojo da petição inicial pedido de reparação de eventual dano ambiental causado, razão pela qual a prestação jurisdicional não pode se ater a tal ponto, sob pena de violação ao princípio da inércia da jurisdição.

Consequentemente ao provimento do apelo, invertem-se os ônus sucumbenciais para condenar o réu ao pagamento da taxa judiciária (Súmula nº 145, do TJRJ) e dos hono-

rários advocatícios ao CEJUR/DPGE ora arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, § 3º, inciso I, e § 4º, inciso III, do CPC.

À conta de tais fundamentos, voto no sentido de dar provimento ao recurso, a fim de julgar improcedente o pedido autoral, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

Rio de Janeiro, 04 de setembro de 2018.

**DES. MARCO AURÉLIO BEZERRA
DE MELO**

Relator

AÇÃO INDENIZATÓRIA. PACOTE TURÍSTICO. QUEDA EM BANHEIRA DO HOTEL. PISO ESCORREGADIO. AUSÊNCIA DE TAPETE ANTIDERRAPANTE. COSTELA FRATURADA E DORES FORTES. RELAÇÃO DE CONSUMO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. QUEBRA DA NORMALIDADE DA VIDA COTIDIANA. DANO MORAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. AGÊNCIA DE TURISMO E HOTEL. CONTRATAÇÃO DE HOSPEDAGEM NO EXTERIOR. ESCORREGÃO E QUEDA DE HÓSPEDE AO UTILIZAR-SE DE BANHEIRA EXISTENTE NAS ACOMODAÇÕES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA AGÊNCIA E DO HOTEL LESÃO. DANO MORAL.

1. Sustenta a autora como causa de pedir que tendo adquirido pacote turístico junto à 1ª ré no qual se incluía hospedagem junto à 2ª ré, sofreu perigosa queda com consequente fra-

tura de uma costela ao se utilizar de banheira existente no local.

2. A relação é de consumo onde a responsabilidade em questão é objetiva e solidária às rés nos termos do § único do art. 7º e 18º, ambos do C.D.C., integrando as empresas a mesma cadeia de consumo.

3. Restou incontroverso na demanda a ocorrência de queda sofrida pela autora ao tentar tomar banho se utilizando da banheira existente no quarto de hotel onde se hospedou em viagem ao exterior, queda ocasionada pela inexistência de um tapete antiderrapante colocado no local.

3. Ao disponibilizar uma banheira nas instalações oferecidas para que o hóspede dela se utilizasse, sem outro meio de se banhar no local, tinha o hotel o dever de cuidar para seu uso fosse seguro. Mesmo ciente do risco que aquela banheira poderia representar para o hóspede, a ausência de tapetes antiderrapante é falha grave que aumenta seriamente o risco de queda durante o uso daquela banheira, ocasionando a possibilidade de uma queda como efetivamente veio a ocorrer, lesionando a autora com fratura de uma das costelas.

4. Não demonstrando as rés qualquer excludente do dever reparatório pretendido e diante da evidente a falha na prestação de serviço, surge o dever de indenizar os danos causados.

5. Induvidoso o sofrimento seja pela dor física decorrente da lesão como pela angústia que advém da quebra da normalidade da vida cotidiana e insegurança diante da extensão da lesão, caracterizando-se o dano de natureza moral.

6. Excessivo o valor pleiteado mostrando-se justo e adequado ao caso o valor indenizatório de R\$ 15.000,00, a ser corrigido a partir da presente data (súmula nº 97 deste Tribunal) e com juros legais desde a citação por considerar a responsabilidade de natureza contratual (art. 405 do CC/2002), ambos até a data do efetivo pagamento, arcando ainda a ré com os ônus da sucumbência.

7. Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e examinados os autos da Apelação Cível nº 0288678-53.2010.8.19.0001 em que figura como apelante Mirian Ferreira Fontenele Bonadia sendo apelados Viagens Marsans Internacional Ltda. e Hotelarias Y Negócios S.A.

Acordam os Desembargadores que compõem a Vigésima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em dar parcial provimento ao recurso apresentado, nos termos do voto do relator, por unanimidade.

Trata-se de ação indenizatória onde alega a autora, ora apelante, em síntese, que contratou pacote turístico junto ao primeiro réu, tendo como destino a cidade de Buenos Aires, onde ficaria hospedada no estabelecimento do segundo réu; que no dia 25 de agosto de 2010, ao entrar na banheira do hotel, sofreu uma violenta queda, e em consequência deste acidente teve a costela fraturada e afundada; que ainda sofre com dificuldade para respirar e dores fortes; que a responsabilidade pelo acidente deve ser imputada exclusivamente às rés, pois o piso da banheira era escorregadio e, ainda assim, não havia ali um tapete antiderrapante no mo-

mento da queda, pelo que requereu ao final a procedência do pedido com indenização pelos danos morais supostamente suportados no valor equivalente a 200 salários-mínimos.

A sentença proferida a e-f. 363/364 julgou improcedente o pedido autoral por entender que os réus não tiveram qualquer contribuição no evento danoso; que escorregões e quedas são fatos cotidianos como advindos de desatenção e falta de zelo.

Apelou a autora apresentando suas razões a e-f. 437/456 onde alega, em síntese, que violados os princípios de ampla defesa, contraditório e isonomia visto o julgamento antecipado da lide sem oportunizada a manifestação quanto às alegações do primeiro réu além de serem indeferidas provas testemunhais requeridas; que ao contrário do que entendeu o magistrado, havia testemunhas presentes no local, no caso sua filha e uma amiga que as acompanhava na viagem; que a banheira estava com limo e muito escorregadia; que poderia ter morrido em razão daquele evento; que os réus em e-mail admitem ter provocado os danos prontificando-se a não cobrar as diárias de hospedagem; que em demanda autônoma foi a agência de viagens, ora 1ª ré, condenada a indenizar a autora por danos materiais no tocante ao valor das diárias que o hotel tinha se comprometido a ressarcir diante do evento, esperando ao final o provimento do recurso com a anulação do julgado ou eventualmente sua reforma pelo acolhimento do pleito autoral.

Contrarrazões não apresentadas conforme certidão a e-f. 459.

VOTO

A preliminar de nulidade do julgado por indeferimento da prova testemunhal requerida não prospera.

Como destinatário das provas, cabe ao magistrado a apreciação da pertinência da sua produção no deslinde célere da questão apresentada, ademais ante a pouca complexidade da questão e os elementos já existentes nos autos que ora permitiam a formação de seu convencimento no tocante aos fatos alegados.

No mérito, sustenta a autora como causa de pedir que tendo adquirido pacote turístico junto à 1ª ré no qual se incluía hospedagem junto à 2ª ré, sofreu perigosa queda com consequente fratura de uma costela ao se utilizar de banheira existente no local.

A relação é de consumo onde a responsabilidade em questão é objetiva e solidária às rés nos termos do § único do art. 7º e 18º, ambos do C.D.C., integrando as empresas a mesma cadeia de consumo.

Restou incontroverso na demanda a ocorrência de queda sofrida pela autora ao tentar tomar banho se utilizando da banheira existente no quarto de hotel onde se hospedou em viagem ao exterior, queda ocasionada pela inexistência de um tapete antiderrapante colocado no local.

Ao disponibilizar uma banheira nas instalações para que o hóspede dela se utilizasse - e ao que parece não havia outro meio de se tomar um banho no local senão utilizando-se da mesma como se vê em e-f. 36/38 - tinha o hotel o dever de cuidar para seu uso fosse seguro.

Se mesmo o banho diário em um box convencional impõe cuidados com a colocação de tapetes se o piso não é do tipo antiderrapante, maiores deveriam ser os cuidados em relação à banheira em questão que, por sua forma, material de construção e contornos mais arredondados, apresenta maior risco de queda ademais se o hóspede pretende banhar em pé, como o fez a autora.

Porém, mesmo ciente do risco que aquela banheira poderia representar para o hóspede, a ausência de tapetes antiderrapante é falha grave que aumenta seriamente o risco de queda durante o uso daquela banheira, ocasionando a possibilidade de uma queda como efetivamente veio a ocorrer, lesionando a autora com fratura de uma das costelas (e-f. 36).

Não demonstrando as rés qualquer excludente do dever reparatório pretendido e diante da evidente falha na prestação de serviço, surge o dever de indenizar os danos causados.

Não há dúvida de que em decorrência do evento a autora experimentou sofrimento, seja pela dor física decorrente da lesão sofrida e do tratamento a ela necessário como pela angústia que advém da quebra da normalidade da vida cotidiana e insegurança diante da extensão da lesão, caracterizando-se o dano de natureza moral.

Sem um critério legal pré-determinado para arbitramento da indenização mas diante de critérios indicados pela doutrina e jurisprudência, dentre eles a capacidade econômica das partes e o objetivo compensatório, excessivo o valor pleiteado mostrando-se justo e adequado ao caso o valor indenizatório de R\$ 15.000,00 (quinze mil

reais), a ser corrigido a partir da presente data (súmula nº 97 deste Tribunal) e com juros legais desde a citação por considerar a responsabilidade de natureza contratual (art. 405 do CC/2002), ambos até a data do efetivo pagamento.

Deve a ré arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Por estas razões, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso apresentado para reformar a sentença recorrida e condenar as rés solidariamente ao pagamento do valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de indenização por dano moral, a ser corrigido a partir da presente data e com juros legais desde a citação, ambos até a data do efetivo pagamento, devendo a ré arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Rio de Janeiro, 28 de fevereiro de 2018.

DES. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES

Relator

ACIDENTE DE TRÂNSITO. VIA PÚBLICA. CIDADÃ ESTRANGEIRA. RESIDÊNCIA EM ANGOLA. FALECIMENTO. PLEITO PELO PAGAMENTO DE PENSÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DOS RENDIMENTOS AUFERIDOS PELA VÍTIMA. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL PARA ASSEGURAR OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. VERBETE SUMULAR Nº 313

STJ. DANO MORAL. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DE RAZOABILIDADE E DE PROPORCIONALIDADE.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. VÍTIMA FATAL. CIDADÃ ANGOLANA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EXTRA CONTRATUAL. DANO MATERIAL. AUSÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. PENSIONAMENTO COM BASE NO VALOR DO SALÁRIO-MÍNIMO NACIONAL. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL GARANTIDOR. DANO MORAL IN RE IPSA. PRECEDENTES DO C. STJ. CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA DATA DO ARBITRAMENTO. PARCIAL REFORMA DA R. SENTENÇA. 1. Ação indenizatória proposta por viúvo e filhas da vítima de acidente automobilístico em que veio a falecer em razão das lesões sofridas na colisão. 2. Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado, nos termos do verbete sumular de nº 313 do Superior Tribunal de Justiça. 3. Quantum indenizatório por dano moral fixado em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além se estar em consonância com os parâmetros usualmente arbitrados pelo Tribunal Estadual e pela Corte Superior, em casos similares. 4. Indenização por dano moral acrescida de juros moratórios a partir do evento danoso e correção monetária computada a partir da data de seu arbitramento, nos termos do verbete nº 362 da súmula do

C. STJ. 5. Não conhecimento do recurso da segunda ré. 6. Parcial provimento ao apelo dos autores.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelações Cíveis nº 0322906-54.2010.8.19.0001, em que figuram como Apelantes Humar Transportes Ltda e os Autores: Beston Txiquema, Edvania Beatriz Miza Txiquema, Euridice Amelia Miza Txiquema e Wilton Edmundo Miza Txiquema, bem como, na qualidade de Apelados, Humar de Cabo Frio Comércio e Transporte Ltda e os mesmos.

Acordam os Desembargadores da Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em não se conhecer do recurso da segunda ré e dar parcial provimento ao apelo dos autores, para reformar a r. sentença no sentido de determinar que: a) a segunda ré constitua um capital garantidor do pagamento de pensão mensal e b) a indenização por dano moral, devida a todos os autores, será corrigida monetariamente a partir da data de seu arbitramento, conforme dita o verbete nº 362 da súmula do C. STJ, nos termos do voto relator.

Trata-se de ação indenizatória proposta por Beston Txiquema, Edvânia Beatriz Miza Txiquema, Amélia Miza Txiquema e Wilton Edmundo Miza Txiquema em face de Humar de Cabo Frio Comércio e Transporte Ltda. e Humar Transporte Ltda., na qual objetivam a indenização pelo evento danoso, consistente no óbito da esposa e mãe dos demandantes, Sra. Rosária Upeme Chitula Miza Txiquema, ocorrido em decorrência de acidente automobilístico em via pública, em 11 de outubro de 2007, no momento em que foi buscar seu marido no aeroporto.

Nesses termos, requer a condenação dos réus ao pagamento de: a) indenização por dano extrapatrimonial, no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) para cada demandante; b) indenização pela perda da chance de aumentar sua renda, eis que a vítima veio ao Brasil e cursava pós-graduação na UERJ, em Gestão de Saúde, para melhorar a renda familiar; c) indenização pelo dano emergente ao viúvo, no importe de U\$ 1.300,00; d) pensão vitalícia ao viúvo e até os filhos, menores, completarem 25 anos de idade.

O juízo *a quo* proferiu a r. sentença, a f. 438/441, nos seguintes termos:

“(…) Diante do exposto, julgo: 1) Improcedente o pedido formulado em face de Humar de Cabo Frio Comércio e Transporte Ltda; 2) Parcialmente procedente o pedido formulado em face de Humar Transportes Ltda para: 2.1) Condená-la no pagamento de: 2.1.1) pensões vencidas e vincendas, base no valor de um salário mínimo federal, com acréscimo do 13º salário, desde a data do evento até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade ao 1º autor (Beston), e às 2ª e 3ª autoras (Edvânia e Euridice), no mesmo valor, até a data em que as mesmas atingirem a maioridade, podendo ser estendida até a conclusão do ensino universitário, limitada aos 24 anos; 2.1.2) a quantia total de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), para cada autor, como compensação pecuniária pelos danos morais sofridos.

A correção monetária em relação às parcelas pensionárias vencidas e vincendas será feita pela mera aplicação do salário-

-mínimo federal vigente quando de cada pagamento efetivo.

Em relação ao dano moral, a correção será feita com base nos índices oficiais da Corregedoria-Geral da Justiça, a contar da publicação da presente até o pagamento efetivo.

Os juros legais moratórios, no valor de 1% ao mês, contarão do evento, eis que se trata de responsabilidade extracontratual.

Condeno a 2ª Ré, outrossim, no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do total das prestações condenatórias vencidas, acrescido de 10% (dez por cento) sobre doze parcelas mensais vincendas.

Para garantir o pagamento das pensões vincendas, a Empresa 2ª ré deverá inscrever o 1º, 2º e 3º autores em sua folha de pagamento, dispensando-se a constituição de capital garantidor.

Por fim, suportarão os autores o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, em relação à 1ª ré, fixados em R\$ 1.000,00, observado o art. 12, Lei nº 1.060.150.

P.R.I”

Embargos de declaração opostos pelos demandantes a f. 442/452 e declaratórios opostos pela segunda ré a f. 453/456.

Em seguida, a segunda demandada, antes da apreciação dos seus declaratórios, interpôs recurso de apelação a f. 457/472.

Decisão que somente rejeita os embargos opostos pelos demandantes a f. 481.

Irresignados, os demandantes interpu-
seram recurso de apelação, a f. 486/502, e
postula a reforma da R. sentença, sob os se-
guintes fundamentos: a) foram juntados aos
autos documentos emitidos pelo Ministério
da Saúde da Angola, aptos a comprovar que
os rendimentos mensais auferidos pela vítima
do acidente perfaziam a quantia superior a 1
(hum) salário mínimo, razão pela qual deve
ser majorada a verba fixada como pensão; b)
é devida a condenação da ré ao pensionamen-
to referente à parcela do 13º (décimo tercei-
ro) salário e do 1/3 (terço) constitucional de
férias; c) deve-se determinar a constituição
de capital ou caução fidejussória para a ga-
rantia do pagamento da pensão, consoante
entendimento sumular de nº 313, editado pelo
Superior Tribunal de Justiça; d) a fixação da
indenização por dano moral deve observar a
extensão do dano, as condições socioeconô-
micas e psicológicas dos envolvidos, além do
grau de culpa do agente causador, motivos
que ensejam a majoração da verba indeniza-
tória, cujo arbitramento não pode ser inferior
a R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil
reais). Por fim, sustenta que os juros morató-
rios e a correção monetária devem incidir so-
bre a indenização pelo dano moral a partir da
data do evento danoso.

Inconformado, a segunda ré, a sociedade
Humar Transporte Ltda., apresentou apelo, a
f. 503/512, por meio do qual assevera que: a)
conforme fora reconhecido pela magistrada
sentenciante, não há nos autos comprovan-
te do rendimento auferido pela vítima, razão
pela qual ao ser fixado o pensionamento com
base no valor correspondente a 1 (hum) salá-
rio-mínimo nacional, deve-se ratear a aludida

quantia entre os três primeiros demandantes
e, assim, não há que se falar em cumulação,
tal como fora imputado na R. Sentença; b) a
verba arbitrada para fins de pensionamento
não considerou os gastos que a vítima des-
pendia com a sua própria subsistência, razão
pela qual deve ser deduzido a quantia míni-
ma correspondente a 1/3 do salário-mínimo
nacional da pensão ora fixada; c) o primeiro
autor não detinha uma relação conjugal com
a vítima ao tempo do acidente e, portanto,
não faz jus a indenização pleiteada; e, por
fim, defende que o arbitramento da indeni-
zação a título de dano moral se mostra abu-
sivo, posto que não observou o princípio da
razoabilidade e da proporcionalidade, além
se estar em descompasso com o patamar
usualmente fixado pelo Eg. Superior Tribu-
nal de Justiça nos julgamentos de demandas
similares à presente.

Certidão de tempestividades dos apelos a
f. 513.

Contrarrazões da segunda demandada a f.
525/230, nas quais se utiliza desta oportuni-
dade para tão somente reiterar suas teses defen-
sivas e rechaçar as condenações que lhe foram
imputadas pela R. Sentença.

A f. 520, a segunda ré ratifica os termos
do apelo interposto.

Constatada uma irregularidade na repre-
sentação processual da segunda ré, apelante,
Humar Transporte Ltda, houve a intimação
pessoal e por diário oficial, contudo, confor-
me se deduz de f. 656,673, 680 e 685, não
houve manifestação da apelante no sentido de
sanar o vício evidenciado.

VOTO

O recurso deve ser conhecido, eis que presentes os seus requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Diante da irregularidade na representação processual da apelante, Humar Transporte Ltda, e da permanente inércia da ré, o recurso de apelação não pode ser conhecido.

Buscam os autores serem indenizados pelo evento danoso consistente no óbito da esposa e mãe dos demandantes, ocorrido em decorrência de acidente automobilístico em via pública.

Na espécie, há uma peculiaridade que deve ser considerada. A vítima fatal era cidadã angolana, sua residência fixa era naquele país, assim como a de seu esposo e de suas duas filhas menores.

A primeira irresignação dos demandantes tangencia o valor da pensão fixada pelo sentenciante, no importe correspondente a 1 (um) salário-mínimo federal, sob a alegação de que foram juntados aos autos documentos emitidos pelo Ministério da Saúde de Angola, os quais comprovam que a vítima exercia a função de Técnica Especialista Principal de Diagnóstico e Terapia e que percebia o salário de KZ\$ 71.678,40 - o que convertido para o Real, equivalia a R\$ 71.678,40.

Ora, os documentos, acostados a f. 56/57, informam apenas que a Sra. Rosária era Técnica Especialista Principal de Diagnóstico e terapêutica do serviço nacional de saúde de Angola, em 16 de fevereiro de 2007. No entanto, não há nenhum documento oficial que

comprova a conversão monetária de Kuanzar para Real, tampouco há provas de que, ao tempo do acidente, ela mantinha o vínculo empregatício em Angola ou estava empregada aqui no Brasil.

Assim, diante da falta de provas dos rendimentos auferidos pela vítima, bem como da ausência de notícia acerca da permanência ou não da vítima no Brasil, tem-se adequada a fixação da pensão no valor correspondente ao salário mínimo nacional.

Quanto ao requerimento de incluir o terço constitucional das férias na composição do pensionamento, constata-se que, não só não há provas de que a vítima continuava com seu vínculo empregatício junto ao governo da Angola, como também não restou demonstrado pelos autores que a quantia pleiteada era percebida pela Sra. Rosária em seu país de origem.

No que tange ao pedido de constituição de capital para assegurar o cumprimento da obrigação alimentar, deve-se aplicar o entendimento jurisprudencial, consubstanciado no verbete sumular de nº 313 do Superior Tribunal de Justiça:

“Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado”.

Nesse sentir, acolhe-se a pretensão recursal para determinar que a segunda ré constitua capital ou preste caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão.

No tocante ao *quantum* indenizatório pelo dano imaterial experimentado em razão da morte da vítima, esposa e mãe dos demandantes, observa-se que a r. Sentença condenou a segunda ré ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada demandante. Como são 5 autores, conclui-se que a transportadora foi condenada em R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

A morte de um familiar próximo gera um dano *in re ipsa*. Sabe-se ainda que a indenização pecuniária não tem o condão de reparar in totum a dor imensurável causada pela perda de um ente querido e a privação de seu convívio. Entretanto, busca-se, mediante o princípio da razoabilidade, compensar, de alguma forma, o sofrimento dos parentes, e, para tanto, utiliza-se o método bifásico, em que são considerados o bem ou interesse jurídico lesado e as peculiaridades do caso concreto, tais como a gravidade do fato, a culpabilidade do autor do dano, a intensidade do sofrimento das vítimas, o número de autores e a situação socioeconômica do responsável.

Nesse sentir, afigura-se razoável o quantum de R\$ 250.000,00, arbitrado pelo magistrado sentenciante, eis que se revela apropriada a função de a um só tempo compensar o dano irreparável e inibir comportamento reincidente da requerida, além de evitar o enriquecimento sem causa de quaisquer das partes.

Sobre o tema, este Tribunal de Justiça, em julgamento de caso análogo, de óbito do genitor em virtude de acidente automobilístico, fixou a indenização em parâmetros similares, como se observa abaixo:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE. DANOS MORAIS. ADEQUAÇÃO DO VALOR FIXADO JÁ EFETUADA NA DECISÃO AGRAVADA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite, excepcionalmente, em recurso especial, o reexame do valor fixado a título de danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que a verba indenizatória, consideradas as circunstâncias de fato da causa, já foi revisada em conformidade com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade na decisão agravada.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1.594.462/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 20/09/2018, DJe 25/09/2018)

RECURSOS ESPECIAIS. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC/1973. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. TOMBAMENTO DE ÔNIBUS DE TURISMO. TURISTAS ESTRANGEIROS. LESÃO CORPORAL DA AUTORA. INCAPACIDADE LABORATIVA TOTAL E PERMANENTE. MORTE DE CÔNJUGE. DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. PRESTADORAS DO SERVIÇO DE AGENCIAMENTO DE TURISMO E CONCESSIONÁRIA DA RODOVIA. CONCAUSAS. CORRESPONSABILIDADE. NEXO CAUSAL. CONFIGU-

RAÇÃO. PENSIONAMENTO MENSAL. TERMO FINAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS ESTÉTICOS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXORBITÂNCIA. REDUÇÃO. NECES-SIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍ-CIOS SUCUMBENCIAIS. FIXAÇÃO. OBSERVÂNCIA DE LIMITES LEGAIS.

1. Recursos especiais interpostos contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nos 2 e 3/STJ).

2. Ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos ajuizada por cidadã norte-americana em decorrência das lesões que a incapacitaram total e permanentemente para o trabalho e da morte de seu cônjuge provocadas em acidente rodoviário envolvendo ônibus de turismo que a conduzia, ocorrido na Rodovia Rio Petrópolis em agosto de 2001.

3. As conclusões das instâncias de origem a respeito da configuração, no caso, denexo causal - a atribuir tanto às empresas integrantes da cadeia de prestação dos serviços de agenciamento de turismo contratados pela autora quanto à concessionária da rodovia - corresponsabilidade pelo acidente ocorrido - resultaram do aprofundado exame do acervo fático-probatório carreado aos autos, não sendo, por isso, passíveis de revisão, na via especial, em virtude da incidência da Súmula nº 7/STJ.

4. É devido o pagamento de pensão mensal vitalícia à vítima de acidente automobilístico provocado por terceiros quan-

do de tal evento tenham resultado lesões que revelem sua perda total e permanente da capacidade laboral.

5. Inexistindo comprovação dos rendimentos da vítima do acidente ensejador de seu direito ao recebimento de pensão mensal por incapacidade laboral, a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que tal verba deve corresponder a 1 (um) salário-mínimo. No caso, em virtude da nacionalidade da autora e do fato de residir no exterior, impõe-se que a pensão seja fixada com em valor equivalente ao do salário-mínimo do Estado da Califórnia, nos Estados Unidos da América.

6. À luz do que prevê a Súmula nº 7/STJ, a revisão do valor de pensionamento por morte de cônjuge fixado pela Corte local a partir do exame das provas produzidas nos autos é tarefa que escapa aos limites do recurso especial.

(...)

7. Sendo a vítima do evento um estrangeiro, residente e domiciliado nos Estados Unidos da América, revela-se adequada a substituição da tabela do IBGE (para fins de fixação do termo final da pensão mensal devida a seu respectivo cônjuge) por apontamento estatístico que indique, com maior precisão, a expectativa média de vida naquele país. No caso, cumpre bem essa finalidade a base de dados do Banco Mundial, segundo a qual a expectativa de vida do norte-americano no ano de 2001 era pouco superior a 76 (setenta e seis) anos.

8. Esta Corte Superior tem afastado a

incidência da Súmula nº 7/STJ e reexaminado os montantes fixados a título de danos morais e estéticos pelas instâncias ordinárias apenas excepcionalmente, caso se revelem irrisórios ou exorbitantes, circunstâncias inexistentes no presente caso apenas no que diz respeito aos danos estéticos, em que, diante de suas especificidades, não se pode afirmar desarrazoado o arbitramento da referida indenização no valor R\$ 100.000,00 (cem mil reais), respectivamente.

9. Constatada a exorbitância da indenização por danos morais fixada pelas instâncias locais, impõe-se que seja afastada a incidência da Súmula nº 7/STJ, e reduzida a referida verba compensatória. No caso, ainda que se considere a aflição experimentada pela recorrida e a gravidade dos prejuízos imateriais por ela suportados, indenização originalmente arbitrada (em R\$ 500.000,00 - quinhentos mil reais) deve ser reduzida para o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

10. O percentual eleito pela Corte local (quinze por cento da condenação) para a verba honorária advocatícia sucumbencial obedeceu aos limites impostos pelo art. 20, § 3º, do CPC/1973 e se revela condizente com a atenção ao trabalho realizado pelo procurador da parte autora, o tempo de tramitação do feito e a sua complexidade, de modo que inexistem motivos para a sua alteração por esta Corte, não havendo falar, portanto, em ofensa ao art. 20, § 4º, do CPC.

11. O percentual da verba honorária advocatícia sucumbencial, quando decorrente da condenação em ação indenizatória

com vistas à percepção de pensão mensal, deve incidir sobre o somatório das parcelas vencidas, acrescidas de uma anualidade das prestações vincendas. Precedentes.

12. Recursos especiais parcialmente providos.

(REsp 1.677.955/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 18/09/2018, DJe 26/09/2018)

Ademais, impõe registrar que a verba indenizatória só poderá ser modificada se não atendidos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor na sentença, conforme dita o entendimento sumulado de nº 343, deste Tribunal Estadual.

No tocante aos consectários da mora incidentes sobre a condenação pelo dano imaterial, tem-se que os juros moratórios são devidos a partir do evento danoso, já que se trata de relação extracontratual, conforme preconiza o verbete sumular de nº 54¹ do Superior Tribunal de Justiça.

Já a correção monetária deve ser aplicada desde a data do arbitramento, nos termos da orientação sumular de nº 362 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.”

Pelo exposto, o voto é no sentido de não

1 Súmula 54 do STJ: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.”

se conhecer do recurso da segunda ré e dar parcial provimento ao apelo dos autores, para reformar a R. sentença no sentido de determinar que: a) a ré constitua um capital garantidor do pagamento de pensão mensal e b) a indenização por dano moral, devida a todos os autores, será corrigida monetariamente a partir da data de seu arbitramento, nos termos do verbete nº 362 da súmula do C. STJ.

Rio de Janeiro, 29 de janeiro de 2019.

DES. GILBERTO MATOS

Relator

OBRIGAÇÃO DE FAZER. MUNICÍPIO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA DOMICILIAR POR MEIO DE UM CUIDADOR EM TEMPO INTEGRAL. INDICAÇÃO MÉDICA. DISTÚRBIOS PSIQUIÁTRICOS. SERVIÇO NÃO EXPRESSAMENTE PREVISTO. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DEVER DA FAMÍLIA NO CUIDADO AO IDOSO. IMPOSSIBILIDADE NÃO DEMONSTRADA. TUTELA DE URGÊNCIA REVOGADA. VOTO VENCIDO.

ACÓRDÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. SAÚDE PÚBLICA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DECISÃO RECORRIDA QUE DEFERE O PLEITO DE CUIDADOR 24 HORAS. RECURSO DO MUNICÍPIO RÉU. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEIÇÃO. MÉRITO. INDICAÇÃO MÉDICA DE CUIDADOR EM TEMPO

INTEGRAL PARA AUXILIAR A AGRAVADA EM SUAS ATIVIDADES COTIDIANAS. SERVIÇO NÃO PREVISTO DENTRE AQUELES QUE DEVEM SER FORNECIDOS NO REGIME DE ATENÇÃO DOMICILIAR NO ÂMBITO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). ARTIGO 19-I, § 1º, DA LEI Nº 8.080/90. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. ATENDIMENTO EXCLUSIVO A RECORRIDA QUE CONFIGURARIA PRIVILÉGIO EM DETRIMENTO DE TODA A POPULAÇÃO. PRECEDENTES. HIPÓTESE EM QUE SE APLICA O ARTIGO 230 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0072981-95.2018.8.19.0000 em que é Agravante MUNICÍPIO DE SÃO JOÃO DA BARRA e Agravada REGINA LÚCIA RIBEIRO DOS SANTOS.

Acordam os Desembargadores da Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer do recurso e rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva e, por maioria, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator Designado.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo r. Juízo da 2ª Vara da Comarca de São João da Barra, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer nº 0002691-90.2018.8.19.0053, que deferiu o pedido de tutela de urgência, nos seguintes termos:

“Trata-se de AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ajuizada por REGINA LÚCIA RIBEIRO DOS SANTOS, representada por seu irmão AMARO GELSON RIBEIRO DOS SANTOS, a quem defiro os benefícios da justiça gratuita, em face do MUNICÍPIO DE SÃO JOÃO DA BARRA, sob o argumento de que conta com 62 (sessenta e dois) anos de idade, sendo portadora de distúrbios psiquiátricos, necessitando de auxílio constante para realização de todas as atividades da vida diária, conforme laudo em anexo, necessitando de cuidador 24 horas, conforme laudo de *index* 27. Aduz, ainda, que não possui condições financeiras de arcar com o seu tratamento. A inicial (*index* 03/19) veio instruída com documentos (*index* 22/33), dentre os quais ressalto o laudo médico de *index* 27. É o breve relatório. Decido. A tutela deve ser deferida. O serviço de cuidador 24h, embora não faça parte do programa de assistência básica, é reconhecido pelo Município réu, uma vez que este possui em seus quadros o cargo efetivo de cuidador, nomeado por concurso público. Tal serviço mostra-se necessário para que se cumpra a rotina de cuidados envolventes de todas as necessidades básicas da parte autora. In casu, o bem jurídico que se afirma em perigo é a vida/dignidade humana. Os documentos acostados aos autos demonstram a necessidade do acompanhamento mencionado para a autora e a urgência do pleito antecipatório. Descabem, portanto, maiores considerações acerca da prevalência do interesse ‘dignidade humana’ frente a qualquer outro que possa ser objeto de argumentação pelo Município de São João da Barra, inclusive pelo fato de ter em seus quadros tal

profissional. Com efeito, é cediço que a saúde é direito de todos e dever do Poder Público, a quem a Constituição encarrega de prover os meios suficientes para garanti-la aos necessitados. Acrescente-se que o Município é um dos responsáveis pelo atendimento à saúde da população (art. 30, VIII da CRFB e art. 9.º, III da Lei nº 8.080/90). Neste contexto, a regra do art. 196, *caput* c/c art. 6º, *caput*, ambos da CRFB é enfática ao determinar que a saúde é direito público subjetivo de todos (interpretação dada pelo STF) e dever do Poder Público. O Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no enunciado cível nº 31 do I encontro de Desembargadores, foi além, ao afirmar a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela de mérito como a única forma capaz e eficaz de assegurar o direito fundamental à vida e à saúde. Noutro passo, é de natural sabença que o deferimento da antecipação de tutela pressupõe a presença simultânea de dois requisitos: o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. No caso em comento, a presença do *fumus boni juris* se verifica diante do fato de que a autora é portadora das doenças descritas na exordial, possuindo indicação médica para tratamento domiciliar por meio de cuidador 24h. Quanto ao *periculum in mora*, este também se encontra presente, porque incontroversos a gravidade dos problemas de saúde apresentados pela autora. *In casu* a internação domiciliar não se trata de mero capricho da paciente, mas de determinação médica, que tem por finalidade proporcionar um tratamento adequado à situação hoje enfrentada pela autora e possível de ser fornecido pela parte ré, conforme dito anteriormente, vez que, conforme Comunicação Interna do PAD (Programa de Assistência Domiciliar), a parte ré

possui em seus quadros o cargo de cuidador, tendo em 2017 vinte e sete cuidadores em atividade, nomeados por concurso público. Isso posto, defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela pleiteada para determinar que o Município-Réu, no prazo de quinze dias, forneça o serviço de cuidador 24h, pelo período diário e contínuo, enquanto durar a necessidade do autor, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), limitados a R\$ 10.000,00. Diante das especificidades da causa e de modo a adequar o rito processual às necessidades do conflito, deixo para momento oportuno a análise da conveniência da audiência de conciliação. Expeça-se o necessário mandado a ser cumprido pelo OJA de plantão. Cite-se o Município. ”

O agravante suscita preliminar de ilegitimidade passiva, por entender que sua atribuição é residual quanto à prestação do serviço almejado pela autora. No mérito, alega que a Lei nº 10.424/02 não prevê o fornecimento do serviço de cuidador 24 horas, momento em que faz distinção entre tal atividade e a desenvolvida por profissionais de saúde. Sustenta que as despesas públicas devem respeitar as leis orçamentárias e que a implementação dos direitos sociais deve observar a reserva possível. Contrarrazões em prestígio ao decisor e pelo desprovimento do recurso (index 22).

É o relatório.

VOTO

O recurso deve ser conhecido, uma vez que preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Preliminarmente, o recorrente suscita sua ilegitimidade passiva. Todavia, após o adven-

to da Lei nº 8.080/90, restou regulamentado na legislação infraconstitucional o dever estatal da prestação do serviço de saúde em favor de todo cidadão como direito fundamental social e consectário, em última análise, da dignidade humana e do próprio direito à vida.

Há de se salientar que compete à União, Estado e Município a responsabilidade solidária da prestação de serviços de saúde, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessários se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente”.

(RE 855.178 RG/PE - Pernambuco Repercussão Geral no Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 05/03/2015) (destacamos)

Não é outro o entendimento deste Egrégio Tribunal:

“Súmula nº 65 do TJRJ. Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8.080/90, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e consequente antecipação da

respectiva tutela.”

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRESTAÇÃO DE SAÚDE. REALIZAÇÃO DE EXAME. DEFERIMENTO DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. DECISÃO DEFERINDO A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PARA DETERMINAR A REALIZAÇÃO DE EXAME NECESSÁRIO À SAÚDE DO AGRAVADO. IMPOSSIBILIDADE ECONÔMICA DA PARTE GRAVADA DE CUSTEAR O TRATAMENTO. POSTURA EQUILIBRADA DO JUÍZO QUE DEFERIU O PEDIDO, TENDO EM VISTA QUE OS PRESSUPOSTOS LEGAIS SE ENCONTRAM PREENCHIDOS. EM VERDADE, HÁ FARTA JURISPRUDÊNCIA ACERCA DA OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS À POPULAÇÃO COMO CUMPRIMENTO DO MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DE QUE A SAÚDE É DIREITO DE TODOS E DEVER DA REPÚBLICA, CIRCUNSTÂNCIA QUE REVELA A EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE EVIDENCIEM A PROBABILIDADE DO ALEGADO DIREITO AUTORAL. ADEMAIS, A CONCESSÃO OU NÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA É TEMA QUE SE SUBORDINA AO PRUDENTE E CRITERIOSO ARBÍTRIO DO JULGADOR. ENTENDIMENTO DESTES TRIBUNAL ACERCA DO TEMA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.”

(AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 0059384-30.2016.8.19.0000 - Des(a). CLEBER GHELLENSTEIN - Julgamento: 08/02/2017 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL) (destacamos)

Nesse contexto, não restam dúvidas acerca da impossibilidade de acolher a preliminar de ilegitimidade passiva do agravante, sendo certo que diante da responsabilidade solidária dos entes públicos, qualquer um deles é legitimado a figurar no polo passivo da demanda.

Por tais fundamentos, rejeito a preliminar suscitada.

No mérito, a questão possui peculiaridades que devem ser levadas em consideração.

Denota-se dos documentos médicos de índice 27 do processo originário que a autora/agravada, além de tratamento fisioterápico domiciliar para reabilitação motora, necessita de cuidador em tempo integral para auxiliar em suas atividades básicas de higiene, alimentação e tratamento medicamentoso.

Por tal razão, a decisão agravada impôs ao Município agravante o ônus de prestar tal serviço.

Todavia, há de se enfrentar a questão à luz do disposto no artigo 196 da Constituição da República, sendo necessário ponderar os interesses envolvidos no caso concreto.

O objetivo democrático é a universalização do atendimento básico em condições isonômicas a todos, o que vai de encontro à prestação de assistência domiciliar por meio de um cuidador, em tempo integral, para auxílio na realização das atividades cotidianas da recorrente.

Ressalte-se que o serviço de cuidador não está expressamente previsto entre os principais serviços que devem ser fornecidos no regime de atenção domiciliar pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Vejamos:

Artigo 19-I, § 1º, da Lei nº 8.080/90: “Na modalidade de assistência de atendimento e internação domiciliares incluem-se, principalmente, os procedimentos médicos, de enfermagem, fisioterapêuticos, psicológicos e de assistência social, entre outros necessários ao cuidado integral dos pacientes em seu domicílio”.

É nesse sentido a jurisprudência desta Corte de Justiça.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. ATENDIMENTO DOMICILIAR, NO ÂMBITO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINOU QUE O MUNICÍPIO FORNEÇA À AUTORA UM CUIDADOR, EM TEMPO INTEGRAL. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE RÉ. 1. Direito à saúde assegurado constitucionalmente. Artigos 6º e 196 da Constituição Federal. Responsabilidade solidária dos entes federativos. Aplicação do enunciado 65 da súmula do TJRJ. 2. O serviço de cuidador não está expressamente previsto entre as principais modalidades de serviços que devem ser fornecidos no regime de atenção domiciliar, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Art. 19-I, § 1º da Lei nº 8.080/90. Ademais, as equipes multiprofissionais de atenção domiciliar (EMAD) e as equipes multiprofissionais de apoio (EMAP) não possuem um cuidador em sua composição, nos termos dos artigos 8º e 9º da Portaria nº 963/2013 do Ministério da

Saúde. 3. Além de não ser obrigatória a presença de um cuidador nas equipes de atenção domiciliar, por ora, não há nos autos provas no sentido de que a família da demandante não pode fornecer os cuidados necessários e auxiliar a agravada em suas tarefas diárias. A recorrida reside no Retiro São João Batista, o qual é uma instituição voltada para o atendimento de idosos, e que por sua natureza de asilo também presta assistência à agravada. 4. Reforma parcial da decisão, para afastar a obrigação da parte ré de fornecer um cuidador à parte autora. 5. DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.” (0010719-12.2018.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - Des(a). SÉRGIO SEABRA VARELLA - Julgamento: 28/03/2018 - Vigésima Quinta Câmara Cível)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. DIREITO À SAÚDE. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA POR CUIDADOR DOMICILIAR QUE NÃO SE MOSTRA RAZOÁVEL. INCIDÊNCIA DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. EM ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA LEGALIDADE ORÇAMENTÁRIA. NÃO É POSSÍVEL QUE O PODER JUDICIÁRIO IMPOŊHA AO PODER EXECUTIVO O CUSTEIO DO FORNECIMENTO DE CUIDADOR DOMICILIAR, HAJA VISTA O COMPROMETIMENTO DAS VERBAS PÚBLICAS DESTINADAS A OUTRAS PRIORIDADES, COLOCANDO-SE EM RISCO A VIDA E SAÚDE DE OUTRAS PESSOAS QUE NECESSITAM DE TRATAMENTO MÉDICO NO SISTEMA PÚ-

BLICO DE SAÚDE. NÃO EVIDENCIA-
DA A PROBABILIDADE DO DIREITO
ALEGADO.

AGRAVO A QUE SE DÁ PROVIMEN-
TO.” (0069695-46.2017.8.19.0000 - AGRA-
VO DE INSTRUMENTO - Des(a).

FERNANDO FERNANDY FERNAN-
DES - Julgamento: 31/01/2018 - Décima Ter-
ceira Câmara Cível)

Não obstante, é certo que também se
aplica ao caso o dever da família no cuidado
ao idoso, conforme dicção do artigo 230 da
Carta Magna¹.

Levando em consideração tais premissas,
não se verifica, neste momento processual, a
presença de elementos capazes de indicar a
impossibilidade de a autora/agravada se sub-
meter aos cuidados de seus familiares.

Destaque-se, por fim, que esta Egrégia
14ª Câmara Cível, em sessão realizada em
30/01/2019, decidiu no mesmo sentido aqui
exposto, quando do julgamento do Agravo de
Instrumento nº 0059320-49.2018.8.19.0000.

Portanto, a r. decisão agravada mere-
ce reforma, uma vez que estão ausentes os
pressupostos necessários a concessão da tu-
tela de urgência.

Diante do exposto, voto no sentido de co-
nhecer do recurso, rejeitar a preliminar suscita-

1 “Art. 230. A família, a sociedade e o Esta-
do têm o dever de amparar as pessoas idosas,
assegurando sua participação na comunidade,
defendendo sua dignidade e bem-estar e ga-
rantindo-lhes o direito à vida.”

da e, no mérito, dar-lhe provimento para revo-
gar a tutela de urgência deferida.

Rio de Janeiro, 06 de fevereiro de 2019.

**DES. FRANCISCO DE ASSIS PESSANHA
FILHO**

Relator Designado

VOTO VENCIDO

01. Votei parcialmente vencido, já que fui
acompanhado, à unanimidade, quanto à pre-
liminar de ilegitimidade passiva *ad causam*,
rejeitada.

02. No mérito, divergi, desprovendo o
instrumental, confirmando a interlocutória
que deferiu a tutela de urgência, porque de
tutela de urgência se cuida, e determinou ao
réu e agravante, que fornecesse o serviço de
cuidador 24 horas, sob pena de astreinte diária
de R\$ 500,00 (quinhentos reais), com o limite
máximo total de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

03. Antes de adentrar à exposição dos
motivos que me levaram a divergir da dou-
trina maioria, reproduzo os fundamentos da rejei-
ção da peremptória, albergados, como já dito,
por unanimidade, pelo colegiado.

04. Ora... A questão de ação reagitada
pelo agravante está de há muito pacificada
nas diversas Cortes de Justiça do país, de
modo que a insistência em tanger bordões
desafinados, insistindo em teses superadas
pelos julgamentos de todos os Tribunais bra-
sileiros, causa constrangimento, já que não se
concebe que uma Procuradoria possa ostentar
semelhante grau de ignorância em relação à
Jurisprudência, que, como lição preliminar da

antiga disciplina de Introdução à Ciência do Direito, é uma de suas fontes.

05. Com efeito, é, no meio dos operadores do Direito, público e notório que a solidariedade foi definitivamente reafirmada pelo c. Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178/SE. Confira-se, na eventualidade de ainda sobreviver alguma dúvida:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O TRATAMENTO MÉDICO ADEQUADO AOS NECESSITADOS SE INSERE NO ROL DOS DEVERES DO ESTADO, PORQUANTO RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. O POLO PASSIVO PODE SER COMPOSTO POR QUALQUER UM DELES, ISOLADAMENTE OU CONJUNTAMENTE”. (RE Nº 855.178. RELATOR: MIN. LUIZ FUX. JULGAMENTO: 06/03/2015. PUBLICADO EM 16/03/2015.)

06. Se isso não bastasse, a pacífica Jurisprudência desta e. Corte de Justiça está consolidada na Súmula nº 65, que tem o seguinte verbete:

“Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8.080/90, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e consequente antecipação da respectiva tutela.”

07. Portanto, *tollitur quaestio*. O município é parte legítima para figurar no polo passivo da relação jurídica processual e resolverá eventuais questões diretamente com o Estado e/ou a União Federal.

08. *Circa méritis*, único objeto da divergência, sublinha-se, de plano, que as tutelas de urgência têm por escopo implementar a efetividade ao processo, certo, ainda, que são fundadas em juízo de cognição sumária, por isso que dependem de prova inequívoca, pré-constituída e, assim, apta a gerar a verossimilhança do direito subjetivo alegado.

09. Ora... contemplam os autos laudo médico que enuncia situação de urgência, já que, como atesta, a agravada foi “diagnosticada com neoplasia de longa data, em uso contínuo de psicofarmacos e impossibilitada para se locomover necessitando de fisioterapia domiciliar, cuidados com alimentação, higiene (troca de fraldas) e conforto”, averbando que “para tanto, vimos pelo presente solicitar um cuidador 24 horas, com caráter urgente e contínuo a fim de dispensar o atendimento necessário.” (Literalmente, f. 27, mesmo índice eletrônico, autos do processo originário).

10. Resta, portanto, comprovada a necessidade do serviço de cuidador 24 horas.

11. Nem há como acolher a alegação do recorrente, de que o objeto da demanda (serviço de cuidador) não está elencado na Lei nº 10.424/2002, que regulamenta a assistência e internação domiciliar chamada *Home Care* no Sistema Único de Saúde, porquanto esse serviço caracteriza-se pelo atendimento e internação domiciliares, que devem ser prestados por equipes multidisciplinares, dedicadas,

principalmente, aos procedimentos de assistência social e de enfermagem, fisioterapia, psicologia, dentre outros que sejam necessários ao cuidado integral dos pacientes em seu domicílio, conforme expressamente dispõe o art. 19-I, §§1º e 2º, do mencionado diploma legal. Confira-se:

“Art. 19-I. São estabelecidos, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o atendimento domiciliar e a internação domiciliar.

§ 1º Na modalidade de assistência de atendimento e internação domiciliares incluem-se, principalmente, os procedimentos médicos, de enfermagem, fisioterapêuticos, psicológicos e de assistência social, entre outros necessários ao cuidado integral dos pacientes em seu domicílio.”

12. Assim, embora o serviço de cuidador não esteja, expressamente, previsto no dispositivo - como, aliás, ressaltou o voto vencedor -, a parte final de seu §1º (sublinhada) permite o estabelecimento de outros serviços de atendimento domiciliar.

13. O rol ali descrito, portanto, não pode, por expressa disposição legal, ser visto como taxativo.

14. Ademais, é atribuição do médico que assiste a paciente, porque, melhor do que ninguém, lhe conhece as necessidades e reações orgânicas, estabelecer o procedimento, os meios e os materiais necessários a promover o mais adequado tratamento, em garantia da saúde ou da vida.

15. E cabe antecipar que a agravada é hipossuficiente, enquanto o agravante tem

quadro de servidores com lotação de cargo efetivo de cuidador.

16. A seguir, vista a alegação da Reserva do Possível (art. 167 da Carta Máxima), tem-se-a, no caso, como inoperante, consultando-se decisão monocrática da lavra do e. Ministro CELSO DE MELLO, proferida nos autos do ARE nº 727.864, aos 09/09/2014, a destacar o altíssimo relevo jurídico-social de que se investe, em nosso Ordenamento Jurídico, o direito à saúde, especialmente sob a égide do mandamento inscrito nos arts. 196 e 197 da Lei Maior, por isso que, a seguir, vão reproduzidos os seus importantes e esclarecedores fundamentos:

“(…) Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, capacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundador no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde - que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 196) - tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial.”

17. Além disso, ao contrário do que parece concluir o d. voto vencedor, o art. 196 alberga norma de conteúdo programático, que, entretanto, não exime os entes públicos do dever tornar efetivas as ações e prestações de saúde. Neste sentido, confira-se decisão monocrática do mesmo Ministro integrante da Suprema Corte:

“O recurso extraordinário a que se refere o presente agravo foi interposto pelo Estado do Rio de Janeiro (...) O caráter programático

da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR, Comentários à Constituição de 1988, vol. VIII/4332-4334, item nº 181, 1993, Forense Universitária) - não pode convertê-la em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as ações e prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. (...) em face das razões expostas, ao apreciar o presente agravo, nego provimento ao recurso extraordinário a que ele se refere, por achar-se este em confronto com acórdão proferido pelo Plenário desta Suprema Corte (CPC, art. 932, IV, “b”).” (ARE nº 1.095.036/RJ. Julgamento: 12/12/2017)

18. É, portanto, a própria ordem constitucional, devidamente interpretada pelo colendo Supremo Tribunal Federal, de que o d. voto vencedor se afastou, que assegura o direito subjetivo em tela, descabendo restringir o escopo dos princípios e dispositivos da Lei Maior, a exemplo de seu art. 23, II.

19. Ainda sobre o caráter programático da norma constitucional, confirmam-se os seguintes arestos do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

REsp 1.752.750. Relatora: Ministra ASSUETE MAGALHÃES. Data da Publicação: 13/08/2018. (...) O direito fundamental à saúde encontra-se garantido na Constituição, descabendo as alegações de mera norma programática, de forma a não lhe dar eficácia. A interpretação da norma constitucional há de ter em conta a unidade da Constituição, máxima efetividade dos direitos fundamentais e a concordância prática, que impede, como solução, o sacrifício cabal de um dos direitos em relação aos outros.

AREsp 1.312.524. Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA. Data da Publicação: 03/08/2018. (...) CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. ARTIGO 196, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. (...) O artigo 196, da Constituição Federal, não consubstancia mera norma programática, incapaz de produzir efeitos, não havendo dúvidas de que obriga o poder público a garantir o direito à saúde mediante políticas sociais e econômicas, bem como a exercer ações e serviços de forma a proteger, promover e recuperar a saúde.

REsp 1.732.078. Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN. Data da Publicação: 28/06/2018. (...) No que se refere ao mérito, a sentença encontra-se em consonância com o ordenamento jurídico pátrio e com o entendimento adotado pelos Tribunais Superiores, conforme será a seguir demonstrado.

Primeiramente, impende consignar que não se desconhece a existência de corrente doutrinária no sentido de que, ante a dependência de recursos econômicos para a efetivação de direitos de caráter social, as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, desta forma, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse contexto, sustentam os defensores desta corrente que a intervenção do poder judiciário, diante da omissão estatal quanto à elaboração satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível. Entretanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, após a oitiva de especialistas em matéria de saúde pública, convocados a se manifestar em audiência pública realizada naquele Tribunal durante o período compreendido entre 27 de abril e 07 de maio de 2009, posicionou-se sobre a questão nos autos do Agravo Regimental na Suspensão da Tutela Antecipada nº 175, de Relatoria do Ministro GILMAR MENDES, assentando a possibilidade de, após a análise minuciosa das circunstâncias de cada caso concreto e a realização de juízo de ponderação, o poder judiciário garantir o direito à saúde por meio do fornecimento de medicamento ou tratamento indispensável para o aumento de sobrevida e a melhoria da qualidade de vida do paciente da rede pública de saúde. Destacou-se, no supramencionado julgado, que, na quase totalidade dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas públicas já existentes,

de forma que não há que se cogitar do problema da interferência judicial no âmbito de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros poderes quanto à formulação de políticas públicas. (...) Verifica-se, portanto, que o artigo 196, da Constituição Federal, não consubstancia mera norma programática, incapaz de produzir efeitos, não havendo dúvidas de que obriga o poder público a garantir o direito à saúde mediante políticas sociais e econômicas, bem como a exercer ações e serviços de forma a proteger, promover e recuperar a saúde. (Sublinhamos).

AREsp 1.223.141. Relatora: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES. Data da Publicação: 07/02/2018. (...) A regra do art. 196 é clara e direta: a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doença e de outros agravos é ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Essa ordem constitucional, ao consagrar o direito à saúde, não pode ser considerada como mera norma programática a depender de previsão orçamentária para a sua execução, que não há qualquer limitação no artigo que lhe é seguinte, o 197, a determinar serem de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Nem se argumente sobre ser programática aquela norma, daí ser diferida sua aplicação, sem que se lhe dê aplicação ou execução imediatas. Esse sentido, buscado de alguma for-

ma no recurso, no entanto, cede passo a que não se pode erigir regra de hermenêutica para sobreposição a princípio maior, insculpido na Constituição Brasileira, de ser a saúde direito de todos e dever do Estado, como manda o seu artigo 196. Além disso, há a regra do artigo 198 da Constituição Federal ao dispor que ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes (prossegue o artigo com nove incisos). Não há ingerência do Judiciário no Estado Federado, mesmo porque não se fez prova alguma de inexistência de verba orçamentária para fazer frente à aquisição determinada desde a antecipação da tutela. Trata-se de dar cumprimento ao disposto na Constituição Federal, sem ofensa a normas orçamentárias.

20. E insta destacar pequeno excerto do REsp nº 1.732.078/RJ, com ementa elençada acima, na relatoria do e. Min. HERMAN BENJAMIN, que deixa claro os motivos que impõe o fornecimento de cuidador a situações como a da agravada. Confira-se:

“(…) na quase totalidade dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas públicas já existentes (...)”. (Sublinhamos).

21. É essa a hipótese dos autos.

22. De fato, como já mencionado no item nº 13 (*supra*), o Município de São João da Barra tem quadro com cargo de cuidador, ten-

do realizado, no ano de 2016, concurso para o preenchimento de 50 (cinquenta) vagas de cuidadores de idosos¹ (a agravada conta com 62 anos) e está, comprovadamente, em situação deplorável de saúde, o que demanda sua presença 24 (vinte e quatro) horas por dia.

23. Nota-se, ademais, que o próprio Plano de Governo, apresentado pela então candidata e atual prefeita do município, previa a capacitação dos referidos cuidadores.²

24. Logo, a medida deferida pelo MM Juiz visa, corretamente e com justiça, “o cumprimento de políticas públicas já existentes”. (REsp mencionado nos itens 19 e 20, acima).

25. Há, pois, de incidir o princípio da ponderação de interesses, com afastamento da reserva do possível, em cuja equação entre a variável “manutenção da saúde da agravada”, em condições mínimas de dignidade humana, por força (repita-se...) dos pesadíssimos e sofridos efeitos da gravíssima moléstia que a acomete, em confronto com os interesses econômicos do agravante, legítimos, porém minimizados pela solução da equação, com base na análise dos fatos, sobrelevando a primeira variável.

26. Está, pois, presente a verossimilhança

1 Notícia veiculada no site G1 em 02/02/2016 e visitada em 08/02/2019(<http://g1.globo.com/rj/norte-fluminense/noticia/2016/02/sao-joao-da-barra-rj-abre-processo-seletivo-para-area-da-saude.html>)

2 Pág. 23 do referido documento, disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/rest/v1/candidatura/buscar/arquivo/1280639>

da alegação, a embasar a concessão da tutela de urgência.

27. Veja-se a jurisprudência predominante neste egrégio Tribunal de Justiça:

“Agravamento de Instrumento. Ação de obrigação de fazer. Irresignação da agravante contra a decisão que indeferiu a tutela antecipatória para fornecimento de serviço de cuidador domiciliar em regime de atendimento diário em escala de 24 (vinte e quatro) horas. Paciente idosa. Dignidade da pessoa humana. Risco de dano irreparável, diante da necessidade iminente de proteção à saúde da autora, que ostenta intensa condição de hipossuficiência. Presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. A verossimilhança demonstrada e a prova inequívoca, autorizam a concessão da tutela para que o agravado forneça o serviço de cuidador à agravante em atendimento diário de escala de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), em caso de descumprimento. Agravamento provido. 0017526-48.2018.8.19.0000 Agravamento de Instrumento. Des. CELSO LUIZ DE MATOS PERES. Julgamento: 14/06/2018. Décima Câmara Cível. (Sublinhamos).

“Agravamento de Instrumento. Ação de obrigação de fazer. Direito constitucional. Direito à saúde. Portador de doença de Parkinson, acamado, com incontinência fecal e urinária, além de demência, não possuindo condições de praticar os atos da vida diária. Necessidade de cuidador 24 horas por dia. Supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana. Solidariedade entre os entes da federação. Súmula nº 65 do TJRJ. Jurisprudência desta Cor-

te. Negado provimento ao recurso. 0062978-18.2017.8.19.0000 Agravo de Instrumento. Des.^a CLÁUDIA TELLES DE MENEZES - Julgamento: 05/12/2017. Quinta Câmara Cível.” (Sublinhamos).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DECISÃO AGRAVADA QUE CONCEDEU A TUTELA DE URGÊNCIA PRETENDIDA, PARA DETERMINAR QUE O RÉU, ORA AGRAVANTE, FORNEÇA À PARTE AUTORA, ORA AGRAVADA, FRALDAS GERIÁTRICAS E UMA CUIDADORA POR 24 HORAS. NÃO PROCEDE A IRRESIGNAÇÃO MANIFESTADA PELO ENTE PÚBLICO, QUE INSISTE EM SUSTENTAR A MESMA TESE, JÁ POR TANTAS VEZES REPELIDA PELA JURISPRUDÊNCIA DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DE TRIBUNAIS SUPERIORES, PORQUANTO O DEVER DE ASSEGURAR EFICÁCIA AOS DIREITOS PRESTACIONAIS ADVÉM DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DO PRÓPRIO DEVER DE SOLIDARIEDADE, COMO JÁ RESSALTADO, EM PRESTÍGIO AO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE, DADA A RELEVÂNCIA DO DIREITO TUTELADO. APLICAÇÃO, NO CASO DOS AUTOS, DO VERBETE DA SÚMULA Nº 59, DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA, LEVANDO-SE EM CONTA, INCLUSIVE, A DISPONIBILIZAÇÃO, PELA MUNICIPALIDADE, DO CUIDADOR DOMICILIAR TREINADO PELA SECRETARIA DE SAÚDE DAQUELE MUNICÍPIO,

APÓS A INTIMAÇÃO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL, PARA A PRESTAÇÃO DA ASSISTÊNCIA PLEITEADA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 0027357-91.2016.8.19.0000 AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des. LUIZ FELIPE MIRANDA DE MEDEIROS FRANCISCO. Julgamento: 28/06/2016. NONA CÂMARA CÍVEL.” (Sublinhamos).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. TUTELA DIREITOS HUMANOS PESSOA COM DEFICIÊNCIA TRANSTORNO MENTAL DEGENERATIVO IRREVERSÍVEL. DECISÃO AGRAVADA QUE DEFERE O CUSTEIO DE CUIDADOR, EM TEMPO INTEGRAL, PELO MUNICÍPIO DE RESENDE. INCONFORMISMO CALCADO, ESSENCIALMENTE, NO ART. 19-I DA LEI Nº 8.080/90 C/C PORTARIA SUS Nº 2.529/2006, RESERVA DO POSSÍVEL E NA VEDAÇÃO À CONCESSÃO DE LIMINARES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. DESCABIMENTO. NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS QUE, NO CONTEXTO, NÃO FORAM RECEPCIONADAS PELO NOVO CATÁLOGO DE DIREITO FUNDAMENTAIS, RESULTANTE DA INCORPORAÇÃO DA CONVENÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA COM STATUS DE NORMA CONSTITUCIONAL (ART. 5º, §3º DA CF). CONVENÇÃO CUJA MENS LEGIS EVIDENCIA A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO ESPECIAL AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA, EM ESPECIAL DAQUELES QUE REQUEREM MAIOR APOIO, COMO NA HIPÓTESE,

QUE ENVOLVE PESSOA CARENTE DE RECURSOS FINANCEIROS PARA ARCAR COM O PAGAMENTO DE HONORÁRIOS DE PROFISSIONAIS ESPECIALIZADOS DE APOIO, SEM PREJUÍZO DO PRÓPRIO SUSTENTO. OS FATOS E FUNDAMENTOS EXPOSTOS PELA AUTORA CONFEREM VEROSSIMILHANÇA À PRETENSÃO (ART. 273 DO CPC). INCIDÊNCIA DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL SINTETIZADA NA SÚMULA Nº 59 DO TJRJ. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, COM BASE NO ART. 557, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 0020006-04.2015.8.19.0000 AGRAVO DE INSTRUMENTO Des(a). MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA COSTA. Julgamento: 30/04/2015. Quarta Câmara Cível.” (Sublinhamos).

28. Vale observar que, na data de hoje, a promulgação da Carta Republicana de 1988, completa 30 (trinta) anos, 04 (quatro) meses e 01 (um) dia, mas as alegações do Estado (em sentido amplo) permanecem as mesmas, enquanto a população continua sofrendo os desastrosos efeitos das políticas aplicadas e defendidas com apoio em dispositivos constitucionais e legais, que não dizem o que se pensa, e de cláusulas e princípio afastados pelo Direito Constitucional e Administrativo contemporâneos.

29. No que concerne ao art. 230 da Carta Magna, mencionado no d. voto vencedor para justificar a negativa do serviço, ante a obrigação dos familiares no cuidado ao idoso, a situação da agravada, de total dependência (frise-se, ain-

da uma vez...), exige a observância de políticas públicas, até porque não há, nos autos, nenhuma prova de que a família tenha como que descurado da anciã, pretendendo jogar sobre os ombros do Estado toda a carga do trabalho.

30. Além disso, o próprio recurso ao Poder Judiciário demonstra esse cuidado.

31. Francamente, entender em sentido contrário, pode equivaler a, de plano, antecipadamente, excluir a responsabilidade da Pública Administração, assim negando vigência à primeira parte do próprio art. 230, referenciado acima, o que caracteriza agravo à Constituição da República.

32. Por fim, o fato de, na sessão de 30 de janeiro de 2019, essa c. Câmara haver julgado em sentido contrário (agravo de instrumento nº 0059320-49.2018.9.19.0000), inclusive com meu voto (como segundo vogal), em nada condiciona o presente julgamento, porquanto, ali, o voto condutor manteve, pelo menos, a concessão do serviço de fisioterapia domiciliar a pessoa acometida de Doença de Parkinson, enquanto, nos presentes autos, nada, absolutamente nada, foi concedido.

33. Ao longo daquele processo, o autor, lá agravante, ao menos terá algum suporte do Município.

34. Logo, a referência que fecha o d. voto vencedor trata de hipótese distinta, não sendo demais frisar que, tendo eu votado como segundo vogal, se imprecisão houve, agora o d. redator do acórdão concede-me a honra de me corrigir, dele divergindo, na medida em que a decisão deixa a agravada em total desamparo do Município.

35. São esses os motivos que me levaram a divergir do d. voto vencedor, para conhecer do recurso, rejeitar a preliminar e desprovê-lo.

Rio de Janeiro, 06 de fevereiro de 2019.

DES. GILBERTO CAMPISTA GUARINO

Relator, vencido

PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. PENSIONAMENTO DE FILHAS MENORES EM 20% DO VALOR DA RESCISÃO. DEPÓSITO FEITO EM DUPLICIDADE POR EQUÍVOCO. RESTITUIÇÃO DO VALOR INDEVIDO NEGADO. ALEGAÇÃO DE RECEBIMENTO DE VERBA DE BOA-FÉ. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. RECURSO NEGADO. VOTO VENCIDO.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PAGAMENTO A MAIOR DE PERCENTUAL SOBRE VERBA ALIMENTAR DEVIDA POR OCASIÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO DO ALIMENTANTE. INCONTROVERSO NOS AUTOS QUE A MARGEM SOBRE OS ALIMENTOS FOI DEVIDAMENTE DEPOSITADA BEM COMO A REPRESENTANTE LEGAL DAS ALIMENTADAS FOI DEVIDAMENTE NOTIFICADA ACERCA DO EQUÍVOCO E DA NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR. PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS. MITIGAÇÃO. VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. A RESTITUIÇÃO DO VALOR RECEBIDO A MAIS INDEPENDE DA EXISTÊNCIA DE BOA-FÉ NO SEU RECEBIMENTO,

DE MODO QUE, INVIABILIZAR A DEVOLUÇÃO PRETENDIDA EQUIVALE A PROPICIAR O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA, O QUE SE BUSCA EVITAR COM O VERDADEIRO SENTIDO DA DEVOLUÇÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0045711-89.2015.8.19.0004, tendo como Apelante: Cátia Regina da Silva Eyer Rocha e Apelado: Petróleo Brasileiro S A PETROBRAS.

Acordam os Desembargadores da Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de

votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o Des. JUAREZ FERNANDES FOLHES, que dava provimento ao recurso

PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS propõe ação de cobrança em face de Catia Regina da Silva Eyer Rocha, alegando que promover plano de demissão voluntária de seus empregados, dentre eles o ex-marido da autora que tinha o dever de pensionar as filhas menores, e em razão e ofício do Juízo de Família promoveu o depósito na conta da ré referente aos 20% do valor da rescisão, ocorrendo posteriormente em duplicidade novo depósito deste valor, por equívoco de datas de demissão, assim contratou a ré para devolução, que se negou, pleiteia a devolução do valor de R\$ 40.835,91.

Com a inicial acompanharam os documentos de f. 10/32.

Citada a ré oferece contestação a f. 73 e seguintes, alegando incompetência do Juízo em favor do Juízo da Família por se tratar de pensão alimentícia, ilegitimidade passiva pois as pensões eram das filhas menores, que acreditou tratar-se de procedimento normal, que não acompanhou o procedimento do plano de demissão, que agiu de boa-fé, o que afasta a obrigação de devolução, pugnando pela improcedência do pedido.

Audiência conciliação a f. 81, sem acordo.

A sentença julgou procedente o pedido, extinguindo o feito na forma do art. 487, I do CPC, para condenar a ré a devolver o valor de R\$ 40.835,91, com juros de mora da citação e correção monetária do depósito. No mais, condenou a ré nas custas processuais e honorários advocatícios que foram fixados em 10% sobre o valor da condenação, suspendendo a cobrança na forma do p. 3º do art. 98 do CPC.

Apela a parte ré conforme razões a f. 93/98, pugnado pela reforma da sentença e o provimento do seu recurso. Preliminarmente, pugna, pela ilegitimidade passiva da ré eis que em sendo a representante legal das alimentadas não é a titular do direito que gerou a cobrança, mormente em sede de obrigação alimentar quando o representado o é em razão de direito indisponível de parentesco que vincula as partes na relação de representação. Salienta que o dinheiro fora depositado em conta em seu nome (representante legal) por ser essa a forma legal de se desincumbir o alimentante de sua obrigação, mas isto nunca terá o condão de transferir a titularidade do direito ou do patrimônio.

Continua aduzindo, que sequer foi determinada a inclusão das menores no polo passi-

vo da demanda pelo Juízo a quo, o que por si só já determinada a nulidade da sentença ora impugnada, pois fixou obrigação de restituir em desfavor da ré, quando a quantia foi paga às menores, infringindo o princípio da pertinência subjetiva que deve imperar nas lides em direito pátrio.

Alega ainda a incompetência do juízo haja vista que a cobrança envolve verbas alimentares de modo que devia ser conhecida pelo juízo de família.

No mérito, aduz que o caráter alimentar da verba cuja devolução é pleiteada é incontroverso, sendo certo que daí decorre a incidência do princípio de serem irrepetíveis verbas pagas a título de alimentos. Não fosse isso, alega que não há que se cogitar da ausência de boa-fé das alimentadas, posto que não tiveram acesso ao valor que fora recebido pelo alimentante quando de sua demissão, não tendo condições de aferir se estavam corretos os valores depositados de forma que os valores foram recebidos e utilizados como verba de caráter alimentar e de boa-fé. Desse modo, se alguma irregularidade houve no uso da verba deve ser objeto de questionamento pelo Ministério Público ou pelo alimentante no próprio Juízo de Família que fixou a obrigação, pois estaria vinculado à administração de direitos de incapazes.

Por fim, assevera que a hipótese não se trata de enriquecimento sem causa, posto que a verba foi depositada em decorrência de obrigação alimentar, existente em razão de decisão judicial da 3ª Vara de Família de São Gonçalo. Nesse tocante ressalta que sequer poderia a parte alimentada supor tratar-

-se de duplicidade de pagamentos posto que o primeiro depósito fora de R\$ 40.835,91 (f. 35 - 24/06/2014) e o segundo de R\$ 42.149,27 (f. 25 – 30/07/2014). Os depósitos foram de valores diferentes em data diferente, a parte alimentada não teve acesso ao valor total da rescisão de contrato de trabalho do alimentante, bem como não é a ré titular do valor depositado em favor de suas filhas menores, ou seja, a lide foi posta para pretender a devolução do primeiro depósito, tendo a sentença determinado a devolução do primeiro depósito realizado, em valor hoje reconhecido como menor do que o devido - f. 23 - rescisão de verba alimentar.

Ato ordinatório a f. certifica que o recurso é tempestivo e as custas não foram recolhidas face a gratuidade de justiça.

Em contrarrazões a f. 103/105, pugna o apelado pela manutenção da sentença. No mérito, aduz que não se pode dar guarida à alegação que teria havido pagamento de verba alimentar tendo em vista que a autora tentou cobrar a ré imediatamente após constatar o pagamento em duplicidade, sendo que a Sr^a Cátia Regina, apesar de ter recebido telegrama enviado pela Petrobras (f. 27 e 31/32), não quis se manifestar.

É a síntese do necessário.

Ab initio, destaca-se que aplicar-se-á ao presente, no que couber, as disposições contidas no Novo Código dos Ritos (Lei nº 13.105/2015) em vigor a partir do dia 18/03/2015, a luz do que preceitua o art. 1046, caput, do NCPC, vejamos:

Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Cód-

go, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

A hipótese cuida de ação de cobrança de valores em razão de pagamento a maior de percentual sobre verba alimentar devida por ocasião de rescisão de contrato de trabalho do alimentante.

Vale explicitar que diante do plano de demissão voluntária de seus empregados a empresa autora, por ordem do juízo de família, promoveu o depósito na conta da ré, representante legal das alimentadas, referente a 20% do valor da rescisão do empregado alimentante, ocorrendo posteriormente em duplicidade novo depósito, por equívoco de datas de demissão, mas em que pese ter perseguido junto a ré/apelada a devolução dos valores, a mesma ficou-se inerte.

A sentença julgou procedente o pedido, pois considerou que acolher o argumento da ré de que teria recebidos os valores de boa-fé estaria-i-a propiciando o enriquecimento sem causa da mesma, não sendo nem legal tampouco moral a retenção de valores que não lhe eram devido e integraram o seu patrimônio por ocasião de erro sistêmico.

Preliminarmente, relevante dizer que não merece acolhimento o pleito de ilegitimidade do juízo cível no julgamento da lide uma vez que a cobrança não se volta sobre os valores devidos por fixação de pensão alimentícia, mas sim por erro de repasse. Ou seja, o percentual destinado ao pagamento dos alimentos foi devidamente depositado e recebido e tal ponto resta incontroverso nos autos.

Também não se pode declarar a ilegitimidade da representante legal posto que é a própria quem representa as alimentadas para os fins alimentares e estas, em razão da incapacidade que lhes reveste, não podem exercer.

No mérito, não assiste razão a apelante.

O artigo 876, primeira parte, do Código Civil, elucida que “todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir”, portanto, repetição do indébito constituiu-se na cobrança de valores pagos quando estes não eram devidos, portanto a ação de repetição de indébito é a medida processual na qual se pleiteia a devolução de quantia paga indevidamente.

Como sabido, os alimentos são em regra, irrepetíveis, ou seja, não são passíveis de restituição por se tratarem de prestação pecuniária que visa a sobrevivência da pessoa, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que, o princípio da irrepetibilidade do pagamento de verba alimentar, mencionado pela demandada, não é uma regra absoluta, tendo em vista um postulado maior que veda o enriquecimento sem causa tal entendimento não é absoluto e pode ser questionado.

Ora, o argumento sustentado pela representante de que recebeu os valores de boa-fé uma vez que não teve acesso ao valor que foi recebido pelo alimentante por decorrência da rescisão do contrato de trabalho, não prospera na medida que a mesma foi comunicada acerca do equívoco, no entanto, preferiu omitir-se.

Nesse sentido, cabe asseverar que a empresa autora/apelada enviou telegrama ao endereço da representante legal (f. 15, 27, 31 e 32), com a finalidade de sanar o equívoco e obter a restituição dos valores, no entanto, somente por meio da presente demanda pôde rever a questão com a recebedora.

Assim, restando incontestável o valor recebido pela parte demandada uma vez que a própria sequer refutou o recebimento de tais valores, a restituição do que foi recebido a maior independe da existência de boa-fé no seu recebimento, de modo que, inviabilizar a devolução pretendida equivale a propiciar o enriquecimento sem causa, o que se busca evitar com o verdadeiro sentido da devolução.

Nesse sentido:

0000160-03.2014.8.19.0043 - APELAÇÃO

1ª EMENTA

Des(a). MARCO ANTONIO IBRAHIM - Julgamento: 06/11/2015 - Quarta Câmara Cível

Direito de Família. Ação de repetição de indébito cumulada com indenizatória por danos morais. Ação ajuizada pelo alimentante pretendendo a repetição dos valores pagos em duplicidade a título de alimentos. Sentença de procedência parcial. Irresignação da parte ré. Princípio da irrepetibilidade dos alimentos. Mitigação. Vedação do enriquecimento sem causa. Precedentes jurisprudenciais. Recurso a que se nega seguimento.

0037651-52.2009.8.19.0000 (2009.002.31315) - AGRAVO DE INSTRUMENTO

1ª EMENTA

DES. FERDINALDO DO NASCIMENTO - Julgamento: 12/01/2010 - Décima Nona Câmara Cível - AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS. POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DA VERBA ALIMENTAR. O agravante sofreu descontos em sua folha de pagamento concernentes a alimentos reativos que já haviam sido depositados. A genitora dos menores confirma que eram realizados depósitos, no entanto, em valores inferiores ao efetivamente devido. Embora a regra no ordenamento jurídico pátrio seja o princípio da não compensação dos alimentos, o caso afigura-se excepcionalíssimo exemplo de possibilidade de flexibilização desse preceito, sob pena de enriquecimento indevido do alimentando, que receberia a prestação alimentar em duplicidade. Precedentes desta Corte e do STJ. A questão pendente de apuração contábil, a fim de verificar a real existência de diferença entre os valores descontados na folha de pagamento e àqueles efetivamente depositados pelo alimentante. Apurado crédito em favor do agravante, faz-se imperiosa a compensação dos valores, de modo a evitar um enriquecimento sem causa, diante do pagamento duplamente realizado. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.

Portanto, é devida a restituição de forma simples dos valores depositados em duplicidade.

Assim, escoreita a sentença de procedência, razão pela qual merece ser mantida.

Pelo exposto, vota-se em negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 13 de junho de 2017.

DES. GUARACI DE CAMPOS VIANNA

Relator

VOTO VENCIDO

APELAÇÃO CÍVEL. ALIMENTOS PAGOS EM DUPLICIDADE POR ERRO DA EMPREGADORA (PETROBRAS) POR OCASIÃO DO DEPÓSITO DO PERCENTUAL ALIMENTAR INCIDENTE SOBRE VERBAS RESCISÓRIAS. AÇÃO DA EMPREGADORA DO ALIMENTANTE (PETROBRAS) OBJETIVANDO A DEVOLUÇÃO DO SEGUNDO VALOR DEPOSITADO. AÇÃO DIRECIONADA CONTRA A GENITORA DOS MENORES, EMBORA ESTES FOSSEM OS TITULARES DA VERBA. EM CONTESTAÇÃO A RÉ ALEGA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL, APONTANDO O JUÍZO FAMILIAR COMO COMPETENTE, ALÉM DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM E, NO MÉRITO, NEGA A OBRIGAÇÃO DE DEVOLVER A VERBA ALIMENTAR PAGA A MAIOR E PEDE A IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA AFASTANDO AS PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA E ILEGITIMIDADE PASSIVA E ACOLHENDO O PEDIDO PARA CONDENAR A RÉ A DEVOLVER À PETROBRAS A QUANTIA DE R\$ 40.835,91. APELAÇÃO DA RÉ INSISTINDO NO ACOLHIMENTO DAS PRELIMINARES E CONSEQUENTE NULIDADE DO PROCESSO E, NO

MÉRITO, ENFATIZANDO QUE O PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DEVE SER JULGADO IMPROCEDENTE EM RAZÃO DA IRREPETIBILIDADE DA VERBA ALIMENTAR. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM SEGUNDO GRAU OPINANDO PELO ACOLHIMENTO DAS PRELIMINARES E CONSEQUENTE NULIDADE DO PROCESSO E, NO MÉRITO, OPINANDO PELO ACOLHIMENTO DA APELAÇÃO COM A REFORMA DA SENTENÇA PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO AUTORAL. ACÓRDÃO QUE, POR MAIORIA, REJEITOU AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, MANTEVE A SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. VOTO VENCIDO DESTA VOGAL PELO ACOLHIMENTO DAS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DA AUTORA (PETROBRAS) PELAS RAZÕES QUE SE SEGUEM. SUSTENTAMOS, TAL QUAL O MINISTÉRIO PÚBLICO DE 2º GRAU, QUE O PROCESSO DEVE SER DECLARADO NULO DESDE O INÍCIO POR TRÊS RAZÕES. PRIMEIRO, PORQUE INOBTANTE A CAUSA ENVOLVER REPETIÇÃO DE VERBA ALIMENTAR DEPOSITADA EM DUPLICIDADE EM FAVOR DE ALIMENTÁRIOS MENORES, O MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO FOI CHAMADO PARA DIZER SE TERIA INTERESSE NO FEITO, SÓ VINDO DELE A TOMAR CONHECIMENTO AGORA, EM GRAU DE APELAÇÃO, QUANDO ENTÃO OPINOU, ACERTADAMENTE, PELA NULIDADE DO FEITO POR FALTA DE SUA PARTICIPAÇÃO. SEGUNDO, EM RA-

ZÃO DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA RÉ, EIS QUE A GENITORA DOS ALIMENTÁRIOS APENAS OS REPRESENTA LEGALMENTE, PELO QUE O PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DEVE SER DIRECIONADO CONTRA OS TITULARES DOS ALIMENTOS, ISTO É, CONTRA OS FILHOS. TERCEIRO, EM RAZÃO DA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL QUE DECIDIU O FEITO, EIS QUE, ENVOLVENDO A CAUSA VERBA ALIMENTAR, A COMPETÊNCIA, ABSOLUTA, É DO JUÍZO DE FAMÍLIA. COMO TAIS PRELIMINARES, INCOMPREENSIVELMENTE FORAM REJEITADAS PELA DOUTA MAIORIA, NO MÉRITO VOTEI PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SEGUEM AS RAZÕES. IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DO VALOR DEPOSITADO A MAIOR, FACE AO PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DE VERBA ALIMENTAR, SALVO COMPROVADA MÁ-FÉ. MÁ-FÉ DA REPRESENTANTE LEGAL DOS ALIMENTÁRIOS QUE SEQUER FOI ALEGADA NA PETIÇÃO INICIAL, MUITO MENOS PROVADA. PEDIDO FUNDAMENTADO TÃO APENAS NA ALEGAÇÃO DE QUE, CONSTATADO O ERRO, A EX-EMPREGADORA TENTOU REAVER O DEPÓSITO A MAIOR, SEM SUCESSO, DAÍ TER INGRESSADO COM ESTA AÇÃO, PEDINDO A DEVOLUÇÃO CALCADA NO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA MÃE DOS MENORES ALIMENTANDOS. CONFLITO DE INTERESSES. EM SE TRATANDO DE VERBA ALIMENTAR RECEBIDA A MAIOR POR ERRO DO EX-EMPREGA-

DOR DO ALIMENTANTE, O PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE PREVALECE SOBRE O PRINCÍPIO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO, SALVO COMPROVADA MÁ-FÉ DO ALIMENTÁRIO, O QUE AQUI SEQUER FOI ALEGADO, MUITO MENOS PROVADO. SENDO A BOA-FÉ PRESUMIDA, CABERIA À EX-EMPREGADORA ALEGAR E COMPROVAR QUE A MÃE DOS MENORES RECEBEU A VERBA DE MÁ-FÉ, O QUE NÃO LOGROU ÊXITO. RÉ, PESSOA HUMILDE, RESIDENTE EM SÃO GONÇALO E ASSISTIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA, QUE CONHECIA APENAS O PERCENTUAL ALIMENTAR (20%), DESCONHECENDO, PORÉM, O VALOR TOTAL DAS VERBAS RESCISÓRIAS, PELO QUE NÃO PODERIA SABER O VALOR CORRETO CORRESPONDENTE A 20% A SER DEPOSITADO, O QUE JUSTIFICA SUA ALEGAÇÃO DE QUE NADA VIU DE IRREGULAR NO SEGUNDO DEPÓSITO, MESMO PORQUE EM VALOR DIVERSO DO PRIMEIRO. DIANTE DA FALTA DA NECESSÁRIA COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ NO RECEBIMENTO DE VERBA ALIMENTAR, DEVE PREVALECER O PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE ALIMENTOS SOBRE O PRINCÍPIO QUE VEDA O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

POR TAIS MOTIVOS ESTE VOGAL, FAZENDO CORO COM O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE 2º GRAU, VOTA PELO PROVIMENTO DO APELO DA RÉ PARA QUE SEJAM ACOLHIDAS AS PRELIMINARES SUSTENTADAS NA

APELAÇÃO DOS MENORES AUTORES E, CONSEQUENTEMENTE, DECLARADA A NULIDADE DO PROCESSO AB INITIO. E, NO MÉRITO, PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DA VERBA ALIMENTAR PAGA A MAIOR (DUPLICIDADE DE PAGAMENTO) POR ERRO DO EMPREGADOR DO ALIMENTANTE, JÁ QUE O CARÁTER ALIMENTAR DA VERBA IMPEDE A REPETIÇÃO, SALVO COMPROVADA MÁ-FÉ, O QUE AQUI SEQUER FOI ALEGADO.

A empresa empregadora do alimentante (Petrobras) pretende receber da genitora das menores alimentárias a devolução do valor correspondente a um segundo depósito bancário, eis que por erro da própria autora fora feito em duplicidade, sendo ambos os depósitos relativos à verba alimentar devida em razão da rescisão do contrato de trabalho do alimentante.

Sentença julgando procedente o pedido. Rejeição da arguição de ilegitimidade passiva, sob o argumento de que os valores foram creditados na conta da representante legal das menores, sendo esta a responsável pela administração dos valores. Rejeição da alegação de incompetência, vez que a ação é de cobrança contra a representante dos menores e não contra estes. No mérito, entendeu que a boa-fé da ré não poderia servir de argumento, pois assim estar-se-ia propiciando o seu enriquecimento sem causa.

Apelação da Ré. Preliminares de ilegitimidade passiva e de incompetência, insistindo no argumento de que a representante legal não era a titular do direito alimentar e que o

juízo civil não seria o competente, mas sim o da ação de alimentos (3ª Vara de Família de São Gonçalo). No mérito, sustenta que, tendo a verba caráter alimentar, esta é irrepetível, eis que as alimentadas receberam a verba de boa-fé, além de não se tratar de enriquecimento sem causa, já que a verba foi depositada em razão de decisão judicial da 3ª vara de família de São Gonçalo e a ré desconhecia o valor correto a ser depositado. Requer a nulidade da sentença, reconhecendo-se a ilegitimidade passiva e a incompetência do juízo e, caso ultrapassadas estas preliminares, a improcedência do pedido.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM 2º GRAU pugnando pela nulidade do processo ab initio, entendendo que a verba paga em duplicidade tem caráter alimentar e por isso devem figurar no polo passivo os credores da obrigação, isto é, os filhos, e não a genitora, bem como sustenta que a falta da necessária intervenção do ministério pública acarretou prejuízo aos menores, pelo que deve o feito ser anulado para garantir a necessária intervenção do ministério público. Superadas tais preliminares, opinou no mérito, pela improcedência do pedido sustentando que “O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência iterativa quanto à irrepetibilidade e incompensabilidade dos alimentos devidos.” (f. 121/129 - índice 000121)

Acórdão, por maioria, rejeitando as preliminares e negando provimento à apelação, considerando que a restituição do que foi recebido a maior independe da existência de boa-fé no seu recebimento, e inviabilizar a devolução equivale a propiciar o enriquecimento sem causa.

Voto vencido direcionado ao provimento da apelação. Acolhimento das preliminares. Nulidade da sentença, tendo em vista a ilegitimidade passiva da ré, posto que é apenas a representante legal das titulares da verba a repetir, bem como há que se reconhecer a incompetência do juízo cível, já que a causa envolve pedido de devolução de verba alimentar cujo depósito se deu em cumprimento de sentença prolatada no juízo da 3ª vara de família de São Gonçalo. Princípio da perpetuatio jurisdictionis. Ademais, se trata de interesse de menores, eis que a verba cuja devolução se pleiteia tem por titular os dois menores alimentandos, do que resulta a necessária intervenção do ministério público, a teor do art. 279 do CPC. Caso superadas as preliminares, voto pelo provimento da apelação. Incontroverso se tratar de verba de cunho eminentemente alimentar, tanto o primeiro quanto o segundo depósito. Evidentemente não muda a natureza alimentar do segundo depósito o fato deste ter sido feito por erro do ex-empregador (Petrobras), responsável pelo desconto e depósito da verba. Pretensão de devolução de valores pagos a título de verba alimentar por erro (no caso, do empregador, sem qualquer intervenção da ré) que é vedada por força do princípio da irrepetibilidade da verba alimentar, decorrente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, salvo se houver comprovação de má-fé. Acervo probatório (documentos) restrito à comprovação do erro da ex-empregadora no segundo depósito, o que, claramente, não demonstra a má-fé da demandada. Aliás, é muito importante observar que sequer constou da petição inicial uma única linha atribuindo à ré má-fé no episódio. Basta ler a petição inicial para se constatar que o pedido

está calçado tão só no princípio que veda o enriquecimento sem causa, sob o fundamento de que houve o pagamento a maior e a demandada, instada a fazer a devolução, se manteve inerte. Ora, alimentos recebidos a maior sem comprovada má-fé (a boa-fé se presume) são irrepetíveis.

Não se trata de negar vigência ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa, positivado no Novo Código Civil (arts. 884 a 886), mas sim de ponderar sobre conflito de interesses. E quando isso ocorre, deve prevalecer aquele de maior relevância, e sem dúvida o princípio da irrepetibilidade de verba alimentar tem preponderância sobre o do enriquecimento sem causa, salvo comprovada má-fé no seu recebimento. Essa preponderância, evidentemente, resulta da própria natureza da verba, que se destina a suprir a subsistência, por essa mesma razão reclamando as regras sobre alimentos interpretação favorável aos alimentandos.

Por tudo isso, votei pela improcedência do pedido da autora (PETROBRAS), reformando-se a sentença e invertendo-se o ônus da sucumbência, eis que vencidas as preliminares.

RAZÕES DO VOTO

Trata-se de sentença, proferida nos autos da ação “de cobrança”, ajuizada por Petróleo Brasileiro S.A. PETROBRAS em face de Cátia Regina da Silva Eyer Rocha, que julgou procedente o pedido considerando que “Não se trata de verba alimentar que não se repete, mas de simples erro, pois a pensão que era devida foi creditada no momento oportuno.” (f. 85/86 - índice 000085).

Apelação da ré, através do nobre Defensor Público, a f. 93/98 (índice 000093), alegando: que restaram incontroversos nos autos a titularidade da verba paga e o caráter alimentar da verba discutida; que ao não acolher a preliminar de não ser a ré a titular do dinheiro ora reclamado, incorreu em erro o D. Magistrado a quo, posto que nunca há de se inferir que o representante legal seja titular de direito, mormente em sede de obrigação alimentar quando o representado o é em razão de direito indisponível de parentesco que vincula as partes na relação de representação; que o dinheiro fora depositado em conta em nome da representante legal por ser essa a forma legal de se desincumbir o alimentante de sua obrigação, mas isto nunca terá o condão de transferir a titularidade do direito ou do patrimônio; que sequer foi determinada a inclusão das menores no polo passivo da demanda pelo Juízo a quo, o que por si só já determinada a nulidade da sentença ora impugnada, pois fixou obrigação de restituir em desfavor da ré, quando a quantia foi paga às menores; que mister declarar nula a Sentença por não terem sido acolhidas as preliminares de ilegitimidade passiva e incompetência, estando ambas flagrantemente comprovadas pela natureza alimentar da verba paga; que o caráter alimentar da verba cuja devolução é pleiteada pela autora da ação é incontroverso, sendo certo que daí decorre a incidência do princípio de serem irrepetíveis verbas pagas a título de alimentos; que sequer há que se cogitar da ausência de boa-fé das alimentadas, posto que não tiveram acesso ao valor que fora recebido pelo alimentante quando de sua demissão, não tendo condições de aferir se estavam corretos os valores depositados; que as alimentadas re-

ceberam os valores, tendo-os utilizado como verba de caráter alimentar, agindo de boa-fé; que mesmo que fosse ultrapassada a preliminar de ilegitimidade - o que soa absurdo, outra sorte não teria a lide, posto se tratar de verba alimentar e, conseqüentemente, irrepêtil; que não se trata de enriquecimento sem causa, posto que a verba foi depositada em decorrência de obrigação alimentar, existente em razão de decisão judicial da 3ª Vara de Família de São Gonçalo; que sequer poderia a parte alimentada supor tratar-se de duplicidade de pagamentos, posto que o primeiro depósito fora de R\$ 40.835,91 e o segundo de R\$ 42.149,27; que a lide foi posta para pretender a devolução do primeiro depósito, tendo a sentença determinado a devolução do primeiro depósito realizado, em valor hoje reconhecido como menor do que o devido.

Finalizou requerendo o provimento "... para, primeiramente, reconhecer a ilegitimidade passiva e a incompetência de juízo e, caso ultrapassadas estas, julgar improcedente o pedido de repetição de verba alimentar supostamente paga às alimentadas menores em duplicidade na forma dos ditames legais pertinentes."

Com todo o respeito à douta maioria, que entendeu em negar provimento à apelação, usei dela divergir no sentido de dar provimento à apelação, pelas razões que se seguem.

Entendeu a douta maioria pelo provimento da apelação da ré, a fim de que a mesma restitua de forma simples os valores depositados em duplicidade, ao entendimento de que "... restando incontestável o valor recebido pela parte demandada uma vez que a própria

sequer refutou o recebimento de tais valores, a restituição do que foi recebido a maior independe da existência de boa-fé no seu recebimento, de modo que, inviabilizar a devolução pretendida equivale a propiciar o enriquecimento sem causa, o que se busca evitar com o verdadeiro sentido da devolução."

No entanto, *in casu*, discordei de meus pares no sentido de se dar provimento à apelação para o fim de se acolher as preliminares de ilegitimidade passiva e incompetência do juízo, declarando-se, conseqüentemente, nula a sentença, mesmo porque, conforme muito bem sustentou o Ministério Público em seu parecer de f. 121/129 (índice 000121), não foi dada oportunidade do Ministério Público se manifestar no feito, só vindo dele a ter conhecimento, agora, em grau de apelação, com evidente prejuízo aos autores, menores alimentários, constituindo-se essa omissão, por si só, motivo já suficiente para o reconhecimento da nulidade do processo.

Verifica-se que na 3ª Vara de Família de São Gonçalo, no processo nº 0009801-11.2009.8.19.0004, foram fixados, por sentença, alimentos em favor das duas filhas menores do ex-empregado da autora. Com a adesão do alimentante ao Plano de Incentivo de Demissão Voluntária e em cumprimento ao estabelecido por aquele juízo, a PETROBRAS, empregadora do alimentante, efetuou o primeiro depósito na conta da representante legal das menores, ora ré, a título de verbas rescisórias devida às alimentadas, no valor de R\$ 40.832,91, em 24/06/2014 (f. 29, índice 0014). Seis dias após, mais precisamente em 30/06/2014 (f. 25, índice 0014), foi feito o segundo depósito, no valor de R\$ 42.149,27.

Como o depósito em duplicidade também foi depositado na conta de titularidade da representante legal das alimentadas em cumprimento de sentença que fixou a obrigação alimentar do ex-empregado relativamente às suas filhas, conforme decidido na ação que tramitara na 3ª Vara de Família de São Gonçalo, este deveria ser o juízo competente para apreciar a demanda, que envolve questão referente a cumprimento de sentença, em atendimento ao princípio da perpetuatio jurisdictionis, a teor do art. 43 do CPC:

“Art. 43. Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.”

No mesmo sentido o seguinte julgado desta Corte:

0056302-25.2015.8.19.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa - Des(a). AUGUSTO ALVES MOREIRA JUNIOR - Julgamento: 14/03/2017 - Oitava Câmara Cível - AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. AÇÃO ORIGINÁRIA PROPOSTA PERANTE O JUÍZO DA VARA DA INFÂNCIA, DA JUVENTUDE E DO IDOSO DA COMARCA DE CAMPOS DOS GOYTACAZES, ORA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DEMANDANTE, ORA AGRAVANTE, QUE ALCANÇOU A MAIORIDADE NO CURSO DA LIDE, SENDO QUE O JUÍZO DECLINOU DA COMPETÊNCIA PARA UMA DAS VARAS CÍVEIS DA MESMA

COMARCA. A COMPETÊNCIA É FIRMA-DA NO MOMENTO EM QUE A AÇÃO É PROPOSTA. PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 87 E 475-P DO CPC DE 1973, VIGENTES À ÉPOCA DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. PRECEDENTES DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA COLETA CORTE DE JUSTIÇA ESTADUAL. DECISÃO QUE MERECE SOFRER REFORMA. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

Seguindo essa linha de raciocínio, como a verba em referência trata incontroversamente de verba alimentar devida às filhas menores do ex-empregado, F.E.R. e C.E.R., e não à sua genitora, Cátia Regina da Silva Eyer Rocha, ora ré nesta ação de cobrança, conclui-se pela ilegitimidade passiva da mesma, a qual não é a titular da verba cuja repetição a autora PETROBRAS pretende, mas tão somente a representante legal delas, não sendo a circunstância de os valores terem sido creditados na sua conta suficiente para considerá-la como tal, tendo a ré, inclusive, indicado corretamente o sujeito passivo em sua contestação, em atendimento ao exposto no art. 339 do CPC:

“Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.”

Veja-se, a respeito, o seguinte aresto:

0003237-70.2015.8.19.0209 - APELAÇÃO - 1ª Ementa - Des(a). PEDRO FREIRE RAGUENET - Julgamento: 09/05/2017

- VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL - Família. Revisão de alimentos. Pretensão de exoneração de pagamento de horário extensivo da filha em instituição escolar. Improcedência. Irresignação. Ilegitimidade passiva que se reconhece de ofício. Demanda que era de ser formulada apenas em relação à filha da autora, sob a guarda do genitor. Ausência de pedido em face de filho menor. Extinção do feito sem resolução do mérito, em relação ao mesmo, nos termos do art. 267, VI, do CPC/73. Fixação dos alimentos que deve ser norteada pelo trinômio necessidade x possibilidade x proporcionalidade. Obrigação alimentar fixada por acordo. Genitora que se obrigou ao pagamento de mensalidades, matrícula e uniforme escolar. Ausência de comprovação de ocorrência de elementos, ou fatos, exteriores à vontade da autora, que possam ser reconhecidos como causando seu empobrecimento em relação à situação ostentada quando da fixação do pensionamento. Apelante que deixou de comprovar alteração da necessidade da filha em permanecer em instituição de ensino em horário prolongado. Obrigação que se mantém. Reforma parcial da sentença, ex officio. Extinção também parcial do feito sem resolução do mérito, ante à ilegitimidade passiva. Desprovemento do remanescente do apelo.

Necessária, ainda, a participação do Ministério Público, cuja intervenção seria obrigatória em razão de envolver a causa pedido de repetição de alimentos destinados a filhas menores, a teor do art. 178, II, do CPC:

“Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hi-

póteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: (...)”

“II - interesse de incapaz; (...)”

Ausente a intimação do Ministério Público, há vício de forma, impondo-se, como bem sustentou o MP de 2º grau em seu parecer, a nulidade do feito, conforme previsto no art. 279 do CPC:

“Art. 279. É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.”

Superadas as preliminares, discordo dos meus pares para, adentrando o mérito, votar pelo provimento à apelação.

Na inicial a autora alega que o marido da ré aderiu ao plano de demissão voluntária da empresa e, em atendimento à determinação do juízo da 3ª Vara de Família de São Gonçalo, procedeu ao depósito do valor correspondente a 20% das verbas rescisórias a serem recebidas pelas alimentadas, filhas do ex-empregado.

Entretanto percebeu, após conferência, que o depósito “...foi equivocadamente realizado em duplicidade na conta bancária de titularidade da Ré, da seguinte forma: o primeiro depósito foi realizado em 24/06/2014 e o segundo em 30/06/2014.”

Alegou, ainda, que após várias tentativas frustradas de contato com a ré por meio telefônico, enviou telegrama em 06/08/2014 (portanto mais de um mês após o fato) solicitando o comparecimento da ré à Petrobras com urgência, o que foi reiterado em 18/09/2014,

não sendo atendida, tendo, então, ingressado com a presente ação, “...no intuito de recompor situação injusta, da qual decorreu enriquecimento sem causa à ré.” Repita-se: com fundamento em enriquecimento sem causa, sem qualquer menção a ter ou não havido má-fé por parte da mãe dos menores.

Finalizou requerendo “... a condenação da Ré ao pagamento à Autora do valor histórico de R\$ 40.835,91 (quarenta mil, oitocentos e trinta e cinco reais e noventa e um centavos), com aplicação de juros moratórios e a correção monetária, de acordo com a Tabela da Corregedoria deste Tribunal de Justiça, contado de 24/06/2014, data do pagamento indevido à ré;(...)”.

Instruiu a inicial com os seguintes documentos: a) procuração; b) dados da ré; c) ofício da 3ª Vara de Família de São Gonçalo solicitando o termo de rescisão do ex-empregado e o valor das verbas rescisórias; d) ofício da Petrobras comunicando o depósito em favor da ré; e) termo de rescisão do contrato de trabalho; f) comprovante do depósito de R\$ 42.149,27 feito em 30/06/2014; g) primeiro telegrama enviado à ré em 06/08/2014 informando o depósito a maior de R\$ 40.835,91 e solicitando o comparecimento na Petrobras; h) comprovante do depósito (o primeiro realizado) de R\$ 40.835,91 em 24/06/2014; i) segundo telegrama enviado à ré no dia 18/09/2014 ratificando a necessidade de comparecimento urgente à Petrobras.

Frustrada a primeira audiência de conciliação designada, ante o comparecimento da ré sem advogado, tendo a mesma sido redesignada, não havendo acordo, com a autora

sustentando a tese de que não se trata de verba alimentar, mas sim devolução de valores, e se reportando aos termos da inicial.

Em contestação, a ré, pela Defensoria Pública, arguiu as preliminares de ilegitimidade passiva ad causam e incompetência do juízo, requerendo a nulidade do feito. No mérito, requereu a improcedência, aduzindo que se trata de verba alimentar, portanto irrepitível, e que as alimentadas receberam os valores e os utilizaram de boa-fé, sendo certo que os valores foram diversos, de R\$ 40.835,91 (primeiro depósito) e R\$ 42.124,97 (segundo depósito), não tendo a ré como saber qual o valor correto da verba alimentar, posto que desconhecia o valor das verbas rescisórias do ex-marido.

O ilustre juiz proferiu sentença antecipada, acolhendo o pedido de devolução, o que fez por ter reconhecido o enriquecimento sem causa, evidentemente tendo em conta tão apenas o alegado na inicial e a documentação com ela anexada, eis que não houve qualquer outra prova.

Feito esse breve histórico do feito, verifica-se que a autora não produziu qualquer prova no sentido da existência de má-fé por parte da ré, apta, em princípio, a mitigar o princípio da irrepitibilidade dos alimentos. Aliás, a simples leitura da inicial permite constatar que a PETROBRAS se limitou a fundamentar o pedido no enriquecimento sem causa da parte adversa caso não faça a devolução, em nenhum momento traz uma única linha sobre possível má-fé da ré no episódio em questão.

Com efeito, resta bem claro pela simples leitura da petição inicial que a autora circunstancia seus argumentos tão somente ao prin-

cípio do enriquecimento sem causa, tendo calçado sua peça: (1) no erro no depósito feito em duplicidade; (2) no inequívoco recebimento de duas verbas pela ré e (3) na comunicação do erro do depósito (ressalto, desde logo, mais de um mês após o segundo depósito). Ou seja, baseia sua pretensão tão apenas no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.

Note-se que o primeiro depósito foi feito em 24/06/2014 e o segundo em 30/06/2014, tendo a primeira comunicação se dado com o envio do telegrama em 06/08/2014, quase dois meses após o primeiro depósito, tendo o segundo telegrama sido remetido em 18/09/2014.

Conclui-se que não é possível a repetição, pois não é alegado ter a autora agido de má-fé, muito menos há qualquer prova nesse sentido, sendo certo que a boa-fé se presume, sendo ônus da autora comprovar a má-fé (que, aliás, sequer alegou), o que não logrou êxito.

Não se poderia presumir má-fé (que sequer foi alegada) se a ré desconhecia os valores que eram devidos, e sem a prova de má-fé não cabe devolver valor depositado a maior pela empresa empregadora a título de alimentos, depósito a maior em razão de erro exclusivo da empresa, sem qualquer participação da ré nesse episódio.

Cumprе ressaltar que não se nega a vigência ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa, entretanto, no confronto entre dois valores, deve prevalecer aquele de maior relevância, e sem dúvida o princípio da irrepetibilidade tem preponderância, considerando se tratar de verba alimentar.

Ou seja, deve prevalecer, no conflito entre os dois interesses protegidos (vedação ao enriquecimento ilícito, de um lado, e vedação à repetição de verba alimentar, de outro), aquele que favorece a parte mais fraca e necessitada, qual seja, as menores alimentárias.

Nesse sentido o entendimento do STJ:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. (I) EQUÍVOCO ADMINISTRATIVO. INEXIGIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ PELA SEGURADA. CARÁTER ALIMENTAR DO BENEFÍCIO. (II) INAPLICABILIDADE DO ART. 97 DA CF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Diante do caráter social das normas previdenciárias, que primam pela proteção do Trabalhador Segurado da Previdência Social, os pleitos previdenciários devem ser julgados no sentido de amparar a parte hipossuficiente.

2. Em face da natureza alimentar do benefício e a condição de hipossuficiência da parte segurada, torna-se inviável impor-lhe o desconto de seu já reduzido benefício, comprometendo, inclusive, a sua própria sobrevivência.

3. Em caso semelhante, a 1ª Seção/STJ, no julgamento do REsp. 1.244.182/PB, representativo de controvérsia, manifestou-se quanto à impossibilidade de restituição de valores indevidamente recebidos por servidor público quando a Administração interpreta erroneamente uma lei.

4. Não houve (e não há necessidade de) declaração, sequer parcial, de inconstitucionalidade dos arts. 115 da Lei nº 8.213/91, 273, § 2º, e 475-O, do CPC, sendo despropositada a argumentação em torno do art. 97 da CF.

5. Agravo Regimental desprovido.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA RURAL CASSADA. RESTITUIÇÃO DE PARCELAS PREVIDENCIÁRIAS PAGAS ADMINISTRATIVAMENTE. VERBA ALIMENTAR RECEBIDA DE BOA-FÉ PELA SEGURADA.

1- Não há a violação ao art. 130, § único da Lei nº 8.213/91, pois esse dispositivo exonera o beneficiário da previdência social de restituir os valores recebidos por força da liquidação condicionada, não guardando, pois, exata congruência com a questão tratada nos autos.

2- O art. 115 da Lei nº 8.213/91, que regulamenta a hipótese de desconto administrativo, sem necessária autorização judicial, nos casos em que a concessão a maior se deu por ato administrativo do Instituto agravante, não se aplica às situações em que o segurado é receptor de boa-fé, o que, conforme documentos acostados aos presentes autos, se amolda ao vertente caso. Precedentes.

3- Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. STJ. AgRg no REsp 413.977/RS. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Sexta Turma. Data do Julgamento: 19/02/2009. Data da Publicação/ Fonte: DJe 16/03/2009.)

Igualmente versam os arestos desta Corte:

0404947-39.2014.8.19.0001 - APELAÇÃO - 1ª Ementa - Des(a). CLAUDIO BRANDÃO DE OLIVEIRA - Julgamento: 31/08/2016 - Sétima Câmara Cível - Apelação Cível. Direito previdenciário. Restituição de benefício previdenciário pago a maior. Impossibilidade. Verba que ostenta caráter alimentar. Aplicação do princípio da irrepetibilidade dos alimentos. Ausência de má-fé da autora. Valores pagos indevidamente por falha da Administração. Precedentes no Superior Tribunal de Justiça. Dano moral que não resta configurado. Sentença que se reforma em parte. Recurso a que se dá parcial provimento para afastar a condenação por danos morais.

0078083-91.2012.8.19.0038 - APELAÇÃO - 1ª Ementa - Des(a). OTÁVIO RODRIGUES - Julgamento: 14/12/2016 - Décima Primeira Câmara Cível - Ação Declaratória de Inexigibilidade de Crédito c/c Obrigação de Fazer. Benefício Previdenciário. Auxílio suplementar cumulado com aposentadoria por invalidez. Repetição pelo INSS de valores indevidamente pagos ao segurado a título de auxílio suplementar, após a concessão da aposentadoria. Sentença que julgou improcedente o pedido. Recurso de Apelação Cível. Reforma, pois se a autarquia concedeu aposentadoria por invalidez ao autor cumulada com o auxílio suplementar e somente decorrido longo período verificou a irregularidade cometida pelo próprio Órgão à época da concessão, não pode querer que o segurado seja obrigado a restituir essa verba, que é de natureza alimentar e foi recebida de boa-fé, em observância ao princípio da irrepetibilidade dos alimentos. Impossibilidade

da devolução pelo segurado, dada a natureza alimentar das prestações previdenciárias. Ação que se julga procedente. Parecer do MP neste sentido. Provimento do recurso.

0039116-89.2013.8.19.0054 - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1ª Ementa - Des(a). JOSÉ CARLOS PAES - Julgamento: 14/09/2016 - Décima Quarta Câmara Cível - APELAÇÃO CÍVEL. AUXÍLIO-ACIDENTE. APOSENTADORIA CONCEDIDA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.528/97. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESCONTOS. VALORES PERCEBIDOS DE BOA-FÉ. 1. *In casu*, não se há de falar em cumulação de auxílio-acidente e aposentadoria concedida após as alterações estabelecidas pela Lei nº 9.528/97. Incidência da sumula 507 do Superior Tribunal de Justiça. 2. Aplica-se ao presente caso o § 2º do artigo 86 da Lei nº 8.213/91, com a nova redação dada pela citada lei, a qual vedou a cumulação do benefício requerido com qualquer tipo de aposentadoria. Precedentes do STJ e TJRJ. 3. Tal fato não autoriza, porém, a autarquia a efetuar descontos nos proventos de aposentadoria do autor, haja vista a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé, conforme bem lançado na sentença. 4. Em que pese o reconhecimento de que é incabível a cumulação dos benefícios em questão, denota-se no presente caso que o impetrante, de fato, agiu de boa-fé quando do requerimento do benefício de aposentadoria, o que não pode ensejar, conforme o entendimento jurisprudencial moderno, a devolução de valores recebidos a título do benefício de auxílio-acidente, uma vez que o erro foi cometido pela própria autarquia. Ademais, o INSS não produziu qualquer prova em sentido contrário. 5. Vale ressaltar que os

benefícios pagos pela autarquia apelante ostentam natureza alimentar e o princípio da irrepetibilidade dos alimentos desautoriza a sua devolução. Precedentes. 6. Apelo não provido.

Por essas razões, divergindo da maioria, e fazendo coro com o Ministério Público de 2º grau, votei no sentido de acolher as preliminares de ilegitimidade passiva ad causam, de incompetência do juízo e de vício de forma por ausência de intimação do MP para se manifestar em processo em que sua intervenção é necessária, anulando-se a sentença. E, ultrapassadas as preliminares, votei no sentido de dar provimento à apelação para o fim de julgar improcedente o pedido de repetição de verba alimentar, que só é cabível em havendo comprovada má-fé do beneficiário, o que aqui sequer foi alegado, muito menos provado, inobstante a boa-fé seja presumida.

Rio de Janeiro, 13 de junho de 2017.

DES. JUAREZ FERNANDES FOLHES

Relator

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTAGEM DE PRAZO. INTEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO. BASE DIAS ÚTEIS. CONTROVÉRSIA. LEI Nº 11.101/2005. PREVISÃO DE PRAZO, DE NATUREZA PROCESSUAL OU MATERIAL, EM DIAS CORRIDOS. PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E EFETIVIDADE. RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NEGADO.

Agravo de Instrumento. Recuperação Judicial. R. Decisão que considerou intempestiva a impugnação de crédito apresentada

dentro do prazo de 10 (dez) dias úteis, por entender que a contagem deve ser feita em dias corridos, por se tratar de direito material.

I - Preclusão temporal não caracteriza. R. Decisão constante de f. 5.415 dos autos do processo de Recuperação Judicial nº 0431272-80.2016.8.19.0001 foi lançada em atenção a petitórios de outros credores, sendo certo que o R. Despacho foi proferido em 02/03/2018 e, publicado em 14/03/2018, todavia a ora Agravante ingressou nos autos em 16/11/2017, quando ofereceu impugnação.

II - Mister consignar que a impugnação dentro do processo de recuperação judicial ostenta natureza jurídica de pretensão incidental, logo a Agravante não era Parte na Ação de Recuperação Judicial até então e, por isso não restou caracterizada a preclusão temporal em relação a ela, até mesmo porque o nome de seu Patrono não constou da publicação da R. Decisão de f. 5.415, não havendo como se presumir a ciência do julgado, não se podendo deixar de assinalar que pensar de modo diverso implicaria em violação ao contraditório e ampla defesa, mormente por se tratar de processo que ostenta mais de 6.000 (seis mil folhas).

III - Contagem dos prazos na Recuperação Judicial é tema atualíssimo, objeto de intenso debate na doutrina e jurisprudência.

IV - Insurgência em relação a crédito já habilitado, seja em relação à legitimidade, quanto à importância ou classificação do direito deve ser manifestada no prazo de 10 (dez) dias após a publicação do Edital, nos termos do disposto no artigo 8º da Lei de Recuperação e Falência.

V - O advento do novo CPC intensificou a discussão acerca da contagem dos prazos na Recuperação Judicial, porquanto ele como norma geral incide subsidiariamente nos casos de ausência de previsão específica da lei especial, sendo certo que a Lei nº 11.101/2005 não discorre sobre a contagem dos prazos processuais.

VI - Adotar a contagem de prazos estabelecida pela nova Lei de Ritos Civil implica em prolongamento demasiado das Falências e Recuperações Judiciais afrontando veementemente os princípios da celeridade e efetividade, informadores por excelência desses procedimentos, mormente após o advento do novo Codex.

VII - Mens legis da Lei nº 11.101/05 é no sentido da existência de prazos peremptórios e exíguos nas impugnações, objeções e recursos, visando garantir a celeridade imprescindível para tornar plausível a recuperação da empresa.

VIII - Tema em comento foi recentemente enfrentado pelo Egrégio STJ quando do julgamento do REsp 1.699.528/MG, distribuído à Relatoria do Excelentíssimo Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, que diante do exame sistemático dos mecanismos engendrados pela lei de recuperação e falência, entendeu que os prazos de 180 dias de suspensão das ações executivas em face do devedor (LRF, art. 6º, § 4º) e de 60 dias para a apresentação do plano de recuperação judicial (LRF, art. 53, caput) deverão ser contados de forma contínua.

IX - Na lição do Mestre SÉRGIO CAMPINHO:

“Destarte, o curso dos prazos em dias previsto na Lei nº 11.101/2005, deve ser corrido, independentemente da natureza processual ou material, sob pena de vulnerar a racionalidade e a unidade do sistema jurídico estruturado pela lei especial e o seu próprio fim.”.

X - Manutenção do R. Julgado hostilizado que se impõe. Negado Provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0044776-56.2018.8.19.0000, em que é Agravante Vision Med Assistência Médica Ltda e como Agravada Empresa Brasileira de Solda Elétrica S.A. - EBSE.

Acordam os Desembargadores da Quarta Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Decidem, assim, pelo seguinte.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Vision Med Assistência Médica Ltda em face de Empresa Brasileira de Solda Elétrica S.A. - EBSE, hostilizando R. Decisão que considerou intempestiva a impugnação de crédito, por entender que a contagem deve ser feita em dias corridos.

Sustenta a Agravante, em suma:

1) que em razão da vigência do novo CPC os prazos processuais passaram a ser contados em dias úteis;

2) que o presente recurso visa discutir prazo de apresentação de impugnação da recuperação judicial, prazo este sabidamente de direito processual;

3) que no silêncio da Lei de Recuperação e Falência em relação à contagem dos prazos a serem aplicados ao processo se aplica as normas de contagem do direito processual previstas no CPC;

4) que a jurisprudência deste Tribunal vem admitindo o recebimento de impugnação retardatária.

5) que as razões acima motivaram a interposição, objetivando seja cassada a R. Decisão vergastada.

Manifestação do Agravado, a f. 18/26, impugnando os argumentos do Agravo, sustentando a preclusão temporal ao argumento de já ter sido o tema tratado pelo Juízo a quo em R. Decisum anterior publicado em 15/03/2018, contra o qual não foi manejado recurso qualquer.

Parecer da Douta Procuradoria de Justiça, a f. 37/39, opinando não seja conhecido o presente Recurso ao argumento da preclusão temporal.

Petitório do Agravante, a f. 42/43, sustentando não ser Parte no processo de Recuperação Judicial nº 0431272-80.2016.8.19.0001, de modo que os efeitos da referida decisão de f. 5145 não lhe atingiram, pois, nos termos do artigo 506 do CPC, as decisões lançadas no bojo de uma ação geram efeitos inter partes.

VOTO

Cuida-se de Agravo de Instrumento impugnando R. Julgado que considerou intempestiva a impugnação de crédito apresentada dentro do prazo de 10 (dez) dias úteis, por entender que a contagem deve ser feita em dias

corridos, por se tratar de direito material, proferida nos seguintes termos, *in verbis*:

“(…)

Ocorre que foi devidamente esclarecido nos autos da Recuperação que o prazo para a apresentação de impugnação por se tratar de direito material é contado em dias corridos. Desta forma, a presente impugnação é intempestiva, tal como certificado.

O prazo para a propositura da impugnação é decadencial, não havendo previsão legal que possibilite a apresentação de impugnação retardatária. Por outro lado, não há como utilizar de forma analógica da norma que prevê a possibilidade de habilitação retardatária posto que se tratam de situações dispare.

A impugnação se refere a divergência quanto ao valor ou classificação do crédito já incluído no QGC pelo administrador judicial, razão pela qual presume-se a sua ciência do credor com relação ao referido quadro. O referido crédito já foi analisado pelo AJ e qualquer discussão a respeito deve respeitar o prazo para impugnação que é preempatório.”

Ab initio, afaste-se a preclusão temporal suscitada pelo Recorrido e pelo Ministério Público em razão do teor da R. Decisão constante de f. 5.415 dos autos do processo de Recuperação Judicial nº 0431272-80.2016.8.19.0001, proferida nos seguintes termos, *in verbis*:

“Despacho

F. 5055/5062, 5082/5090, 5355/5359: o entendimento desta Magistrada é no sentido de que os prazos processuais deverão ser con-

tados em dias úteis, na forma do art. 219 do CPC e os prazos de direito material deverão ser contados em dias corridos.

Certo é que há controvérsia sobre a natureza dos prazos na Lei nº 11.101/05. No entanto, entende esta Magistrada que são prazos de direito material aqueles relacionados à liquidação dos créditos, tais como habilitação e impugnação ao crédito, posto que tratam do exercício de direito potestativo de discutir a existência e as características do crédito.

Já a objeção, tem por objetivo discutir o plano de recuperação apresentado em seus aspectos jurídicos ou ainda aspectos econômico-financeiros, desta forma, é um tipo de resposta ao pedido de recuperação, que permite a realização do contraditório amplo. Considera-se, assim, que o prazo para sua apresentação é um prazo processual, a se aplicar o art. 219 do CPC. Desta forma, certifique o Cartório quanto à tempestividade;

F. 5070/5081: aos interessados sobre o relatório mensal sobre as atividades da empresa;

F. 5334/5348: desentranhe o Cartório o pedido de Habilitação de Crédito. Após, providencie o(a) Habilitante a regular distribuição por dependência;

F. 5350/5353: atenda o Cartório quanto ao desentranhamento, devendo o(a) Habilitante providenciar a regular distribuição por dependência;

F. 5363/5371: anote-se onde couber. Após, diga a Recuperanda, A.J. e M.P.;

F. 5373/5398: ao A.J. e M.P.;

F. 5398 e 5399: desentranhe-se, eis que estranho aos autos a petição e documento.”

Nessa toada, nota-se que o R. Julgado foi lançado em atenção aos petitórios de 5055/5062, 5082/5090, 5355/5359, que dizem respeito as objeções de pré-executividade manejadas por Nuclebrás Equipamentos Pesados S.A. - NUCLEP, Superpesa Cia. de Transportes Especiais e Intermodais - Em Recuperação Judicial (“SUPERPESA”) e Portella Fornecedora Da Industria E Navegação Ltda, respectivamente, sendo certo que o R. Despacho foi proferido em 02/03/2018 e, publicado em 14/03/2018, todavia a ora Agravante ingressou nos autos em 16/11/2017, quando ofereceu impugnação.

Mister consignar que a impugnação dentro do processo de recuperação judicial ostenta natureza jurídica de verdadeira pretensão incidental, o que só corrobora o fato de que a Agravante não era Parte na Ação de Recuperação Judicial até então e, por isso não restou caracterizada a preclusão temporal em relação a ela, até mesmo porque o nome de seu Patrono não constou da publicação da R. Decisão de f. 5.415, logo não há como se presumir a ciência do julgado, não se podendo deixar de assinalar que pensar de modo diverso implicaria em violação ao contraditório e ampla defesa, mormente por se tratar de processo que ostenta mais de 6.000 (seis mil folhas).

Superado este ponto, passa-se a análise do mérito do Recurso Instrumental.

Anote-se, que a hipótese em cotejo diz respeito a insurgência do Credor, ora Agravante em relação a crédito já habilitado, seja em relação à legitimidade, quanto à importân-

cia ou classificação do direito, sendo certo que a discordância mediante impugnação, deve ser manifestada no prazo de 10 (dez) dias após a publicação do edital, nos termos do disposto no artigo 8º da Lei de Recuperação e Falência, in verbis:

“Art. 8º No prazo de 10 (dez) dias, contado da publicação da relação referida no art. 7º, § 2º, desta Lei, o Comitê, qualquer credor, o devedor ou seus sócios ou o Ministério Público podem apresentar ao juiz impugnação contra a relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado.

Parágrafo único. Autuada em separado, a impugnação será processada nos termos dos arts. 13 a 15 desta Lei.”

O advento do novo CPC intensificou a discussão acerca da contagem dos prazos na Recuperação Judicial, porquanto ele como norma geral incide subsidiariamente nos casos de ausência de previsão específica da lei especial, sendo certo que a Lei nº 11.101/2005 não discorre sobre a contagem dos prazos processuais.

Ocorre que adotar a contagem de prazos estabelecida pela nova Lei de Ritos Civil implica em prolongamento demasiado das Falências e Recuperações Judiciais afrontando veementemente os princípios da celeridade e efetividade, informadores por excelência desses procedimentos.

Frise-se, a *mens legis* da Lei nº 11.101/05 é no sentido da existência de prazos peremptórios e exíguos nas impugnações, objeções e recursos, visando garantir a celeridade im-

prescindível para tornar plausível a recuperação da empresa.

O tema em comento foi recentemente enfrentado pelo Egrégio STJ quando do julgamento do REsp 1.699.528/MG, distribuído a Relatoria do Excelentíssimo Ministro Luiz Felipe Salomão, valendo destacar trecho do V. Aresto, ainda que não transitado em julgado, *in litteris*:

“O microssistema recuperacional e falimentar foi pensado em espectro lógico e sistemático peculiar, com previsão de uma sucessão de atos, em que a celeridade e efetividade se impõem, com prazos próprios e específicos que, via de regra, devem ser breves, peremptórios, inadiáveis e, por conseguinte, contínuos, sob pena de vulnerar a racionalidade e unidade do sistema, engendrado para ser solucionado, em regra, em 180 dias depois do deferimento de seu processamento. (...).

A contagem em dias úteis poderá colapsar o sistema da recuperação quando se pensar na velocidade exigida para a prática de alguns atos e, por outro lado, na morosidade de outros, inclusive colocando em xeque a isonomia dos seus participantes, haja vista que incorreria numa dualidade de tratamento. (...).

(a aplicação do CPC/15) deve ter cunho eminentemente excepcional, incidindo tão somente de forma subsidiária e supletiva, desde que se constate evidente compatibilidade à natureza e ao espírito do procedimento especial, dando-se sempre prevalência às regras e princípios específicos da Lei de Recuperação e com vistas a atender o desígnio de sua norma-princípio disposta no artigo 47. (...).

Enfim, a diferenciação na contagem dos prazos acabará por “desmantelar o sistema legal concebido para estabelecer um prazo razoável para o devedor apresentar o seu plano de recuperação em juízo, ser ele submetido ao crivo de seus credores e ao derradeiro controle de legalidade e legitimidade exercido pelo juiz (CAMPINHO, Sérgio. *Op. Cit.* P. 426). Portanto, diante desse exame sistemático dos mecanismos engendrados pela lei de recuperação e falência, penso que, na hipótese, os prazos de 180 dias de suspensão das ações executivas em face do devedor (LRF, art. 6º, § 4º) e de 60 dias para a apresentação do plano de recuperação judicial (LRF, art. 53, *caput*) deverão ser contados de forma contínua.”

No mesmo sentido, o seguinte Aresto desta Corte, *in verbis*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRUPO OSX. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS. INTERLOCUTÓRIA QUE NOMEOU ADMINISTRADOR JUDICIAL E FIXOU-LHE OS HONORÁRIOS EM 0,25% DA SOMA DOS CRÉDITOS SUJEITOS AO PROCEDIMENTO RECUPERATÓRIO. IRRESIGNAÇÃO. INTERLOCUTÓRIA PUBLICADA AOS 21/03/2014. RECURSO INTERPOSTO AOS 14/04/2014. FALTA DE REQUISITO EXTRÍNSECO DE ADMISSIBILIDADE (TEMPESTIVIDADE). DESCUMPRIMENTO DO DECÊNDIO PREVISTO NO ART. 522, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 191 DA LEI Nº 5.869/73, POR FORÇA DO ART. 189 DA LEI Nº 11.101/2005. AUSÊNCIA DE PARTES. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO

DE CREDORES. PROCEDIMENTO RECUPERATÓRIO QUE É DE INICIATIVA DO DEVEDOR, OSTENTA NATUREZA CONCURSAL E É FUNDADO NA ÉTICA DA SOLIDARIEDADE. VONTADES DO DEVEDOR E DE SEUS CREDORES QUE MARCHAM HARMONIOSAMENTE, COMPLETAM-SE E FUNDEM-SE NUMA SÓ E ÚNICA. IMPOSITIVO DE COLABORAÇÃO DE TODOS OS INTERESSADOS PARA O FIM ESPECÍFICO DITADO PELO ART. 47 DA LEI Nº 11.105/2005, CUJA SISTEMÁTICA EXIGE QUE OS PRAZOS DE IMPUGNAÇÃO, OBJEÇÕES E RECURSOS SEJAM EXÍGUOS E CLARAMENTE DEFINIDOS, DE MODO A GARANTIR A CELERIDADE E A EFETIVIDADE DA RECUPERAÇÃO DA EMPRESA. RECENTÍSSIMO PRECEDENTE DESTES TRIBUNAL ESTADUAL E OUTRO DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. SÚMULA Nº 58 DA E. CÂMARA DE DIREITO EMPRESARIAL DO C. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. RECURSO INADMISSÍVEL, DE QUE SE NÃO CONHECE E AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.” (AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 0018888-27.2014.8.19.0000 - Des(a). GILBERTO CAMPISTA GUARINO - Julgamento: 20/08/2014- DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL).

Sobre o tema vale trazer à baila a doutrina FÁBIO ULHOA COELHO, *in verbis*:

Naturalmente, a entrada em vigor do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) suscitou diversas questões relativamente à aplicabilidade de suas inovações ao processo

falimentar ou recuperacional. As principais são as seguintes: [...].

5) Incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 134, § 3º): descabe a suspensão do processo falimentar ou recuperacional em razão da instauração do incidente, ficando sobrestados, evidentemente, apenas os atos que dependem do julgamento desta.

6) *Amicus curiae* (art. 138): plenamente admissível na falência e na recuperação judicial.

7) Negócio jurídico processual (art. 190): também é admissível, na falência e na recuperação judicial, sendo a assembleia de credores um ambiente propício para a sua discussão. Atente-se, porém, que não se trata de deliberação da maioria dos componentes deste órgão, mas de autocomposição, de modo que a unanimidade é pressuposto para a conclusão válida e eficaz do negócio jurídico processual.

8) Contagem dos prazos judiciais em dias úteis (art. 219): o melhor entendimento é a da inaplicabilidade, pura e simples, desta inovação aos feitos falimentares ou recuperacionais, tendo em vista a “coerência interna” dos prazos fixados na LF. Têm, contudo, prevalecido os esforços interpretativos visando distinguir quais prazos desta lei classificar-se-iam especificamente como “judiciais”.

9) Incidente de demandas repetitivas (art. 982): inaplicabilidade aos feitos falimentares e recuperacionais da regra de suspensão derivada da instauração do incidente, por sua incompatibilidade com a dinâmica e os objetivos próprios destes feitos.

10) Agravo de instrumento (art. 1.015): em vista do sistema recursal próprio dos feitos falimentares e recuperacionais (ver nota 419), cabe o recurso mesmo que a decisão interlocutória não se enquadre especificamente em nenhuma das hipóteses estabelecidas pelo CPC.

In casu, não se pode olvidar que a R. Decisão guerreada sustentou a contagem dos prazos em dias corridos por se estar diante de direito material.

Nessa trilha, vale destacar a Lição de SÉRGIO CAMPINHO¹, *in litteris*:

“O Código de Processo Civil de 2015 apresenta nova fórmula para a contagem os prazos em dia. A teor de seu artigo 219, os prazos de natureza processual são contados em dias úteis - prazos esses que valem para as partes e seus advogados, magistrados e auxiliares da Justiça - e os de natureza material, em dias corridos.

(...).

Existem opiniões doutrinárias convergindo pela aplicação da regra da contagem dos prazos processuais em dias úteis ao processo de recuperação judicial, mas com a ressalva de que certos prazos de natureza material devam ser relativizados, para também serem computados em dias úteis. (...).

1 (CAMPINHO, Sérgio. “Alguns Impactos do Novo Código de Processo Civil no Processo de Recuperação Judicial”. **O Novo Processo Civil Brasileiro** - Temas Relevantes - Estudos em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro LUIZ FUX. - volume 2 - Ed. GZ, Rio de Janeiro, 2018).

O prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções, determinado a partir dessa perspectiva de marco para obtenção do resultado do processo de recuperação judicial, suscita interessante reflexão.

Quanto à sua natureza, parece evidente tratar-se de um prazo material. Mas esse prazo é considerado a partir do somatório de diversos outros prazos de natureza processual. Os 180 dias tomar em conta, como já se consignou alhures, o prazo que o devedor desfruta para apresentar seu plano, o prazo para a objeção dos credores e o prazo de realização de assembleia geral de credores. Se todos esses prazos processuais não forem contados em dias corridos, desmantela-se o sistema legal concebido para estabelecer um prazo razoável para o devedor apresentar o seu plano de recuperação em juízo, ser ele submetido ao crivo de seus credores e ao derradeiro controle de legalidade e legitimidade exercido pelo juiz.

Do contrário, a solução seria ampliar esse prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções individuais dos credores, contando-o em dias úteis, conforme alguns doutos têm sustentado, apesar de se reconhecer que ele não desfruta de natureza processual. Mas essa não se mostra, para nós, como sendo a mais adequada.

Primeiro, porque confronta com o disposto no novo Código de Processo Civil, que determina a contagem em dias úteis apenas para os prazos processuais. Soa de todo incoerente ter que violar uma norma do artigo 219 do citado diploma processual - de que os prazos materiais são contados de modo corrido - para aplicar uma outra nele mesmo traduzida - de

que os prazos processuais são contados em dias úteis. Se não se tem como preservar a unidade da inteligência que se extrai do pré-falado artigo 219 da lei processual geral na sua transposição para o processo de recuperação judicial, é porque o preceito se mostra incompatível com o regime de prazos estruturado no processo de recuperação judicial. Não é capaz, em outros termos, de interagir com o sistema da lei especial e a ele se integrar.

Segundo, porque restariam subvertidos os princípios da celeridade e da razoável duração do processo, próprios, como se disse, para orientar e dirigir os processos de sacrifício.

Destarte, o curso dos prazos em dias previsto na Lei nº 11.101/2005, deve ser corrido, independentemente da natureza processual ou material, sobe pena de vulnerar a racionalidade e a unidade do sistema jurídico estruturado pela lei especial e o seu próprio fim.

Esse, portanto, é o nosso entendimento sobre a intrigante questão aflorada com a vigência do novo diploma geral de processo civil. ”.

Malgré, toda a doutrina alhures colacionada, não é demais lembrar, que apesar da ausência de previsão legal expressa da possibilidade de insurgência quanto ao valor do crédito lançado pelo Administrador na relação de credores é certo que a Impugnação se presta a tal desiderato, conforme se extrai de interpretação conforme a Constituição Federal do já mencionado artigo 8º da Lei nº 11.101/05.

Ainda não se pode olvidar que a Impugnação tem natureza de ação declaratória constitutiva sendo certo que seu manejo é faculdade da Parte e assim sendo, evidentes os

contornos de direito material que a envolvem, até mesmo porque o prazo para seu manejo é decadencial, justificando, também por esse prisma sua contagem em dias corridos.

Nesse ponto, vale relembrar a lição atemporal de PONTES MIRANDA em Tratado das ações, destacando que não há sentença pura, uma vez que todo provimento judicial, em maior ou menor medida, declara, constitui, condena, manda e executa, simultaneamente.

Destarte, o R. *Decisum* não merece reparo.

Por estas razões, a Câmara conhece do recurso, negando-lhe provimento.

Rio de Janeiro, 24 de outubro de 2018.

**DES. REINALDO PINTO ALBERTO
FILHO**

Relator

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EMPRESA DE EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL. SEDE NO BRASIL E NA ÁUSTRIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DOS CREDORES CONTRÁRIA A UM PLANO COMUM. FALTA DE PREVISÃO NORMATIVA ALÉM DOS LIMITES TERRITORIAIS. QUESTÃO RELEVANTE QUE NÃO PODE FICAR À MARGEM DA ANÁLISE JURISDICIONAL. RECURSO PROVIDO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS. INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERIU O PROCESSAMENTO DO REQUERIMEN-

TO DAS DUAS PRIMEIRAS AGRAVANTES, QUE TÊM SEDE NO BRASIL, REJEITANDO, CONTUDO, A POSTULAÇÃO DAS TERCEIRA E QUARTA RECORRENTES, AMBAS COM SEDE NA REPÚBLICA DA ÁUSTRIA. IRRESIGNAÇÃO. REJEIÇÃO DA RECUPERAÇÃO CONJUNTA QUE NÃO SE AFIGURA SUSTENTÁVEL. FINALIDADE DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL CALCADA NA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DE SUA FUNÇÃO SOCIAL, ALÉM DE TER POR ESCOPO O ESTÍMULO À ATIVIDADE ECONÔMICA (ART. 47 DA LEI Nº 11.101/2005). A EMPRESA NÃO INTERESSA APENAS A SEU TITULAR (EMPRESÁRIO), MAS A DIVERSOS OUTROS ATORES DO PALCO ECONÔMICO (TRABALHADORES, INVESTIDORES, FORNECEDORES, INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO E ESTADO). OGX PETRÓLEO E GÁS PARTICIPAÇÕES S/A. QUE É A SOCIEDADE HOLDING E NÃO OPERACIONAL, CONTROLADORA DA OGX PETRÓLEO E GÁS S/A., TITULAR DE 99,99% DO SEU CAPITAL SOCIAL. CONTROLE EXERCIDO DIRETA E INTEGRALMENTE TAMBÉM SOBRE A OGX INTERNATIONAL GMBH E A OGX ÁUSTRIA GMBH CTVM S/A.. SOCIEDADES DE HOLDING COM RESPALDO NOS ARTS. 2º, § 3º, E 243, § 3º, DA LEI Nº 6.404/76. SOCIEDADES EMPRESÁRIAS ESTRANGEIRAS, NOTORIAMENTE SUBSIDIÁRIAS, QUE APENAS CONSTITUEM A ESTRUTURA DE FINANCIAMENTO DE SUA CONTROLADORA NACIONAL, SERVINDO COMO VEÍCULO DAS EMPRESAS BRASILEIRAS, VISANDO A EMISSÃO DE

“BONDS” E RECEBIMENTO DE RECEITAS NO EXTERIOR. CONFIGURAÇÃO DE UM GRUPO ECONÔMICO ÚNICO, EM PROL DE UMA ÚNICA ATIVIDADE EMPRESARIAL, CONSISTENTE NA EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL EM TERRITÓRIO NACIONAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DOS CREDORES CONTRÁRIA A UM PLANO COMUM DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. LEGISLAÇÃO AUSTRIACA SOBRE INSOLVÊNCIA QUE ADMITE O RECONHECIMENTO DOS EFEITOS DO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA ESTRANGEIRO, QUANDO O CENTRO DE PRINCIPAL INTERESSE DO DEVEDOR (COMI) ESTÁ LOCALIZADO NO ESTADO ESTRANGEIRO E O PROCESSO É, EM ESSÊNCIA, COMPARÁVEL AO AUSTRIACO. ESTUDO DE VIABILIDADE ANEXADO AOS AUTOS. FALTA DE PREVISÃO NORMATIVA QUANTO À APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL ALÉM DOS LIMITES TERRITORIAIS QUE, SE NÃO O AUTORIZA, POR OUTRO LADO, NÃO O VEDA. LACUNAS LEGISLATIVAS DECIDIDAS DE ACORDO COM A ANALOGIA, OS COSTUMES E OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO (ART. 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO). PREDOMÍNIO DA EQUIDADE, QUE BUSCA ADEQUAR A LEI ÀS NOVAS CIRCUNSTÂNCIAS, A FIM DE QUE O ÓRGÃO JURISDICIONAL ACOMPANHE AS VICISSITUDES DA REALIDADE CONCRETA. INOCORRÊNCIA DE TRANSMUTAÇÃO DO ESTADO JUIZ EM ESTADO LEGISLADOR POSITIVO.

QUESTÃO VERSADA QUE, POR SER DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL, NÃO PODE FICAR À MARGEM DA ANÁLISE JURISDICIONAL, BEM PONDERADOS OS ASPECTOS DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE REFORMA DA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, EXTRA-JUDICIAL E FALÊNCIA DO EMPRESÁRIO E DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA, COLIMANDO TRATAR DA INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL. PROVIMENTO DO RECURSO, CONFIRMANDO-SE O DEFERIMENTO DO EFEITO SUSPENSIVO ATIVO, PARA REVOGAR A INTERLOCUTÓRIA AGRAVADA E DETERMINAR O PROCESSAMENTO CONJUNTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DAS AGRAVANTES.

Vistos, relatados e discutidos este autos de Agravo de Instrumento nº 0064658-77.2013.8.19.0000, em que são agravantes OGX Petróleo e Gás Participações S/A., OGX Petróleo e Gás S/A., OGX International GMBH E OGX Áustria GMBH HSBC CTVM S/A.,

Os Desembargadores que integram a 14ª Câmara Cível em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime.

01. Tem-se de agravo de instrumento da decisão de f. 232 a 242 (paginação dos autos do processo originário), da lavra do MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital, que, nos autos procedimento de recuperação judicial de empresas, deferiu o processamento do requerimento da OGX Petróleo e Gás Participações S/A e da OGX

Petróleo e Gás S/A, que têm sedes no Brasil, rejeitando, contudo, o pedido da OGX International GMBH e da OGX Áustria GMBH HSBC CTVM S/A., ambas sediadas na República da Áustria.

02. Em sua minuta (f. 02 a 32), alegam as recorrentes que as sociedades estrangeiras são integral e diretamente controladas pela OGX Petróleo e Gás Participações S/A, foram criadas “(...) com o primordial objetivo de atuarem, no âmbito internacional, como longa manus de suas coligadas brasileiras (...)” (Sic), não exercem atividades operacionais relevantes, nem autônomas, além de responderem solidariamente pelas dívidas e recebimento de receitas no exterior.

03. Asseveram que todas as sociedades do Grupo OGX são geridas e administradas de forma orgânica pelo mesmo corpo de executivos, todos residentes e domiciliados no Brasil, sendo este país, inquestionavelmente, o principal centro de negócios das 04 (quatro) agravantes.

04. Aduzem que os fatores que detonaram a crise das empresas nacionais, com o atual insucesso das atividades nelas concentradas, implicam, também, na insolvência das subsidiárias estrangeiras, que, sendo meros veículos de financiamento das atividades de exploração de petróleo e gás, não titularizam recursos próprios para subsistirem e honrarem, sozinhas, a principal dívida do grupo econômico, que é equivalente à cifra aproximada de R\$ 8.000.000.000,00 (oito bilhões de reais) e decorre de duas emissões de bonds (títulos de dívida), com vencimentos em 2018 e 2022 cada.

05. A seguir, afiançam ser mister observar-se o procedimento único e conjunto, com fulcro nos arts. 3º e 47 da Lei nº 11.101/2005, c/c art. 88, III, do Código de Processo Civil, colimando a submissão dos credores nacionais e internacionais a um plano comum de recuperação do Grupo OGX, com vista à salvação do conglomerado.

06. E salientam, alicerçadas em estudo sobre o art. 240, § 1º, da Lei de Insolvência da Áustria (“Insolvenzordnung - IO”), “(...) os efeitos do processo de insolvência estrangeiro serão reconhecidos na Áustria se o centro de principal interesse do devedor (COMI) estiver localizado nesse estado estrangeiro e o processo estrangeiro for - em essência - comparável a processos austríacos (especificamente, os credores austríacos teriam tratamento igual aos credores domésticos)” (*Sic*).

07. Assim, advogam a tese segundo a qual da manutenção da interlocutória atacada decorre o processamento da recuperação das empresas austríacas em Tribunal estrangeiro, em procedimento paralelo ao instaurado no Brasil para as sediadas aqui, o que, em termos práticos, acarretaria o risco de cobrança dos bonds, tanto das empresas estrangeiras, quanto das nacionais, bem como prejuízo no soerguimento do Grupo OGX, que ficaria impedido de encetar operações no âmbito internacional, além de permanecer sob ameaça de constrição de seus ativos, por decisão do Tribunal Austríaco.

08. Por derradeiro, asseveram que, acaso não reformada a interlocutória atacada, a recuperação judicial prosseguirá apenas com relação a parte do Grupo OGX, contrariando

o que a jurisprudência internacional denomina de “universalismo da jurisdição”, quando enfrenta a questão da “insolvência transnacional”, comum e crescente na era da globalização dos mercados.

09. Querem, portanto, a concessão de efeito suspensivo ativo (o que se depreende de f. 24) e, por fim, o provimento do recurso, para que seja determinado o processamento conjunto da recuperação judicial das empresas austríacas e brasileiras, no Brasil.

10. A f. 37 *usque* 52, por decisão monocrática da lavra do e. Desembargador REINALDO PINTO ALBERTO FILHO, integrante da colenda 4ª Câmara Cível, foi negado seguimento ao recurso, na forma do art. 557 do Código de Processo Civil, ao asserto de sua manifesta improcedência.

11. A f. 90 *usque* 92, em vista da informação sobre a existência de outro instrumental (processo nº 0064637-04.2013.8.19.0000), interposto por empresa terceira interessada (ACCIONA INFRAESTRUTURAS S/A.), nos autos do procedimento de recuperação judicial do grupo de sociedades OSX Brasil S/A., OSX Construção Naval S/A. e OSX Serviços Operacionais LTDA., distribuído a esta colenda 14ª Câmara Cível, foi reconhecida a prevenção, tocando a este Relator a presidência do presente, ocorrendo declínio de competência.

12. Foi proferida a decisão de f. 100 a 102, aos 29/11/2013 (sexta-feira), aparecendo no andamento processual às 19:40h, com deferimento do efeito suspensivo ativo ao recurso.

13. Na qualidade de relator do feito, que não é trivial e (frise-se) cujos autos só me vieram conclusos aos 02/12/2013, sustei, a f. 106, a eficácia dessa decisão, para acurado exame da postulação e registrando que nenhuma petição pedindo urgência fora protocolada na sexta-feira, até porque é de se lembrar que os autos não me haviam sido conclusos.

14. Após reapreciar o requerimento de concessão do efeito suspensivo, por conta da nulidade do julgamento monocrático de f. 37 a 52, decidi, a f. 110 *usque* 118, restaurar a eficácia da decisão de f. 100 a 102, pelos fundamentos que enunciei, e deferir o efeito suspensivo ativo, revogando a interlocutória que rejeitou o pedido de recuperação judicial das sociedades empresárias austríacas e determinando o processamento conjunto da recuperação judicial das agravantes.

15. A f. 122 *usque* 125, a G-Comex Aramazéns Gerais Ltda. interpôs, na condição de credora dos Grupos OGX e OSX, recurso de embargos de declaração contra essa decisão, que vem de não ser conhecido por esta colenda 14ª Câmara Cível, visto ser manifesta a não existência do apontado vício de contradição.

16. Certidões de f. 222 e 223, atestando o afastamento por licença e férias deste relator, durante os períodos de 05 a 19/12/2013, 07 a 24/01/2014 e 27/01/2014 a 31/01/2014.

17. O Ministério Público deixou de recorrer, constando apenas o Parecer da douta Procuradoria de Justiça, a f. 227 *usque* 233, pela pena da Drª. ROSA MARIA PARISE GALVÃO, opinando pelo conhecimento e desprovemento do instrumental, que é tempestivo e

está regularmente preparado.

É o relatório.

VOTO

18. Conheço do agravo, que preenche os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade recursal.

19. Como já mencionado na decisão de f. 110 a 118, trata-se de caso excepcionalíssimo, veiculando matéria em que é jejuana a jurisprudência pátria, na qual a rejeição do pedido de recuperação judicial conjunta de empresas nacionais e estrangeiras não se afigura sustentável.

20. Insta, de plano, frisar que não se pode pôr em segundo plano a finalidade do procedimento em tela, o qual, em razão das agruras geradas pela crise da empresa, busca salvá-la da decretação de falência, viabilizando a “(...) superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”, conforme art. 47 da Lei nº 11.101/2005.

21. A respeito do tema, pronuncia-se SERGIO CAMPINHO, em Falência e Recuperação de Empresa: **O Novo Regime da Insolvência Empresarial** (Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 4ª ed. revista e atualizada, p. 12):

“O processo de recuperação judicial visa, no seu âmago, a uma única finalidade: a aprovação por parte do devedor e seus credores de uma proposta destinada a viabilizar a empresa por aquele até então realizada. O estado

de crise-econômico financeira vai se revelar, assim, transitório e superável pela vontade dos credores, a qual conduzirá ao objetivo do procedimento, qual seja, a recuperação da empresa. A atuação do juiz ficará restrita à verificação das disposições legais aplicáveis ao plano. É um guardião de sua legalidade. Fica-lhe obstado, pois, interferir no seu conteúdo, de domínio exclusivo das partes. A exigência de chancela do acordo por autoridade judicial representa uma medida de política judiciária.”

22. E, mais adiante, enfatiza o mesmo autor que:

“O instituto da recuperação vem desenhado justamente com o objetivo de promover a viabilização da superação desse estado de crise, motivado, por um interesse na preservação da empresa desenvolvida pelo devedor. Enfatize-se a figura da empresa sob a ótica de uma unidade econômica que interessa manter, como um centro de equilíbrio econômico-social. É, reconhecidamente, fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos que garantem o desenvolvimento econômico e social de um país. A sua manutenção consiste em conservar o “ativo social” por ela gerado. A empresa não interessa apenas a seu titular - o empresário -, mas a diversos outros atores do palco econômico, como os trabalhadores, investidores, fornecedores, instituições de crédito, ao Estado, e, em suma, aos agentes econômicos em geral. Por isso é que a solução para a crise da empresa passa por um estágio de equilíbrio dos interesses públicos, coletivos e privados que nela convivem.” (*op. cit.*, p. 122).

23. Com efeito, a ímpar situação controlada não pode ser focada unicamente de

sob o ângulo da omissão legislativa, clamando por análise a partir da premissa de preservação da empresa, que, sem sombra de dúvidas, promoveu a mais extensa campanha privada nacional exploratória de petróleo e gás, com atividade que produz impactos no desenvolvimento econômico e social brasileiro, além de haver gerado um sem número de empregos.

24. Na hipótese dos autos, é indiscutível que a OGX Petróleo e Gás Participações S/A. é a sociedade holding e não operacional que controla a OGX Petróleo e Gás S/A., titularizando 99,99% do seu capital social, além de também controlar, direta e integralmente, a OGX International GmbH e a OGX Áustria GmbH HSBC CTVM S/A., conforme demonstram os inúmeros documentos que integram o instrumento de agravo.

25. Saliente-se que, na legislação pátria, as sociedades *holding* cravam alicerces jurídicos no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76, assim redigido:

“Art. 2º. Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrária à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

(...)

§ 3º. A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.”

26. A mesma lei federal, em seu art. 243, § 3º, também faz referência ao sistema de concentração societária por meio de empresas coligadas e controladas. Confira-se:

“Art. 243. (...)

(...)

§ 2º. Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.”

27. E, segundo a definição de MODESTO CARVALHOSA, em Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, volume 4, Tomo II (São Paulo: Saraiva, 2009, 3ª. ed., p. 14):

“As holdings são sociedades não operacionais que tem seu patrimônio composto de ações de outras companhias. São constituídas ou para o exercício do poder de controle ou para a participação relevante em outras companhias, visando nesse caso, constituir a coligação. Em geral, essas sociedades de participação acionária não praticam operações comerciais, mas apenas a administração de seu patrimônio. Quando exerce o controle, a holding tem uma relação de dominação com as suas controladas, que serão suas subsidiárias.”

28. Pois bem.... As duas empresas estrangeiras subsidiárias, excluídas, em primeiro grau, do procedimento de recuperação judicial, operam apenas e tão somente em estrita função da controladora, servindo como veículos das sociedades brasileiras para a emissão de títulos de dívidas e recebimento de receitas no exterior, colimando o financiamento das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil.

29. Têm-se, portanto, sociedades empresárias estrangeiras que se erigem em estrutura de financiamento de sua controladora nacional, formando um grupo econômico único, em prol de uma única atividade empresarial, o que não é nada incomum na era contemporânea, de globalização de mercados, mais ainda quando se pondera a própria atividade explorada, que intensifica as relações jurídicas transfronteiriças.

30. Obviamente, não possuem elas filiais, sucursais, nem agências no território nacional, porquanto, como já dito, são subsidiárias da sociedade empresária brasileira que é, na realidade, a responsável pelo pagamento dos títulos de dívida (bonds) emitidos no exterior.

31. Mostra-se importante ressaltar que nenhum dos inúmeros credores do Grupo OGX aparenta ser contra a recuperação judicial conjunta. Muito pelo contrário, as notícias jornalísticas recentemente veiculadas dão conta de que a Óleo e Gás Participações (OGP), antiga OGX, celebrou, aos 24/12/2013, acordo com credores internacionais numa tentativa de eliminar a dívida e recapitalizar a empresa (Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2013/12.html>).

32. Assim, nada obstante o parecer da douta Procuradoria de Justiça, posto em sentido contrário ao que hora se decide, afigura-se indicado albergar os credores nacionais e internacionais em um plano comum de recuperação do Grupo OGX, evitando-se a eventual constrição de ativos no exterior, que seria imposta a requerimento de administrador judicial das sociedades austríacas, bem como a visceral

impossibilidade de realização de operações no âmbito internacional, com o que se frustraria, definitivamente, toda e qualquer possibilidade de soergimento das recorrentes.

33. Saliente-se, como já mencionado no item 06 (acima), que a legislação austríaca sobre insolvência admite o reconhecimento dos efeitos do respectivo processo estrangeiro, quando o centro de principal interesse do devedor (COMI) está localizado no Estado estrangeiro e o processo for, em essência, comparável ao austríaco, o que, a par do estudo de viabilidade anexado por linha aos autos, mostra-se como sendo o caso.

34. Isso estando bem claro, não se está erigindo o Estado Juiz à condição de legislador positivo. A ausência de previsão normativa quanto à aplicação do instituto da recuperação judicial além dos limites territoriais, se não o autoriza, por outro lado não o veda. A hipótese desafia a decisão de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, conforme prevê o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de aplicação cauta e excepcional, em situações que, a seu turno, demandem cautela e sejam, por igual, excepcionais. Até porque são os princípios gerais os responsáveis pela atuação do Ordenamento Jurídico à feição de um todo, integrando-lhe setores comunicantes, de outra forma tornados estanques.

35. Contemporaneamente, é mister compreender que é com apoio na equidade que há de predominar a finalidade do instituto sobre sua letra, no quanto, visto o caso concreto, se busca adequar a lei às novas e surpreendentes circunstâncias, a fim de que o órgão jurisdic-

cional acompanhe as vicissitudes da realidade concreta, a qual, como já asseverava CARVALHO DE MENDONÇA”, em seu Curso de Direito das Obrigações, caminha sempre à frente da legislação, que capta, diferidamente, a vontade jurídica da nação (legalidade).

36. Neste sentido, veja-se o comentário de MARIA HELENA DINIZ, em Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada (São Paulo: Saraiva, 2013, 18ª ed. rev. e atual., p. 158-159):

“Desempenha, ainda, a equidade função de grande importância na interpretação das normas. Nessa função interpretativa, a equidade pode significar: 1) o predomínio da finalidade da lei sobre sua letra; ou 2) a preferência, dentre as várias interpretações possíveis de uma norma, pela mais benigna e humana. Ambas as significações não precisam ser autorizadas legalmente.

Em sua função interpretativa, na busca do sentido da norma, a equidade aparece na aplicação do método histórico-evolutivo, que preconiza a adequação da lei às novas circunstâncias, e do método teleológico, que requer a valoração da lei (LINDB, art. 5º), a fim de que o órgão jurisdicional possa acompanhar as vicissitudes da realidade concreta.

Pela equidade ponderam-se, compreendem-se e estimam-se os resultados práticos que a aplicação da norma produziria em determinadas situações fáticas. Se o resultado prático concorda com as valorações que inspiraram a norma, em que se funda, tal norma deverá ser aplicada. Se, ao contrário, a norma aplicável a um caso singular produzir efeitos que viriam a contradizer as valorações, con-

forme as quais se modela a ordem jurídica, então, indubitavelmente, tal norma não deve ser aplicada a esse caso concreto.”

37. E, se o intuito é, como já exposto no item 23 (acima), salvaguardar a empresa, não se pode deixar questão de relevante interesse social à margem da análise judicial eficaz, que dê solução dinâmica e atual à controvérsia.

38. Ademais, a Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência do Empresário e da Sociedade Empresária é, atualmente, alvo de acirrado debate, no que tange à necessidade de reforma, a fim de que, dentre as alterações, passe a tratar da denominada “insolvência transnacional”, realidade palpável, seguindo o rumo das tendências legislativas internacionais, calcadas na cooperação e no diálogo entre os Juízes e Tribunais de diferentes Estados.

39. Por oportuno, traz-se a pelo trecho do estudo de FRANCISCO SÁTIRO e PAULO FERNANDO CAMPANA FILHO, na monografia *A Insolvência Transnacional: para Além da Regulação Estatal e na Direção de Acordos de Cooperação* (2007, p. 139), ressaltam que:

“A eficiência econômica - isto é, a preservação de valor nas liquidações e nas recuperações de empresas - conduz ao entusiasmo pela ajuda mútua com outros juízes e pelo respeito aos princípios e regras falimentares estrangeiras. A falta (ou mesmo a existência) de normas específicas não tem sido obstáculo para os processos de insolvência, que parecem convergir para o universalismo em um movimento trópico. Esses esforços conjuntos têm sido valiosos na construção de um Direi-

to transnacional das insolvências internacionais baseado na autonomia da vontade e que é mais engenhoso e personalizável do que um sistema guiado por normas vinculativas poderia jamais sonhar - e, portanto, mais adequado a enfrentar os desafios impostos pela quebra de empresas dispersas por um mundo imprevisível, multifacetado e globalizado.”

40. Tudo bem ponderado, voto no sentido de dar provimento ao recurso, confirmando a decisão de f. 110 a 118, revogar a interlocutória que rejeitou o pedido de recuperação judicial das sociedades empresárias austríacas e determinar o processamento conjunto da recuperação judicial das agravantes.

Rio de Janeiro, 19 de fevereiro de 2014.

DES. GILBERTO GUARINO

Relator

RESERVA REALIZADA EM RESTAURANTE. AUSÊNCIA DE CONTROLE INDIVIDUAL. PAGAMENTO INTEGRAL DA CONTA. FALTA DE INFORMAÇÃO. COBRANÇA VEXATÓRIA. CONSTRANGIMENTO FÍSICO E COERÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Direito do Consumidor e Direito Processual Civil. Reserva realizada em restaurante/bar. Cobrança do consumo da mesa que foi realizada em face da autora, sob o fundamento de que realizou a reserva. Ré que não se desincumbiu de seu ônus de provar que prestou as informações necessárias à autora no momento da reserva, no sentido de que ficaria responsável pelo pagamento de toda a conta

relativa à mesa reservada (arts. 6º, III, e 14, § 3º, do CDC). Falta de informações que afasta a responsabilidade da autora pelo pagamento integral da conta. Indenização por danos materiais referentes ao montante pago. Cobrança vexatória, mediante constrangimento físico e coerção (autora impedida de sair do estabelecimento por cerca de duas horas e meia), que configura ato ilícito (arts. 42 e 71 do CDC) e causa danos morais. Ré que não se desincumbiu de seu ônus de comprovar a inexistência do referido vício (art. 14, § 3º, do CDC). Reparação por danos morais fixada em R\$ 5.000,00. Sucumbência recíproca (superação do enunciado nº 326 da Súmula do STJ; incidência do enunciado nº 14 da ENFAM). Recurso a que se dá parcial provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0049821-82.2016.8.19.0203 em que é Apelante: Tassila Cristine Fernandes Pereira e Apelada: BGP Rio Restaurante e Entretenimento LTDA-EPP.

Acordam, por unanimidade de votos, os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em dar parcial provimento ao recurso.

Trata-se de apelação interposta pela autora contra sentença que julgou improcedentes os pedidos de reparação por danos morais e materiais, sob os fundamentos de que o valor cobrado da autora era devido e de que não houve excesso por parte da ré na cobrança (f. 189/191 dos autos eletrônicos).

Em sua apelação (f. 202/209 dos autos eletrônicos), a autora sustenta que é res-

ponsabilidade do estabelecimento manter um controle da consumação individual, não podendo transferir esse dever à autora, simplesmente porque a reserva foi feita em seu nome, já que isso jamais lhe foi informado. Afirma que foi desproporcionalmente coagida e constrangida no momento da cobrança, sendo proibida de sair do estabelecimento por duas horas e meia. Alega que a ré não se desincumbiu de seu ônus de provar a ausência de falha no serviço, de modo que deve ser condenada ao ressarcimento dos valores pagos e a reparar os danos morais sofridos.

A ré apresentou suas contrarrazões (f. 225/230 dos autos eletrônicos), nas quais afirma que controlou tudo que foi consumido, de modo que não há qualquer reclamação quanto aos produtos adquiridos pelas pessoas presentes na mesa da autora. Sustenta que a autora é responsável pelo pagamento integral do que foi consumido na mesa, tendo em vista que realizou a reserva e é cliente de longa data, conhecendo o padrão do estabelecimento. Alega que a desorganização dos convidados da autora não pode prejudicar a ré, de modo que ela deveria ter coletado o dinheiro, além de não haver prova nos autos do suposto constrangimento, razão pela qual não há que se falar em sua responsabilização por danos morais ou materiais.

Este relator determinou que as partes se manifestassem sobre a possibilidade de condenação da ré ao pagamento de: i) reparação por danos materiais, uma vez que não se desincumbiu de seu ônus de provar a regularidade de seu serviço (art. 14, § 3º, do CDC), mediante demonstração de que, no momento da reserva, foram prestadas

as informações necessárias e suficientes à autora (no sentido de que ela seria responsável pelo pagamento da consumação de todos os convidados ligados à mesa reservada), de acordo com os arts. 6º e 14, caput, do CDC; e ii) reparação por danos morais - independentemente da existência de dívida em nome da autora -, em razão de tê-la impedido de se retirar do estabelecimento, como forma de coerção para o pagamento da dívida, configurando constrangimento indevido, nos termos do art. 42, caput, do CDC (f. 236 dos autos eletrônicos).

A autora, então, se manifestou no sentido de que a responsabilidade de manter um controle do consumo de cada cliente é do estabelecimento, e não sua, de modo que não pode ser cobrada pela integralidade da conta simplesmente porque fez a reserva. Afirma que foi impedida de sair do local por cerca de duas horas e meia, o que configura ato ilícito, ainda que os valores fossem devidos, e causa danos morais (f. 239/242 dos autos eletrônicos).

A ré alegou que a autora foi informada expressamente sobre sua responsabilidade acerca da reserva no momento em que chegou ao local, o que configura procedimento padrão, além de ser cliente de longa data, conforme narrado na petição inicial. Afirma que não houve cobrança vexatória, conforme comprovado pelo vídeo acautelado em juízo e pelos depoimentos das testemunhas (f. 243/246 dos autos eletrônicos).

VOTO

Em primeiro lugar, é fato incontroverso no processo o fato de que a cobrança foi realizada

em face da autora por ela ter feito a reserva, como se extrai dos seguintes trechos da contestação:

“(...) sendo consumidos diversos produtos na mesa reservada pela Autora e, portanto, de sua responsabilidade.

Por procedimento padrão e em conformidade com o costume e boa-fé que se espera em relações de consumo, todos os produtos ficam vinculados à mesa da pessoa que fez a reserva, no caso, a Autora, tendo esta plena ciência do procedimento (...)” (f. 108 dos autos eletrônicos)

“(ii) a mesa estava sob a responsabilidade da Autora, uma vez que esta fez a reserva e juntamente com seus convidados acordaram a forma de coleta e pagamento do consumido;” (f. 111 e 118 dos autos eletrônicos)

Nesse sentido, é direito do consumidor receber informações completas e precisas acerca dos serviços contratados (art. 6º, III, do CDC). Dessa forma, como no presente processo se discutem danos causados por fatos do serviço (informações insuficientes), o ônus de provar sua regularidade era da ré, nos termos do art. 14, § 3º, do CDC.

Entretanto, não há qualquer prova no sentido de que, no momento da reserva, foram prestadas as informações necessárias e suficientes à autora - no sentido de que ela seria responsável pelo pagamento da consumação de todos os convidados ligados à mesa reservada. Na verdade, a ré se limita a afirmar que a autora era cliente de longa data e que, portanto, conhecia o procedimento adotado em casos de reserva, que também

deriva do costume e da boa-fé.

Com efeito, ainda que essas afirmações sejam verdadeiras, não afastam o ônus da ré de provar a informação adequada e o conhecimento da autora, especialmente porque o fato de ser uma frequentadora assídua do lugar não faz com que ela tenha efetuado reservas nas vezes em que esteve no estabelecimento. Além disso, não decorre do costume a obrigação de que o responsável pela reserva pague a conta da mesa, até mesmo porque, em muitos casos, a reserva pode ser feita por quem sequer comparece ao local. Some-se a isso o fato de que uma das testemunhas afirmou que é possível ingressar no local para ocupar mesas vazias, sem realização de reservas (f. 198 dos autos eletrônicos), fato que não foi impugnado ou controvertido pela ré.

Logo, tendo em vista que a ré não se desincumbiu de seu ônus de demonstrar a informação adequada acerca da responsabilidade da autora pelo pagamento do consumo da mesa reservada, não poderia imputar-lhe a dívida.

Importante destacar que não se afirma a inexistência de débito - pois é incontroverso que os presentes consumiram os produtos cobrados -, mas apenas a ausência de responsabilidade da autora em relação ao total desses valores.

Assim, como foi cobrado indevidamente o valor em face da autora, estão demonstrados o ato ilícito (violador do direito de informação do consumidor) e o dano material, impondo-se a responsabilização da ré a restituir o montante pago, no valor de R\$ 2.298,00 (f. 19 e 196 dos autos eletrônicos).

Além disso, independentemente de ser devido o valor pela autora, configura ato ilí-

cito sua retenção durante duas horas e meia, pela ré, no estabelecimento para que efetuasse o pagamento da conta, de acordo com os arts. 42 e 71 do CDC.

Com efeito, a ré não se desincumbiu de seu ônus de provar a inexistência do referido fato do serviço, nos termos do art. 14, § 3º, do CDC, pois a mídia trazida aos autos não se refere à área onde é realizada a cobrança e o controle da saída.

Da mesma forma, impedir a autora de se retirar do estabelecimento é uma forma de coação física capaz de causar danos morais, sendo razoável a fixação da reparação no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), uma vez que ficou retida por cerca de duas horas e meia, não tendo havido demonstração de outros atos vexatórios praticados pelos prepostos da ré.

Em relação à sucumbência, é possível verificar que a autora pediu reparação por danos materiais (R\$ 2.298,00) e por danos morais no valor de R\$ 30.000,00, ao passo que o pedido é parcialmente procedente para fixar o montante de R\$ 5.000,00 e para determinar a indenização dos danos materiais, de modo que houve sucumbência recíproca, em proporção de cerca de 20% para a ré e 80% para a autora.

Tendo em vista que o presente processo se instaurou já sob a vigência do CPC/2015, não é aplicável o enunciado nº 326 da Súmula do STJ (“Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.”),² 2 Parte da doutrina tem evidenciado a superação do referido enunciado: DELLORE, Luiz. Pedido

devendo incidir aqui o enunciado nº 14 da ENFAM sobre o CPC/2015 (“Em caso de sucumbência recíproca, deverá ser considerada proveito econômico do réu, para fins do art. 85, § 2º, do CPC/2015, a diferença entre o que foi pleiteado pelo autor e o que foi concedido, inclusive no que se refere às condenações por danos morais”).

Dessa forma, a autora deve ser condenada ao pagamento de 80% das custas e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o montante julgado improcedente (R\$ 25.000,00); ao passo que o réu deve ser condenado ao pagamento de 20% das custas e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o montante procedente (R\$ 7.298,00), sendo vedada a compensação (art. 85, § 14, do CPC).

Diante do exposto, o voto é no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO, a fim de JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS, a fim de condenar:

i) a ré ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R\$ 2.298,00, acrescido de correção monetária desde a data em que foi feito o desconto

de indenização e o CPC: fim da indústria do dano moral? Publicado em: 22/02/17. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-e-o-pedido-de-indenizacao-fim-da-industria-do-dano-moral-22022016#_ftnref11. Acesso em: 22/05/18. DELFINO, Lúcio; SOUSA, Diego Crevelin de. A derrocada do enunciado sumular 326 do Superior Tribunal de Justiça. Publicado em: 05/09/16. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-05/derrocada-enunciado-sumular-326-superior-tribunal-justica>. Acesso em: 22/05/18.

indevido do valor da multa, nos termos do enunciado nº 43 da Súmula do STJ,³ e de juros de mora desde a data da citação, pois se trata de responsabilidade contratual, nos termos do art. 405 do CC e de acordo com a jurisprudência do STJ;⁴

ii) a ré ao pagamento de reparação por danos morais, no valor de R\$ 5.000,00, acrescido de correção monetária desde a data do arbitramento, nos termos do enunciado nº 362 da Súmula do STJ, e de juros de mora desde a data da citação, pois se trata de responsabilidade contratual, nos termos do art. 405 do CC e de acordo com a jurisprudência do STJ;⁵

3 Enunciado nº 43 da Súmula do STJ: “Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.”

4 REsp 1.728.068/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 08/06/2018;

5 “Consoante jurisprudência desta Corte, nos casos de responsabilidade contratual, o termo inicial dos juros de mora é a data da citação, no percentual de 1% após a vigência do Código Civil de 2002. De igual forma, em se tratando de indenização por danos morais decorrentes de obrigação contratual, os juros de mora são devidos a partir da citação. Precedentes.” (STJ - AgInt no REsp 1.106.098/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 17/10/2017, DJe 26/10/2017). “No que tange ao termo inicial dos juros, ‘a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de ser a citação o termo inicial para a incidência dos juros de mora em caso de responsabilidade contratual, como ocorre in casu, em que se discute a responsabilidade da Empresa de Transporte de Passageiros pelo danos causados em razão de acidente envolvendo passageiro’ (STJ, REsp 1.645.743/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 18/04/2017).” (STJ - AgInt no REsp 1.658.801/DF, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 13/10/2017)

iii) a ré ao pagamento de 20% das custas, e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o montante procedente (R\$ 7.298,00); e

iv) a autora ao pagamento de 80% das custas, e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o montante julgado improcedente (R\$ 25.000,00), observada a gratuidade de justiça

que lhe foi concedida e vedando-se a compensação (art. 85, § 14, do CPC).

Rio de Janeiro, 24 de outubro de 2018.

DES. ALEXANDRE FREITAS CÂMARA

Relator

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. COOPERATIVA. VENDA E ARMAZENAMENTO DE COMBUSTÍVEL. LEGISLAÇÃO PERTINENTE NÃO OBSERVADA E LICENÇAS AMBIENTAIS NÃO APRESENTADAS. PROVAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SENTENÇA MANTIDA.

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 1º, I DA LEI Nº 8.176/91 E 56 DA LEI Nº 9.605/98, NA FORMA DO ARTIGO 69 DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA.

1. O Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Rio das Ostras condenou CARLOS AUGUSTO DE ALMEIDA SANTOS à pena de 01(um) ano de detenção, como incurso no artigo 1º, I, da Lei nº 8.176/91 e à pena de 01(um) ano de reclusão e 10 (dez) dias multa, como incurso no artigo 56 da Lei nº 9.605/98, fixando o Regime Aberto, para cumprimento das reprimendas, substituindo as penas corporais, nos termos do artigo 44 do Código Penal, por duas restritivas de direitos consistentes em Prestação de Serviços à Comunidade e Prestação Pecuniária no valor de 01 (um) salário-mínimo (indexador 210).

2. A Defesa Técnica alega, em síntese, ausência de prova da materialidade, aduzindo que não há crime porque, além de não depender de licenciamento, o ponto de abastecimento, que se encontra desativado desde a ocorrência, destinava-se, exclusivamente, ao abastecimento dos cooperados, nunca tendo ocorrido venda do combustível para qualquer outra pessoa. Destaca que não há prova pericial nos autos, já que a peça de informação constante de f. 26/27 refere-se a uma cópia aparentemente daquela

constante de f. 34/35, cujo original não foi juntado ao feito. Assevera que a prova oral produzida foi contundente e harmônica no sentido de que não havia revenda de combustível e de que não havia qualquer lucro, mas, sim, o uso pelo cooperado de abastecimento da cooperativa. Requer, pois, a reforma da Sentença para absolver o Réu na forma do artigo 386, III, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, entende que deve ser afastado o concurso material, reconhecendo-se o concurso formal ou a figura do crime único (indexador 238).

3. Autoria e materialidade restaram sobejamente demonstradas pelos seguros e coesos depoimentos prestados tanto em sede inquisitorial, quanto em Juízo, bem como pelo Auto de Prisão em Flagrante (indexador 9) e Laudo de Exame em Local (indexador 36). Consoante restou apurado nos autos, o Acusado, enquanto presidente da Cooperativa COOPEROSTRAS, revendia combustível líquido carburante com inobservância das normas estabelecida em Lei, nos termos do Laudo de Exame de Local acostado aos autos (indexador 36). Também restou evidenciado que tinha em depósito substância perigosa ou nociva ao meio ambiente, em desacordo com a legislação aplicável. De acordo com o Laudo de Local, o tanque não apresenta as placas de identificação em sua parede indicando o tipo de material combustível ali armazenado. Também foi constatado que o tanque está com afastamento de um metro da mureta em relação à seção circular, destacando que, em relação às paredes laterais, o afastamento das muretas foi medido em torno de 60 (sessenta) centímetros, sendo certo que o volume do tanque foi calculado em 15.59 m³ ou 15.590L (litros). O documento em questão, dispõe, ain-

da, *verbis*: (...) Considerações: De acordo com a NR 20, no tocante a instalações de tanques de combustíveis, a distância mínima de imóveis residenciais para tanques com capacidade volumétrica entre 2.801 e 45.000 L (litros), é de no mínimo quatro metros e meio (4,50m). Não foram apresentadas durante os exames periciais, as licenças ambientais pertinentes à instalação e operação do tanque, e portanto, impossibilitou a perícia de verificar se está em conformidade com as condições necessárias de funcionamento. Outro fato verificado é a falta de canaletas e um separador de água e óleo (SAO), para contenção do material existente, com a finalidade de evitar o contato com o solo e lençol freático. Conclusão: Com base nos exames realizados no local, foi possível verificar que tanque encontrado, não atende as especificações construtivas para seu funcionamento, se for de combustível (...). Como se vê, a perícia constatou que o tanque encontrado no local dos fatos comporta 15.59 m³ ou 15.590L (litros), ou seja capacidade superior a referida na Resolução ANP nº 12, de 21/03/2007, sendo certo que, nos termos da Portaria da ANP nº 116, de 05/07/2000 - artigo 10, inciso IV e Portaria GM nº 3.214, de 08 de junho de 1978 (indexador 48), a identificação do combustível automotivo, de forma destacada e visível, é indispensável, dispondo, outrossim, que a distância mínima entre os imóveis residenciais para tanques com capacidades volumétricas entre 2.801 e 45.000 litros é de no mínimo quatro metros e meio.

Os policiais civis, em sede policial, apresentaram a mesma versão, dando conta de que foram até o local dos fatos em razão de denúncia de que ali estava sendo comercia-

lizado combustível de forma indevida e, lá chegando, solicitaram ao réu a documentação que comprovasse a regularidade da atividade relacionada à venda e ao armazenamento de combustível, mas o recorrente não apresentou qualquer documento. Em Juízo, o policial Marcos confirma os fatos narrados na Denúncia, esclarecendo que, quando chegaram ao local, se depararam com um indivíduo abastecendo o veículo e que o Réu, indagado sobre a documentação, disse que esta se encontrava com o contador. A testemunha Robson, que estava no local abastecendo seu veículo com óleo diesel, na Delegacia afirma que trabalha com transporte alternativo e que foi ao local por ter recebido uma proposta para integrar o quadro de cooperados da COOPERENSEADA, já que esta possui tanque de abastecimento, ressaltando, contudo, que, naquele momento, ainda não era cooperado. Em juízo, confirmou que estava no local abastecendo seu veículo, quando os agentes da lei chegaram, afirmando, ainda, que o seu interesse de entrar na cooperativa se devia ao fato de o valor do diesel sair a preço de custo. Adilson Pacheco Neves, a seu turno, ouvido como informante, eis que afirma ocupar a função de diretor da entidade à época, disse que o combustível se destinava exclusivamente aos cooperados, não sabendo informar se no local havia placa de identificação e tampouco canaleta para separar a água do óleo. O acusado, por sua vez, admite em juízo que não havia no local placa informando sobre o tipo de combustível existente no tanque e que não havia canaleta e tampouco separador de água e óleo, aduzindo que o abastecimento não era constante. Disse, ainda, que, quando assumiu a presidência da Cooperativa, não foi repas-

sado ao interrogando qualquer documentação exigida pelos órgãos fiscalizadores. Relativamente à comercialização do combustível, embora o réu afirme que somente veículos inscritos na Cooperativa eram abastecidos ali, fato é que a prova demonstrou que no local era vendido óleo diesel abaixo do preço praticado nos postos de combustíveis da Região. É o que se extrai do depoimento da testemunha Robson, que afirma haver se interessado em se associar a entidade em questão em razão de o combustível ser vendido a preço abaixo do praticado nos postos da região.

Restou inconteste que o recorrente não contava com licenciamento ambiental, a despeito de a Resolução nº 273/2000 do CONAMA, em seu artigo 1º, estabelecer a obrigatoriedade da prévia autorização de órgão ambiental competente, para localização, construção, instalação, modificação, ampliação e operação de postos revendedores, postos de abastecimento, instalações de sistemas retalhistas e postos flutuantes de combustíveis dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis. Destarte, ainda que prescindível a autorização da ANP, prevista no §1º do artigo 3º da Resolução 12, não afastaria a responsabilidade do Apelante.

No que tange ao pleito de afastamento do concurso material e reconhecimento de concurso formal ou crime único, não há como prosperar. Isto porque os elementos de convicção hauridos apontam, de forma inequívoca, que o Apelante atuou finalisticamente mediante duas ações, de maneira autônoma, porquanto revendia o combustível líquido carburante em desarmonia com as normas estabelecidas

na Legislação e, ainda, mantinha armazenada substância perigosa ou nociva ao meio ambiente ao arrepio das exigências normativas. Deste modo, não há como se conceber que os delitos foram praticados mediante uma só ação, já que os verbos dos núcleos dos tipos são distintos, além de atingirem bens jurídicos diversos. O bem jurídico tutelado pelos crimes contra a ordem econômica, previstos na Lei nº 8.176/91, é a própria ordem econômica, enquanto a infração prevista no artigo 56 da Lei nº 9.605/98 relaciona-se à proteção do meio ambiente. Nessa linha de ideias, inviável, afigura-se, ainda, a existência de crime único.

Quanto ao laudo ter sido juntado aos autos por cópia, como bem destacado na Sentença impugnada, não representou prejuízo à ampla defesa, já que o ilustre causídico entendeu inteiramente o seu teor, tanto é que o impugnou em vários pontos, sendo certo que a condenação do recorrente não se alicerçou, exclusivamente, no documento em questão. De outro giro, nunca é demais lembrar que o juiz, nos termos do artigo 182, do Código de Processo Penal, não está adstrito ao laudo, sendo certo que o conteúdo do tanque era de óleo diesel, conforme se apura do depoimento da testemunha Robson que foi ao local para abastecer o seu veículo e das declarações do próprio diretor da entidade, Sr. Adilson Pacheco Neves. Adite-se, outrossim, que o laudo particular apresentado pela Defesa consigna que o tanque existente no local se destinava ao armazenamento de óleo diesel (indexador 138). Nesse contexto, não há dúvidas de que os fatos narrados na Denúncia restaram corroborados pela prova coligida, sendo correta, pois, a condenação do Recorrente nas iras dos

artigos no artigo 1º, I, da Lei nº 8.176/91 e artigo 56 da Lei nº 9.605/98

4. DOSIMETRIA. O Juízo *a quo* fixou as penas de ambos os crimes no mínimo previsto no tipo penal incriminador, ou seja, em 01 (um) ano de detenção como incurso no artigo 1º, I, da Lei nº 8.176/91 e 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, como incurso no artigo 56 da Lei nº 9.605/98, tornando-as definitivas nesse patamares, ante a ausência de causas modificadoras da pena, sendo certo que ainda que se considere a circunstância atenuante da confissão, não há o que ajustar, diante dos termos da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça. Estabeleceu o Regime Aberto, substituindo a pena corporal, nos termos do artigo 44 do Código Penal, por duas restritivas de direitos consistente em Prestação de Serviços à Comunidade e Prestação Pecuniária no valor de 01 (um) salário-mínimo. Portanto, não há o que retocar no *Decisum*, que estabeleceu as penas nos patamares mínimos e o Regime menos severo, além de aplicar o benefício previsto no artigo 44 do Código Penal.

5. Negado provimento ao recurso, mantendo-se, in totum, a Sentença vergastada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação nº 0025942-68.2013.8.19.0068, em que é Apelante: Carlos Augusto de Almeida Santos e Apelado: Ministério Público.

Acordam os Desembargadores, que integram a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do Voto da Desembargadora Relatora,

que passa a integrar o presente.

RELATÓRIO

O Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Rio das Ostras condenou Carlos Augusto de Almeida Santos à pena de 01 (um) ano de detenção, como incurso no artigo 1º, I, da Lei nº 8.176/91 e à pena de 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, como incurso no artigo 56 da Lei nº 9.605/98, fixando o regime aberto, para cumprimento das reprimendas, substituindo as penas corporais, nos termos do artigo 44 do Código Penal, por duas restritivas de direitos consistentes em Prestação de Serviços à Comunidade e Prestação Pecuniária no valor de 01 (um) salário-mínimo (indexador 210).

Intimação do acusado quanto aos termos da sentença, o qual se manifestou no sentido de deixar a cargo da Defesa a decisão quanto ao desejo de recorrer ou não (indexador 217).

Recurso de Apelação da Defesa Técnica, que em suas razões recursais, alega, em síntese, ausência de prova da materialidade, aduzindo que não há crime porque, além de não depender de licenciamento, o ponto de abastecimento, que se encontra desativado desde a ocorrência, destinava-se, exclusivamente, ao abastecimento dos cooperados, nunca tendo ocorrido venda do combustível para qualquer outra pessoa. Destaca que não há prova pericial nos autos, já que a peça de informação constante de f. 26/27 refere-se a uma cópia aparentemente daquela constante de f. 34/35, cujo original não foi juntado ao feito. Assevera que a prova oral produzida foi contundente e harmônica no sentido de que não havia revenda de combustível e de que não havia qualquer lucro, mas, sim, o uso pelo cooperado de abastecimento da coopera-

tiva. Requer, pois, a reforma da sentença para absolver o réu na forma do artigo 386, III, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, entende que deve ser afastado o concurso material, reconhecendo-se o concurso formal ou a figura do crime único (indexador 238).

Contrarrazões do Ministério Público prestigiando a sentença recorrida (indexador 251).

A Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do doutor Júlio Cesar Lima dos Santos, manifestou-se pelo conhecimento do recurso defensivo e, no mérito, pelo seu desprovimento (indexador 270).

É o relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo e estão satisfeitos os demais requisitos de admissibilidade.

Trata-se de Recurso de Apelação da Defesa Técnica, em razão da Sentença do Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Rio das Ostras, que condenou Carlos Augusto de Almeida Santos à pena de 01 (um) ano de detenção, como incurso no artigo 1º, I, da Lei nº 8.176/91 e à pena de 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, como incurso no artigo 56 da Lei nº 9.605/98, fixando o Regime Aberto, para cumprimento das reprimendas, substituindo-se as penas corporais, nos termos do artigo 44 do Código Penal, por duas restritivas de direitos consistentes em Prestação de Serviços à Comunidade e Prestação Pecuniária no valor de 01 (um) salário-mínimo (indexador 210).

A Denúncia imputou ao Acusado Carlos Augusto de Almeida Santos as condutas previstas nos artigos 1º, I da Lei nº 8.176/91 e 56

da Lei nº 9.605/98, na forma do artigo 69 do Código Penal, nos seguintes termos:

Em data que não se pode precisar, mas sabidamente que até o dia 25 de setembro de 2013, por volta de 16:00h, na Rua Amapá, lote 16, quadra 09, do bairro Cidade Praiana, nesta cidade, o denunciado, de forma consciente e voluntária revendia combustível líquido carburante em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei, conforme laudo de f. 24/25.

Nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o denunciado, de forma consciente e voluntária, comercializava e tinha em depósito, a substância perigosa ou nociva ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos.

Com efeito, na data e local acima precisados, policiais civis lotados na 128ª DP, após verificarem a veracidade de denúncia anônima que dava conta de que no estabelecimento acima referido, estaria ocorrendo a comercialização de combustível em desacordo com a legislação em vigor, prenderam em flagrante o denunciado, presidente da pessoa jurídica acima mencionada, e, como tal, incumbido de administrar o funcionamento do estabelecimento comercial e a comercialização do combustível.

Segundo as normas complementares específicas (Norma regulamentar nº 20 e Portaria ANP nº 11612000), as atividades relacionadas ao comércio de combustíveis somente podem ser exercidas caso haja identificação dos tanques com as devidas placas, caso haja respeito à distância mínima do tanque às vias públicas, além da necessidade de canaletas e um sepa-

rador de água e óleo para a contenção do material, visando evitar o contato com o solo e o lençol freático, dentre outras exigências, as quais não foram observadas pelo denunciado, conforme se infere do laudo de f. 24/25.

Registre-se, ainda, que na ocasião, não foram apresentadas as licenças ambientais pertinentes à instalação e operação do tanque.

A Defesa Técnica alega, em síntese, ausência de prova da materialidade, aduzindo que não há crime porque, além de não depender de licenciamento, o ponto de abastecimento, que se encontra desativado desde a ocorrência, destinava-se, exclusivamente, ao abastecimento dos cooperados, nunca tendo ocorrido venda do combustível para qualquer outra pessoa. Destaca que não há prova pericial nos autos, já que a peça de informação constante de f. 26/27 refere-se a uma cópia aparentemente daquela constante de f. 34/35, cujo original não foi juntado ao feito. Assevera que a prova oral produzida foi contundente e harmônica no sentido de que não havia revenda de combustível e de que não havia qualquer lucro, mas, sim, o uso pelo cooperado de abastecimento da cooperativa. Requer, pois, a reforma da Sentença para absolver o Réu na forma do artigo 386, III, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, entende que deve ser afastado o concurso material, reconhecendo-se o concurso formal ou a figura do crime único (indexador 238).

Considerando os termos da irrisignação recursal, passa-se ao revolvimento de todo o material fático-probatório coligido ao longo da instrução, a começar pela prova oral.

Os policiais civis Marcos da Silva Romero e Vivaldo Azevedo Melo, que realizaram a

prisão do acusado, apresentaram, em sede policial, a mesma versão dos fatos (indexadores 12/14). A Denúncia, por sua vez, narra os fatos como relatado pelos policiais na Delegacia.

O policial Marcos ainda acrescentou, de relevante, que, ao chegarem no local, constatarem a existência de um tanque que indicava ser utilizado para armazenagem de combustível e que, após contatarem o presidente e demais integrantes da cooperativa, souberam que o tanque armazenava combustível destinado à venda aos cooperados e sócios-contribuintes. Destaca, ainda, que ficaram sabendo que os sócios-contribuintes são clientes que se associam apenas para poderem adquirir o combustível com apresentação do vale-transporte, sem o desconto que é feito, em geral, nos postos de gasolina comerciais. Portanto, tais clientes não integram o quadro de cooperados permissionários das linhas de transporte operadas por aquela entidade. Pontua que o lucro da operação é revertido aos cooperados e que, no local, há várias residências no entorno.

Em juízo, o agente disse que foram até o local por determinação da autoridade policial com vistas a apurar denúncia no sentido de que estaria havendo ali comercialização de combustível. Lá chegando, foram recepcionados por um dos funcionários, que franqueou a entrada do depoente na Cooperativa. Relata que, assim que chegaram, se depararam com um cooperado abastecendo o veículo, ocasião em que pediram o comparecimento da pessoa responsável e apareceu o Sr. Carlos, o réu, o qual não apresentou a documentação pertinente, ou seja, alvarás para funcionamento, sendo ele conduzido à Delegacia para a lavratura do flagrante. Destaca que, ao que se recorda, o réu

teria dito ao depoente que o combustível há algum tempo atendia aos cooperados. Relata que foram instruídos, ainda na Delegacia, a verificar a existência de documentação sobre o armazenamento e a distribuição do combustível. Disse, ainda, que, na ocasião, o réu, indagado pelo depoente acerca da documentação, informou que esta estaria em poder do contador. Ressalta que foi feito exame de local.

Robson Carlos dos Reis, testemunha, em sede policial, disse que estava no local para abastecer seu veículo Citroen Jumper, esclarecendo que trabalha com transporte alternativo, sendo cooperado na Cooperativa COOPERENSEADA, tendo recebido proposta para integrar o quadro de cooperados na COOPEROSTRAS, que possui tanque de abastecimento, razão pela qual resolveu mudar de cooperativa, muito embora na data do fato não fosse cooperado da COOPEROSTRAS.

Em juízo, disse que recebeu um convite para se associar à Cooperativa e foi até as instalações. Chegando lá foi abastecer, quando os policiais chegaram, não sabendo dizer há quanto tempo funcionava a Cooperativa. Destaca que a Cooperativa era de transporte e fornecia combustível para os sócios-cooperados, não sabendo informar se havia licença para esse tipo de atividade. Disse que não se lembra o que Sr. Carlos disse ao ser abordado, pois já faz um tempo. Afirma que seu interesse de entrar na cooperativa se deve ao fato de o preço do diesel sair a preço de custo.

Adilson Pacheco Neves, testemunha, ouvido apenas em juízo, disse que é diretor da empresa. Destaca que o combustível de destinava exclusivamente aos cooperados, sendo assim

não havia lucro já que o custo do combustível era rateado. Destaca que não foi feito nenhum projeto para armazenagem do combustível, na gestão do declarante. Assevera que à época havia no local apenas um tanque de combustível, não sabendo dizer se havia placa de identificação informando qual o tipo de combustível ali existente. Pontua que hoje existe uma canaleta para separar água do óleo, não sabendo dizer se na ocasião ela existia.

Carlos Augusto de Almeida Santos, o acusado, por sua vez, em sede policial, invocou seu direito constitucional ao silêncio (indexador 18).

Em juízo, disse que não tinha a documentação exigida, já que, quando assumiu em 2009, o tanque de abastecimento já estava instalado na sede da Cooperativa. Destaca que a gestão anterior não informou sobre a situação legal relacionada ao tanque de abastecimento, tendo o depoente acreditado que estava tudo regular. Admite que no local não existia placa, informando, ainda, que a distância de uma das paredes era de 4 metros e da outra de 2,5 metros, ressaltando que à época em que foram construídas não havia residências ao lado e nem nos fundos. Conta que quando assumiu a presidência da Cooperativa foi feita uma proteção com uma malha bem grossa, informando, contudo, que não havia canaleta e tampouco separador de água, porque o abastecimento não era constante e, por isso, às vezes investiam um dinheiro, mas sem saber se ia dar continuidade no abastecimento ou não. Disse, ainda, que desde os fatos o local foi interditado, salientando que antes disto já tinham ocorrido duas investidas da Polícia Civil, em virtude de denúncias, mas a advogada da Cooperativa foi à

Delegacia e apresentou resoluções da ANP do Diário Oficial da União, as quais não exigiam que tanques com capacidade máxima de 15 mil litros precisassem ser legalizados, destacando que esta foi a terceira, denúncia, repisando que nas outras a advogada foi à Delegacia e ali o Delegado entendera que a situação encontrada no dia dos fatos estava dentro dos parâmetros e dentro da cooperativa.

Autoria e materialidade restaram sobejamente demonstradas pelos seguros e coesos depoimentos prestados tanto em sede inquisitorial, quanto em juízo, bem como pelo Auto de Prisão em Flagrante (indexador 9) e laudo de exame em local (indexador 36).

Consoante restou apurado nos autos, o acusado, enquanto presidente da Cooperativa COOPEROSTRAS, revendia combustível líquido carburante com inobservância das normas estabelecidas em lei, nos termos do laudo de exame de local acostado aos autos (indexador 36). Também restou evidenciado que tinha em depósito substância perigosa ou nociva ao meio ambiente, em desacordo com a legislação aplicável.

De acordo com o laudo de local, como o tanque não apresenta as placas de identificação em sua parede, não é possível afirmar o tipo de material combustível está contido em seu interior. Também foi constatado que o tanque está com afastamento de um metro da mureta em relação à seção circular, destacando que, em relação às paredes laterais, o afastamento das muretas foi medido em terno de 60 (sessenta) centímetros, sendo certo que o volume do tanque foi calculado em 15.59 m³ ou 15.590L (litros). A peça técnica em questão, dispõe, ainda, verbis:

(...) Considerações: De acordo com a NR 20, no tocante a instalações de tanques de combustíveis, a distância mínima de imóveis residenciais para tanques com capacidade volumétrica entre 2.801 e 45.000 L (litros), é de no mínimo quatro metros e meio (4,50m). Não foram apresentadas durante os exames periciais, as licenças ambientais pertinentes à instalação e operação do tanque, e portanto, impossibilitou a perícia de verificar se está em conformidade com as condições necessárias de funcionamento. Outro fato verificado é a falta de canaletas e um separador de água e óleo (SAO), para contenção do material existente, com a finalidade de evitar o contato com o solo e lençol freático. Conclusão: Com base nos exames realizados no local, foi possível verificar que tanque encontrado, não atende às especificações construtivas para seu funcionamento, se for de combustível

(...).

Como se vê, a perícia constatou que o tanque encontrado no local dos fatos comporta 15.59m³ ou 15.590L (litros), ou seja capacidade superior à referida na Resolução ANP nº 12, de 21/03/2007, sendo certo que, nos termos da Portaria da ANP nº 116, de 05/07/2000 - artigo 10, inciso IV) e Portaria GM nº 3.214, de 08 de junho de 1978 (indexador 48), a identificação do combustível automotivo, de forma destacada e visível, é indispensável, dispondo, outrossim, que a distância mínima entre os imóveis residenciais para tanques com capacidades volumétricas entre 2.801 e 45.000 litros é de no mínimo quatro metros e meio.

Os policiais civis, em sede policial, apresentaram a mesma versão, dando conta de que foram até o local dos fatos em razão de denúncia de que ali estava sendo comercializado combustível de forma indevida e, lá chegando, solicitaram ao réu a documentação que comprovasse a regularidade da atividade relacionada à venda e ao armazenamento de combustível, mas o Recorrente não apresentou qualquer documento.

Em juízo, o policial Marcos confirma os fatos narrados na denúncia, esclarecendo que, quando chegaram ao local, se depararam com um indivíduo abastecendo o veículo e que o réu, indagado sobre a documentação, disse que esta se encontrava com o contador.

A testemunha Robson, que estava no local abastecendo seu veículo com óleo diesel, na Delegacia afirma que trabalha com transporte alternativo e que foi ao local por ter recebido uma proposta para integrar o quadro de cooperados da COOPERENSEADA, já que esta possui tanque de abastecimento, ressaltando, contudo, que, naquele momento, ainda não era cooperado.

Em juízo, confirmou que estava no local abastecendo seu veículo, quando os agentes da lei chegaram, afirmando, ainda, que o seu interesse de entrar na cooperativa se devia ao fato de o valor do diesel sair a preço de custo.

Adilson Pacheco Neves, a seu turno, ouvido como informante, eis que afirma ocupar a função de diretor da entidade à época, disse que o combustível se destinava exclusivamente aos cooperados, não sabendo informar se no local havia placa de identificação e tampouco canaleta para separar a água do óleo.

O acusado, por sua vez, admite em juízo que não havia no local placa informando sobre o tipo de combustível existente no tanque e que não havia canaleta e tampouco separador de água e óleo, aduzindo que o abastecimento não era constante. Disse, ainda, que, quando assumiu a presidência da Cooperativa, não foi repassado ao interrogando qualquer documentação exigida pelos órgãos fiscalizadores.

Relativamente à comercialização do combustível, embora o réu afirme que somente veículos inscritos na Cooperativa eram abastecidos ali, fato é que a prova demonstrou que no local era vendido óleo diesel abaixo do preço praticado nos postos de combustíveis da região. É o que se extrai do depoimento da testemunha Robson, que afirma haver se interessado em se associar à entidade em questão em razão de o combustível ser vendido a preço abaixo do praticado nos postos da região.

Restou incontestado que o recorrente não contava com licenciamento ambiental, a despeito de a Resolução nº 273/2000 do CONAMA, em seu artigo 1º, estabelecer a obrigatoriedade da prévia autorização de órgão ambiental competente, para localização, construção, instalação, modificação, ampliação e operação de postos revendedores, postos de abastecimento, instalações de sistemas retalhistas e postos fluotantes de combustíveis dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis. Destarte, ainda que prescindível a autorização da ANP, prevista no §1º do artigo 3º da Resolução 12, não afastaria a responsabilidade do apelante.

No que tange ao pleito de afastamento do concurso material e reconhecimento de concurso formal ou crime único, não há como prosperar. Isto porque os elementos de convicção hauridos apontam, de forma inequívoca, que o apelante atuou finalisticamente mediante duas ações, de maneira autônoma, porquanto revendia o combustível líquido carburante em desarmonia com as normas estabelecida na Legislação e, ainda, mantinha armazenada substância perigosa ou nociva ao meio ambiente ao arrepio das exigências normativas.

Deste modo, não há como se conceber que os delitos foram praticados mediante uma só ação, já que os verbos dos núcleos dos tipos são distintos, além de atingirem bens jurídicos diversos. O bem jurídico tutelado pelos crimes contra a ordem econômica, previstos na Lei nº 8.176/91, é a própria ordem econômica, enquanto a infração prevista no artigo 56 da Lei nº 9.605/98 relaciona-se à proteção do meio ambiente. Nessa linha de ideias, inviável, afigura-se, ainda, a existência de crime único.

Quanto ao laudo ter sido juntado aos autos por cópia, como bem destacado na sentença impugnada, não representou prejuízo à ampla defesa, já que o ilustre causídico entendeu inteiramente o seu teor, tanto é que o impugnou em vários pontos, sendo certo que a condenação do recorrente não se alicerçou, exclusivamente, no documento em questão. De outro giro, nunca é demais lembrar que o juiz, nos termos do artigo 182, do Código de Processo Penal, não está adstrito ao laudo, sendo certo que o conteúdo do tanque era de óleo diesel, conforme se apura do depoimento da testemunha Robson que foi ao local para

abastecer o seu veículo e das declarações do próprio diretor da entidade, Sr. Adilson Pacheco Neves. Adite-se, outrossim, que o laudo particular apresentado pela Defesa consigna que o tanque existente no local se destinava ao armazenamento de óleo diesel (indexador 138).

Nesse contexto, não há dúvidas de que os fatos narrados na denúncia restaram corroborados pela prova coligida, sendo correta, pois, a condenação do recorrente nas iras dos artigos 1º, I, da Lei nº 8.176/91 e artigo 56 da Lei nº 9.605/98.

DOSIMETRIA

O juízo *a quo* fixou as penas de ambos os crimes no mínimo previsto no tipo penal incriminador, ou seja, em 01 (um) ano de detenção como incurso no artigo 1º, I, da Lei nº 8.176/91 e 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, como incurso no artigo 56 da Lei nº 9.605/98, tornando-as definitivas nesse patamares, ante a ausência de causas modificadoras da pena, sendo certo que ainda que se considere a circunstância atenuante da confissão, não há o que ajustar, diante dos termos da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça. Estabeleceu o regime aberto, substituindo a pena corporal, nos termos do artigo 44 do Código Penal, por duas restritivas de direitos consistente em Prestação de Serviços à Comunidade e Prestação Pecuniária no valor de 01 (um) salário-mínimo.

Portanto, não há o que retocar no decissum, que estabeleceu as penas nos patamares mínimos e o regime menos severo, além de aplicar o benefício previsto no artigo 44 do Código Penal.

Diante de todo o exposto e tudo mais que dos autos consta, voto no sentido de ser negado provimento ao recurso, mantendo-se, in totum, a sentença vergastada.

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2018.

**DES. ADRIANA LOPES MOUTINHO
DAUDT D'OLIVEIRA**

Relatora

**CRIME DE INJÚRIA RACIAL E
AMEAÇA. BRANQUELA AZEDA. CON-
FISSÃO ADMITINDO OFENSAS E XIN-
GAMENTOS. DOLO DE AGIR. UTILI-
ZAÇÃO DE FRASES AMEAÇADORAS.
RECURSO NEGADO.**

EMENTA - ARTS. 140 § 3º E 147 DO CÓDIGO PENAL EM CONCURSO MATERIAL - APELANTE QUE INJURIA A VÍTIMA, CHAMANDO-A DE "BRANQUELA AZEDA", ALÉM DE AMEAÇÁ-LA - MATERIALIDADE, AUTORIA E CULPABILIDADE DEMONSTRADAS *QUANTUM SATIS* - PLEITO DEFENSIVO DE ABSOLVIÇÃO DO APELANTE ANTE À SUPOSTA FRAGILIDADE PROBATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - PROVA MAIS QUE SUFICIENTE PARA A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO IMPOSTA - CONFISSÃO DO APELANTE SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO, ALÉM DA PALAVRA DA VÍTIMA, A QUAL ASSUME ESPECIAL RELEVÂNCIA NO CASO CONCRETO, PERMITINDO A CONDENAÇÃO - CONDUTAS CRIMINOSAS PRACTICADAS QUE SE MOSTRARAM ABSOLUTAMENTE TÍPICAS - SENTENÇA QUE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS E

JURÍDICOS FUNDAMENTOS - DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Vistos, discutidos e relatados estes autos de Apelação nº 0012110-08.2014.8.19.0011, em que figura como Apelante M.M.S. e Apelado o Ministério Público,

Acordam os Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso defensivo, na forma do voto do Des. Relator.

Recurso de Apelação interposto por M.M.S., inconformado com a r. sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Cabo Frio - RJ (f. 111/113v) que julgou procedente o pedido contido na inicial acusatória, condenando-o à pena de 01 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal e a 01 (um) mês de detenção em regime aberto, pela prática dos delitos previstos nos artigos 140, § 3º e artigo 147, caput n/f do artigo 69, todos do Código Penal, substituída a pena afliativa por penas restritivas de direito.

Razões de Apelação, a f. 124/133, pretendendo a reforma do decisum para que seja absolvido da imputação dos crimes a ele imputados, eis que o conjunto probatório é frágil e incapaz de suportar um decreto condenatório.

Contrarrazões do Ministério Público, a f. 212/216, manifestando-se pelo conhecimento do apelo para a ele negar provimento.

Prequestionam o *Parquet* e a defesa dispositivos constitucionais e de legislação federal,

ambos objetivando eventual recurso aos Tribunais Superiores.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça, a f. 249/256, opinando pelo conhecimento e parcial provimento do recurso defensivo.

É o relatório.

À douta Revisão.

VOTO

Irresignado com a r. sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Cabo Frio - RJ (f. 111/113v) que julgou procedente o pedido contido na inicial acusatória, condenando-o à pena de 01 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal e a 01 (um) mês de detenção em regime aberto, pela prática dos delitos previstos nos artigos 140, § 3º e artigo 147, caput n/f do artigo 69, todos do Código Penal, substituída a pena afliativa por penas restritivas de direito, recorre o Apelante.

Foi o apelante condenado no primeiro grau de jurisdição porque no dia, hora e local indicados na denúncia, injuriou e ameaçou a vítima. *In verbis*:

No dia 06 de agosto de 2013, por volta das 15h30min, em via pública, próximo à residência da vítima, situada na Rua Quatro, nº 20, no bairro Reserva do Perú, nesta cidade, o denunciado, de forma livre e consciente, injuriou, ofendendo-lhe a dignidade e o decoro da vítima, P.R., consiste na utilização de elementos referentes à raça e cor, ao aduzir que a vítima era uma “branquela azeda”.

Nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e local, o denunciado, de forma livre e consciente, ameaçou-a de causar-lhe mal injusto e grave, ao aduzir: “Vou mandar você de volta para o Rio, não sou homem de falar, mas de fazer”.

Ouvida em Juízo, sob o crivo do contraditório, a f. 123, a vítima P. relatou:

“... Que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia. Que a depoente morava no mesmo terreno que o réu. Que a depoente acredita que o réu se sentiu prejudicado com a sua chegada, pois era caseiro da residência de um casal que; morava no Rio de Janeiro. Que a depoente foi morar de favor na casa desse casal até que construísse a sua casa. Que morava na casa do casal há dois meses antes da data dos fatos. Que no dia dos fatos a depoente foi entregar o saco de ração de cachorro ao réu, pois ele tomava conta do cachorro do casal donos da casa, mas quando foi entregar o saco de ração, colocou-o sobre o muro e o saco virou. Que após isso, o réu ficou nervoso e passou a agredir verbalmente a depoente. Que o réu disse que já havia se livrado de “uns” e que agora a depoente vinha atrapalhar. Que a depoente acredita que o réu estava se referindo à sua ex-esposa e ao enteado do réu, de quem havia se separado. Que o réu chegou a reclamar que os filhos da depoente faziam bagunça. Que o réu mandou a depoente ‘tomar no cu’ e que iria a mandar de volta para onde ela tinha vindo. Que então a depoente foi a delegacia e fez o registro de ocorrência. Que o réu chamou a depoente de “branquela azeda”; ...”

Em suas razões recursais, o apelante quer ver-se absolvido por insuficiência de

provas porque toda prova foi baseada na palavra da vítima.

O apelante, quando interrogado, admitiu as ofensas e xingamentos, não havendo o que se falar, portanto em fragilidade probatória diante da confissão oportunizada, restando comprovados os dois delitos.

Inobstante a confissão, é cristalino que a materialidade do crime de lesão corporal foi comprovada por prova técnica e, ao contrário do alegado pela Defesa, a palavra da vítima, em crimes da natureza do presente, assume relevância especial, merecendo todo crédito e possuindo plena validade, permitindo a imposição de um decreto condenatório.

APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CONDENAÇÃO DO RÉU PELA PRÁTICA DO CRIME DE AMEAÇA, CONDOTA TIPIFICADA NO ARTIGO 147, DO CÓDIGO PENAL, À PENA DE 01 (UM) MÊS DE DETENÇÃO, EM REGIME ABERTO, SENDO CONCEDIDO O BENEFÍCIO DO SURSIS PELO PRAZO DE 02 (DOIS) ANOS. APELA A DEFESA PELA ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO POR AUSÊNCIA DE PROVAS E POR ATIPICIDADE DA CONDOTA. A TESE DEFENSIVA NÃO MERECE ACOLHIDA. O DEPOIMENTO DA VÍTIMA EXPLICITA QUE, EM 21/08/2010, O RÉU A AMEAÇOU DE MORTE, BEM COMO DE PREJUDICAR SEUS FILHOS ADOLESCENTES AO PROFERIR OS SEGUINTE DIZERES: “VOU ACABAR COM A SUA VIDA!”, “EU NÃO TENHO NADA A PERDER! TOMA CUIDADO, POIS VOCÊ TEM FILHOS!”, EXPULSANDO-A, EM SEGUIDA, DE SUA RESIDÊN-

CIA COM SEUS TRÊS FILHOS. RELATOS CORROBORADOS PELA TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO, OUVIDA NA QUALIDADE DE INFORMANTE. IMPORTA FRISAR QUE NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA A PALAVRA DA VÍTIMA POSSUI RELEVÂNCIA ÍMPAR, ESPECIALMENTE PORQUE, NA MAIORIA DAS VEZES, TAIS DELITOS SÃO PRATICADOS NA CLANDESTINIDADE. ALÉM DISSO, A CONDOTA DO ACUSADO FOI APTA A INCUTIR NA VÍTIMA TEMOR QUANTO AO MAL INJUSTO E GRAVE ANUNCIADO PELO RÉU, RESTANDO CONFORMADA A CONDOTA TÍPICA PREVISTA NO ARTIGO 147, DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS, NÃO HAVENDO COMO ACOLHER O PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. SANÇÃO PENAL FIXADA EM OBSERVÂNCIA AOS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE, NÃO ESTANDO A MERECER REPARO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

(TJRJ - 0010795-91.2011.8.19.0061 - APELAÇÃO - DES. LUIZ ZVEITER - Julgamento: 13/05/2014 - PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL)

APELAÇÃO. Violência Doméstica. Artigo 129, § 9º, do Código Penal. RECURSO DEFENSIVO. Preliminares de nulidade do processo, por ausência de proposta de suspensão condicional do mesmo, e por incompetência do Juízo. Mérito voltado à absolvição, ao argumento de fragilidade probatória. Pleito alternativo de fixação da pena no mínimo legal e, conseqüentemente, de reconhecimento da prescrição. 1. O artigo 41, da Lei nº

11.340/2006, veda a aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95, dentre eles a suspensão condicional do processo, aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independente da pena aplicada. Constitucionalidade do citado artigo já reconhecida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal. 2. A Lei nº 11.340/06, com o intuito de proteger a mulher da violência doméstica e familiar, exige que o crime seja cometido no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agente conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação, no que se enquadra, perfeitamente, a presente hipótese. *In casu*, a violência se deu em razão de uma discussão ocorrida entre ex-namorados, sobre questões de relacionamento, tornando competente, então, o Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. 3. Se a materialidade e a autoria do crime restaram devidamente comprovadas, a primeira pela Auto de Exame de Corpo de Delito da vítima, e a segunda pela prova oral colhida, consubstanciada nas declarações da vítima, tanto em sede policial, como em Juízo, firmes e seguras em relatar as agressões sofridas, não há amparo à absolvição. Como já firmado em nossa Jurisprudência, a palavra da vítima reveste-se de crucial importância nos crimes ocorridos em um contexto de violência doméstica e familiar, eis que, em regra, ocorrem na clandestinidade, portanto sem a presença de outras pessoas, que não os envolvidos. Vale anotar que, o ora apelado é revel, tendo perdido, assim, a oportunidade de oferecer sua versão dos fatos. 4. O aumento da pena-base que se encontra devidamente fundamentado, deixa sem suporte a pretensão de redução, não mais se discutindo em nossa

doutrina e jurisprudência, que decisão sucintamente fundamentada é diferente daquela sem qualquer embasamento, restando prejudicado, em consequência, eventual reconhecimento da prescrição. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO DESPROVIDO.

(TJRJ - 0049406-67.2009.8.19.0002 – APELAÇÃO - DES. KATIA JANGUTTA - Julgamento: 13/05/2014 – SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL)

O dolo de agir do agente criminoso foi demonstrado até mesmo em razão da frase ameaçadora de se livrar da vítima, devolvendo-a para o Rio de Janeiro, o que constituiu o crime de ameaça, de natureza formal.

Por último, mas não menos importante, não vislumbro qualquer ofensa nos dispositivos constitucionais e de legislação federal elencados tanto pelo Ministério Público quanto pela Defesa do Apelante.

Voto, pois, em conhecendo do recurso, no sentido de a ele negar provimento.

Rio de Janeiro, 04 de setembro de 2018.

**DES. ANTONIO JOSÉ FERREIRA
CARVALHO**
Relator

DESACATO À POLICIAIS MILITARES. INSATISFAÇÃO COM REVISITA PESSOAL. DEFESA QUE INVOCA A IMPERTINÊNCIA DO TIPO PENAL. DIREITO DE EXPRESSÃO. NÃO CABIMENTO. DOLO. PALAVRAS INJURIOSAS COM PROPÓSITO DE OFENDER. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SENTENÇA MANTIDA.

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGOS 330, 331 E 147, NA FORMA DO ARTIGO 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. Condenação à pena de 06 (seis) meses de detenção, diante da prática do crime previsto no artigo 331 do Código Penal. Substituição da pena privativa de liberdade por 01 (uma) pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade. Sentença de absolvição com relação aos crimes previstos no artigo 147 e artigo 330, todos do Código Penal. Segundo a denúncia, o acusado pegava carona no veículo de um terceiro, quando foi abordado por policiais militares, que iniciaram revista pessoal. Contudo, o acusado pretendeu deixar o local, sem permissão, ainda que tenha recebido ordens para não se afastar. Nas mesmas condições de tempo e local, o recorrente desacatou os mesmos policiais, que estavam no exercício de suas funções, tendo xingado-os de “políciazinhos de merda; que tiram onda quando de farda e que quer ver o que eles vão fazer quando estiverem sem farda”. Igualmente no mesmo dia e local, o recorrente ameaçou os citados policiais militares de causar-lhes mal injusto e grave, tendo dito, em tom ameaçador: “que conhece os familiares dos policiais”. Não assiste razão à defesa técnica. Da preliminar. 1) Da absolvição em razão da tipicidade de conduta fundamentada na Convenção Americana de Direitos Humanos. Insustentável a tese de inconvenionalidade do crime de desacato, na medida em que o dispositivo legal encontra-se em perfeita vigência no ordenamento pátrio. Assim, a Defesa invoca a impertinência do tipo penal, sob o argumento

de que viola flagrantemente o direito de expressão, conforme tese esposada na Convenção Americana de Direitos Humanos. No entanto, a citada liberdade pública não se reputa absoluta, razão pela qual deve ser coibida em caso de abuso. Do mérito. 1) Do crime de desacato. A jurisprudência vem entendendo que para configuração do delito de desacato, exige-se o dolo do desacato, ou seja, a vontade consciente de praticar a ação, ou proferir a palavra injuriosa com o propósito de ofender, ou desrespeitar o funcionário a quem se dirige, não configurando o crime as expressões produto de desabafo ou revolta momentânea. Do cotejo probatório, conclui-se que o réu proferiu tais palavras por ocasião da abordagem policial, tendo se exaltado e agido de maneira desrespeitosa e agressiva com os agentes públicos. O acusado reconheceu a sua insatisfação com a revista feita pelos policiais militares, o que torna críveis as declarações dos citados agentes. Perfeitamente delineada a conduta típica. 2) Da prescrição. O crime sob análise foi praticado em 29 de janeiro de 2014. Merece pequena correção quanto à data de recebimento da denúncia, haja vista que os autos foram remetidos à conclusão no dia 11/07/2014 para análise da peça acusatória, sendo essa a data de recebimento da citada peça. A sentença condenatória foi publicada no dia 05/06/2017. Logo e, considerando que a publicação da sentença recorrível constitui marco interruptivo da prescrição, nos termos do artigo 117, inciso IV do Código Penal, percebe-se que não houve transcurso de lapso temporal superior a 03 (três) anos entre o recebimento da denúncia (11/07/2014) e a data da publicação. Afastada, assim, a prescrição da pretensão

punitiva. Dosimetria sem reparo. A sentenciante olvidou-se de fixar o regime prisional em caso de eventual descumprimento de pena pelo acusado, o que deverá ser feito de ofício. Considerando o quantum de pena fixado, adequado o regime aberto, a teor do disposto no artigo 33, § 2º, na alínea “c” do Código Penal. Oportuna a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos termos do artigo 44 do diploma penal. Desprovimento do recurso defensivo. Manutenção integral da sentença guerreada.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados estes autos da Apelação Criminal nº 0000846-22.2014.8.19.0034, em que é Apelante Douglas Aguiar Gemino, e Apelado o Ministério Público.

Acordam os Desembargadores que compõem a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso defensivo, na forma do voto da Desembargadora Relatora.

RELATÓRIO

Recurso de apelação interposto pela Defesa contra a sentença que condenou Douglas Aguiar Gemino à pena de 06 (seis) meses de detenção, diante da prática do crime previsto no artigo 331 do Código Penal (pasta 140).

A pena privativa de liberdade foi substituída por 01 (uma) pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

O acusado foi absolvido com relação aos

crimes previstos no artigo 147 e artigo 330, todos do Código Penal.

Narra a denúncia *in verbis* (pasta 002):

“ No dia 29 de janeiro de 2014 por volta das 17:50 horas, na Rua Honorato, via pública, bairro Vila José de Carvalho, nesta cidade, o denunciado, com vontade livre e consciente, desobedeceu a ordem legal de funcionário público, tendo se afastado do local da abordagem quando lhe havia sido ordenado pelos Policiais Militares Alexandre Vieira Ribeiro e Leonardo Costa dos Santos que não se afastasse até que fosse concluída a revista.

Nas mesmas condições de tempo e local, o denunciado, com vontade livre e consciente, desacatou os policiais Militares José Carlos da Conceição Vieira e Wilson Grei Martins Portela, no exercício de suas funções, xingando-os de “policiaizinhos de merda; que tiram onda quando de farda e que quer ver o que eles vão fazer quando estiverem sem farda”.

Ainda no mesmo dia e local, o denunciado, com vontade livre e consciente, ameaçou os Policiais Militares José Carlos da Conceição Vieira e Wilson Grei Martins Portela, de causar-lhes mal injusto e grave, tendo dito, em tom ameaçador: ‘que conhece os familiares dos policiais’.

Policiais Militares abordaram o veículo conduzido por Samuel de Oliveira Fraga, sendo certo que o denunciado ocupava o assento do carona. Após realizarem a revista pessoal no denunciado, os Milicianos ordenaram que o mesmo permanecesse no local enquanto procediam à revista no veículo, o que, contudo, não foi por ele atendido, tendo o mesmo se afas-

tando dali, xingando e ameaçando os policiais.

Assim agindo, está o denunciado incurso nas sanções previstas pelos artigos 330, 331 e 147, n/f do artigo 69, todos do Código Penal”.

Folha de Antecedentes Criminais acha-se nas pastas 021, 120.

Decisão de recebimento de denúncia, que se deu no dia 11/07/2014, encontra-se na pasta 048.

Termos de Audiência de Instrução e Julgamento encontram-se nas pastas 068, 086, 097.

Em suas razões recursais, a Defesa obscura (pasta 157):

a) preliminarmente, a absolvição do acusado em razão da atipicidade da conduta com base na Convenção Americana de Direitos Humanos;

b) subsidiariamente, a absolvição do recorrente, diante da fragilidade de probatória;

c) o reconhecimento da prescrição da pretensão executória.

Não houve recurso ministerial.

O Ministério Público apresentou contrarrazões recursais, tendo opinado pelo desprovisionamento do recurso defensivo (pasta 186).

A Ilustre Procuradora de Justiça, Dra. ROSÂNGELA CARROZZINO CANELLAS, em seu parecer, opina no sentido do desprovisionamento do apelo defensivo (pasta 200).

É o relatório. À Douta Revisão.

VOTO

Recurso de apelação interposto pela

Defesa contra a sentença que condenou Douglas Aguiar Gemino à pena de 06 (seis) meses de detenção, diante da prática do crime previsto no artigo 331 do Código Penal (pasta 140).

A pena privativa de liberdade foi substituída por 01 (uma) pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

O acusado foi absolvido com relação aos crimes previstos no artigo 147 e artigo 330, todos do Código Penal.

Em suas razões recursais, a Defesa obscura (pasta 157):

a) preliminarmente, a absolvição do acusado em razão da atipicidade da conduta com base na Convenção Americana de Direitos Humanos;

b) subsidiariamente, a absolvição do recorrente, diante da fragilidade de probatória;

c) o reconhecimento da prescrição da pretensão executória.

DA PRELIMINAR

1) Da atipicidade da conduta diante do entendimento da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Com relação à inconveniência do crime do artigo 331 do Código Penal, o requerimento não merece prosperar.

O citado dispositivo se encontra em perfeita vigência no ordenamento pátrio, sendo hábil a coibir eventuais ofensas ou desprestígio ao funcionário no exercício da função pública,

ainda que feitas sob o argumento do exercício da liberdade de expressão.

Certo é que as liberdades públicas não se revelam absolutas, inclusive o direito de se manifestar, momento em que não podem ser exercidas de forma plena e irrestrita. Assim, eventuais abusos devem ser coibidos, inclusive com a aplicação do tipo penal do artigo 331 daquele diploma.

Ressalto que não ignoro a recente decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que descriminalizou a conduta tipificada como crime de desacato à autoridade.

Todavia, tal decisão foi proferida no caso em concreto que tramitava perante aquele Tribunal.

Muito embora, com esta decisão abra-se um precedente, passível de utilização em julgamento futuros, entendo que ela não possui efeito erga omnes, razão pela qual o tipo penal encontra-se em plena vigência.

A respeito, vale mencionar a seguinte decisão:

“HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E DOS ARTS. 330 E 331 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO SE REVELA ABSOLUTO. CONTROLE DE CONVEN-

CIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE (IDH). ATOS EXPEDIDOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). AUSÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE. TESTE TRIPARTITE. VETORES DE HERMENÊUTICA DOS DIREITOS TUTELADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTEVISTAS NO ART. 13.2. DO PSJCR. SOBERANIA DO ESTADO. TEORIA DA MARGEM DE APRECIACÃO NACIONAL (MARGIN OF APPRECIATION). INCOLUMIDADE DO CRIME DE DESACATO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, NOS TERMOS EM QUE ENTALHADO NO ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE, IN CASU, DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO TÃO LOGO QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto nº 678/1992, passando, desde então, a figurar com observância obrigatória e integral do Estado.

2. Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem status de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais

normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta. Precedentes.

3. De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Desta feita, depreende-se que a CIDH não possui função jurisdicional.

4. A Corte Internacional de Direitos Humanos (IDH), por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo atribuição jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto.

5. As deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter “moral”, podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos.

6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente “poder de embaraço” ou “mobilização da vergonha”.

7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema “leis de desacato”, não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil.

8. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão.

9. Teste tripartite. Exige-se o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. da CADH, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão. Em se tratando de limitação oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade.

10. Os vetores de hermenêutica dos Direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica, ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente. Sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal.

11. Norma que incorpora o preenchimento de todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além ser objeto de previsão legal com aceção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública.

12. A CIDH e a Corte Interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabili-

dades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo de entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito.

13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, “compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional.”

14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material.

15. Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de apreciação Nacional (*margin of appreciation*).

16. O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública. Apontamentos da doutrina alienígena.

17. O processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra

lato sensu da Administração Pública.

18. Preenchimento das condições anevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a inculmidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal.

19. Voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração, deve ser mantido o acórdão vergastado em sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, primo ictu oculi, violadores de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas.

20. Habeas Corpus não conhecido”. (STJ, HC 379.269/MS Habeas Corpus nº 2016/0303542-3, Terceira Seção, data de julg.: 24/05/2017, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA)

Superada, assim, a preliminar.

2) Do mérito.

Inconteste a materialidade e autoria delitiva, o que exsurge do próprio Termo Circunstanciado e prova oral produzida nos autos (pastas 007/009, 097).

O policial José Carlos afirmou que realizava patrulhamento de rotina no dia dos fatos, momento em que abordou o veículo do acusado. O acusado dispôs-se com os policiais em razão deste fato, instante em que Douglas tentou deixar o local. Então, José Carlos determinou que o recorrente

não prosseguisse, quando Douglas passou a xingar o depoente (José Carlos) e ameaçar sua família e do seu colega de farda, além de fazer gestos em sua direção.

A testemunha Wilson identificou-se como colega de farda do primeiro depoente (José Carlos), tendo confirmado o relato anterior. A abordagem deu-se em razão da atitude suspeita do veículo utilizado pelo apelante. Em razão disso, o acusado desembarcou do veículo e passou a proferir palavras de baixo escalão, e ameaçar a família dos policiais.

Em seu interrogatório, o acusado afirmou não serem verdadeiros os fatos narrados na denúncia. Na versão do acusado, os policiais militares abordaram-lhe, o que lhe causou repulsa, já que são frequentes as revistas feitas por estes policiais. O acusado relatou não ter deixado o local dos fatos. No entanto, os agentes públicos solicitaram reforços, tendo se dirigido ao local cerca de 10 (dez) viaturas militares. Por derradeiro, Douglas negou ter xingado ou ameaçado os policiais, afirmando que suas palavras foram mal compreendidas por José Carlos e Wilson.

A jurisprudência vem entendendo que para configuração do delito de desacato, exige-se o dolo do desacato, ou seja, a vontade consciente de praticar a ação, ou proferir a palavra injuriosa com o propósito de ofender, ou desrespeitar o funcionário a quem se dirige, não configurando o crime as expressões produto de desabafo ou revolta momentânea.

Dos depoimentos acima transcritos, conclui-se que o réu proferiu palavras ofensivas, tendo agido de maneira desres-

peitosa e agressiva com os agentes públicos ao ser abordado.

Ademais, Douglas reconheceu a insatisfação quanto à abordagem policial, diante do fato de ser alvo frequente deste tipo de revista. Nesse sentido, as versões trazidas pelos policiais militares são coerentes com a dinâmica delitiva.

Escorreito, portanto, o juízo de censura.

3) Da prescrição.

A Defesa requereu o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, sob o argumento de que a denúncia foi recebida no dia 02/04/2013, e o trânsito em julgado da sentença para a acusação deu-se em 24/08/2017 (pasta 157 - f. 146).

Sustenta que diante do fato, implementado prazo superior a 03 (três) anos entre os dois marcos, o que enseja a extinção da punibilidade, nos termos do artigo 109, inciso VI do Código Penal.

Ocorre que o crime sob análise foi praticado em 29 de janeiro de 2014 (pasta 002).

Neste ponto, merece pequena correção quanto à data de recebimento da denúncia, haja vista que os autos foram remetidos à conclusão no dia 11/07/2014 para análise da peça acusatória.

Desta forma, a denúncia foi recebida neste dia (11/07/2014), o que foi confirmado, inclusive, por meio de consulta ao Sistema Informatizado do TJERJ.

A sentença condenatória foi publicada no dia 05/06/2017 (pasta 140).

Assim e, considerando que a publicação da sentença recorrível constitui marco interruptivo da prescrição, nos termos do artigo 117, inciso IV do Código Penal, percebe-se que não houve transcurso de lapso temporal superior a 03 (três) anos entre o recebimento da denúncia (11/07/2014) e a citada data.

Afastada, assim, a prescrição da pretensão punitiva suscitada pela Defesa Técnica.

A dosimetria não merece retoque, devendo permanecer tal como lançada.

Com relação ao regime de pena, assiste razão à Procuradora de Justiça.

A magistrada sentenciante olvidou-se de fixar o regime prisional em caso de eventual descumprimento de pena pelo acusado. Necessária, assim, a imposição do aludido regime, o que deverá ser feito de ofício.

Neste sentido e, tendo em vista o quantum de pena fixado, revela-se adequado o regime aberto, a teor do disposto no artigo 33, § 2º, na alínea “c” do Código Penal.

Acertada a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos feita pela juíza sentenciante, nos termos do artigo 44 do diploma penal.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso defensivo. Manutenção integral da sentença vergastada.

Rio de Janeiro, 29 de janeiro de 2019.

DES. MARCIA PERRINI BODART

Relatora

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. APENADO QUE CUMPRE PENA DE MAIS DE 26 ANOS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. LEP. GRAVAÇÃO DE VÍDEO EM CELULAR FEITO PELO APEADO E DE MAIS PRESOS DE DENTRO DA CELA E ENVIADO PARA EMISSORA DE TELEVISÃO. SUBVERSÃO DA ROTINA DISCIPLINAR INTERNA. RECURSO PROVIDO. PRAZO DE 45 (QUARENTA E CINCO) DIAS. VOTO VENCIDO.

Agravo em execução penal manejado pelo Ministério Público. Recurso que persegue a reforma da decisão agravada, para incluir o apenado em regime disciplinar diferenciado. Mérito que se resolve em favor do agravante. Apenado (cumprindo pena de mais de 26 anos de reclusão pela prática de delitos de roubo circunstanciado, resistência, tráfico de drogas, receptação e porte ilegal de arma de fogo), que, juntamente com outros internos, gravou um vídeo produzido através de aparelho celular no interior da cela na qual estavam alojados e enviaram as imagens captadas para certa emissora de televisão. Vídeo que retratava os apenados fazendo uso de material entorpecente e usando de aparelhos de telefonia celular. Diligência sequencial efetivada pelo Diretor do Presídio Evaristo de Moraes que culminou na apreensão de 06 (seis) telefones celulares e 70 (setenta) peças de erva seca acondicionada em embalagens, dentro da cela do interno. Regime disciplinar diferenciado, na modalidade de sanção, que é imposta quando o condenado comete crime doloso que ocasione subversão da rotina

disciplinar interna, com comprometimento da efetividade do processo de execução ou esgarçamento da credibilidade do sistema prisional. Situação concreta que exhibe tais características, através de prática dolosa que ensejou ampla divulgação pela grande mídia, por iniciativa audaciosa do próprio apenado. Necessidade de se imprimir proporcionalidade ao tratamento dispensado ao ato praticado, fomentando, por igual, o caráter dissuasório e pedagógico sobre futuras práticas análogas. Diretriz para se imprimir mais efetividade ao cumprimento das normas de execução penal, ciente de que, de flexibilização em flexibilização, de exceção em exceção, de liberalidade em liberalidade, se atinge o completo desprestígio do sistema e a estridente desnaturação do cumprimento das sanções impostas. Provimento do agravo para submeter o agravado ao regime disciplinar diferenciado, pelo prazo de 45 dias, nos termos estabelecidos no art. 52 da LEP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso de agravo nº 0102237-80.2018.8.19.0001, originário do MM. Juízo da Vara de Execuções Penais, em que é Agravante o Ministério Público, sendo Agravado Junior Rodrigues Rangel.

Acordam os Desembargadores que compõem a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos (vencida a Des. Mônica Toledo), em conhecer e dar provimento ao recurso, para impor ao apenado o regime disciplinar diferenciado pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, com todas as restrições

legais do art. 52 do da LEP, nos termos do voto do Desembargador Relator.

I - RELATÓRIO:

Versa a espécie sobre agravo de execução penal, com base nos artigos 68, III e 197 da Lei nº 7.210/84 interposto pelo Ministério Público, hostilizando decisão proferida pelo MM. Dr. Juiz RAFAEL ESTRELA NÓBREGA (f. 12/13), em exercício na Vara de Execuções Penais, a qual indeferiu o pedido do MP de imposição de regime disciplinar diferenciado (R.D.D.) ao Agravado, nos seguintes termos:

“Cuida-se de requerimento formulado pelo Ministério Público visando a inclusão do apenado JUNIOR RODRIGUES RANGEL, no Regime Disciplinar Diferenciado previsto na Lei nº 10.792/03. Assevera que no dia 14 de julho de 2017, o apenado com outros internos gravaram e enviaram um vídeo para uma emissora de televisão contendo imagens onde manipulavam materiais entorpecentes. Cita que em busca realizada pela Direção do Presídio foram apreendidos 10 aparelhos de telefonia móvel e 70 peças de erva seca, tudo conforme restou consignado no RO nº 017-3371/2017.

O regime disciplinar diferenciado constitui inovação trazida pela Lei nº 10.792/03 como uma tentativa do Estado de tentar conter as ações do crime organizado dentro das penitenciárias.

A hipótese legal de inclusão de um preso no regime disciplinar diferenciado encontra-se regulamentada pelo artigo 52 da Lei de Execução Penal, dispondo que a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasiona subversão da

ordem ou disciplina internas.

Sem dúvida o uso e porte de entorpecentes constitui crime doloso passível de punição por falta grave.

Todavia, não vislumbro no caso a presença dos requisitos necessários para a inclusão do apenado no Regime Disciplinar Diferenciado. Isto porque, a falta grave praticada pelo apenado não ultrapassou os limites da punição administrativa que vai culminar na alteração da data-base para eventual benefício.

O vídeo exibido por uma emissora de televisão com imagens de presos fazendo uso de material entorpecente, não atinge a dimensão necessária para se entender que ocorreu subversão da ordem ou da disciplina interna.

Cuida-se de uma conduta isolada que não colocou em risco a segurança do estabelecimento prisional, dos demais detentos ou até mesmo dos funcionários que ali atuam.

Infelizmente, a ação demonstra certa fragilidade do sistema prisional em deixar permitir a entrada de material proibido no meio carcerário.

Assim, não havendo razão para a inclusão do apenado no RDD, indefiro o pedido formulado pelo MP.

Intimem-se para a remessa da PD da falta grave, bem como para que seja atualizada a TFD.

Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2017.”

RAFAEL ESTRELA NÓBREGA

Juiz de Direito

A pretensão recursal persegue a reforma da decisão recorrida, sustentando que o apenado deve ser submetido a regime disciplinar diferenciado, em razão de prática de falta grave. Narra que no dia 14 de julho de 2017, o apenado em conjunto com outros cinco internos, gravaram um vídeo produzido através de aparelho celular no interior da cela na qual estavam alojados e enviaram o referido vídeo a uma emissora de televisão. Acrescentou que o mencionado vídeo mostrava os apenados fazendo uso de material entorpecente, bem como usando de aparelhos de telefonia celular. Em razão de tais fatos o Diretor do Presídio Evaristo de Moraes determinou apuração dos fatos, tendo encontrado cerca de 06 (seis) telefones celulares, além de 70 (setenta) peças de erva seca acondicionada em embalagens, conforme o Registro de Ocorrência nº 017-3371/2017. Diante dos graves fatos, o Diretor do Presídio Evaristo de Moraes, Geraldo Luiz Dias de Castro, solicitou a inclusão do apenado em testilha no regime disciplinar diferenciado - RDD - através do ofício nº 2653/201, o que foi requerido perante o Juízo da VEP, pelo Ministério Público, e restou indeferido. Argumenta, que o agravado possui alto grau de periculosidade e que seu comportamento isolado neste fato demonstrou sua audácia e afronta à disciplina dentro da unidade prisional, mostrando-se, assim, imperiosa uma resposta estatal rápida e eficaz. Aduz que a conduta do apenado se ajusta às hipóteses previstas nos arts. 50, VII, e 52 da Lei de Execuções Penais, sendo certo que o mesmo se subjeta às sanções disciplinares administrativas e às judicialmente aplicáveis, além de demonstrar a inaptidão do apenado em dar continuidade ao cumprimento de sua pena sem colocar em risco a ordem e segurança da

unidade penitenciária e da sociedade em geral. Ao final, prequestiona os artigos que menciona (e-doc 0002).

Por sua vez, o agravado se pronunciou em contrarrazões, prestigiando a decisão recorrida (f. 35/36).

Em juízo de retratação, a decisão foi mantida por seus próprios fundamentos (f. 39).

Por fim, a Douta Procuradoria de Justiça, através de manifestação da Doutora MARIA APARECIDA ARAÚJO, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial (e-doc.048).

É o Relatório.

II - Voto:

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

No mérito, a pretensão recursal merece provimento.

É sabido que, segundo os postulados inscritos na Lei de Execuções Penais, as penas privativas de liberdade devem ser cumpridas de modo progressivo (LEP, art. 112), segundo a encampada política criminal que tem por escopo estimular a ressocialização e a regeneração do condenado, durante o cumprimento da sanção que lhe foi imposta (LEP, art. 36; TJERJ, Rel. Des. MARCUS BASÍLIO, 1ª C. Crim, AgE 51788-34/2012, julg. em 24/09/12).

Em tema de regime prisional, é sabido que sua imposição se materializa, no âmbito do processo de conhecimento, segundo a regra geral ditada pelo art. 33 do Código

Penal, sob o influxo do princípio da proporcionalidade e subsidiado pela exata medida retributiva necessária à prevenção e repressão do injusto (STJ, Rel. Min. JORGE MUSSI, 5ª T., HC 243.239/MS, julg. em 20/11/2012).

A sua manutenção e mutação, contudo, agora já no âmbito do processo de execução, obedece a critérios objetivos, geralmente ligados ao fator tempo, e subjetivos, vinculados, em linhas gerais, ao comportamento adotado pelo apenado ao longo do tratamento penitenciário.

O regime disciplinar diferenciado positivado no art. 52, da LEP, nada mais é do que um modo especial de cumprimento de pena do interno submetido ao regime fechado, com limitações ao direito de visita e saída da cela. Tal instituto pode ser exposto de forma cautelar (art. 52, §1º e 2º, LEP) ou como sanção disciplinar (art. 52, caput, LEP):

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.”

A sanção disciplinar é imposta quando o condenado comete crime doloso que ocasione a desordem e a indisciplina no presídio. Essa subversão da ordem interna pode ser traduzida pelo risco concreto à efetividade do próprio processo de execução ou à desnecessária exposição negativa da credibilidade do sistema prisional.

No caso em análise, o apenado (que cumpre pena de 26 anos, 1 mês e 1 dia de reclusão pela prática de delitos de roubo circunstanciado, resistência, tráfico de drogas, receptação e porte ilegal de arma de fogo), juntamente com outros internos, gravou um vídeo produzido através de aparelho de telefonia celular no interior da cela na qual estavam alojados e enviaram o referido vídeo a uma emissora de televisão.

O mencionado vídeo mostrava os apenados fazendo uso de material entorpecente, bem como usando de aparelhos de telefonia celular. Em razão de tais fa-

tos, o Diretor do Presídio Evaristo de Moraes determinou apuração dos fatos, tendo encontrado cerca de 06 (seis) telefones celulares e 70 (setenta) peças de erva seca acondicionada em embalagens, conforme o Registro de Ocorrência nº 017-3371/2017 (cf. f. 7).

No prumo dessa orientação, avaliando a situação concreta disposta nos autos, observa-se, que o agravado além de cometer falta grave e crime doloso (art. 50, I e VII, LEP), atuou com desprezo manifesto às normas disciplinares que lhe são afetas, num verdadeiro acinte à Justiça.

Daí a necessidade de cumprimento efetivo das normas de execução penal, ciente de que, de flexibilização em flexibilização, de exceção em exceção, de liberalidade em liberalidade, se atinge o completo desprestígio do sistema e a estridente desnaturação do cumprimento da sanção.

A gravidade dos fatos e a subversão da ordem e disciplina interna tornam impositiva a adoção de medida extrema, caracterizada pela imposição do regime disciplinar diferenciado, tal como previsto pelo artigo 52 da Lei de Execuções Penais. Nesse sentido, vale a pena conferir a jurisprudência:

“Para a inclusão de sentenciado em regime disciplinar diferenciado devem ser observadas as regras do devido processo legal, garantindo-se, para tanto, a manifestação prévia do Ministério Público e da Defesa. Por outro lado, consolidou-se nesta Superior Corte de Justiça entendimento no sentido da aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado nos casos

de subversão da ordem e da disciplina no interior do estabelecimento prisional. Precedentes. (HC 375.526/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017)

“O Regime Disciplinar Diferenciado consiste em um sistema de disciplina carcerária especial, dotado de regras mais rígidas do que os demais regimes de cumprimento de pena, sendo aplicável como sanção disciplinar ou dada a imprescindibilidade cautelar.” (HC 339.764/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, 6ª Turma, DJe 01/08/2016)

III - CONCLUSÃO:

Por todos esses fundamentos, dirijo meu voto no sentido de CONHECER E DAR PROVIMENTO AO RECURSO, para impor ao apenado o regime disciplinar diferenciado pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, com todas as restrições legais do art. 52 da LEP.

Rio de Janeiro, 6 de novembro de 2018.

DES. CARLOS EDUARDO ROBOREDO

Relator

VOTO VENCIDO

Ousei divergir da douta maioria, a quem rendo minhas homenagens, no sentido de desprover o recurso para manter a decisão que indeferiu o requerimento de submissão do apenado ao regime disciplinar diferenciado após a prática de falta grave disciplinar.

A falta grave disciplinar consistiria no fato de o apenado, junto com outros inter-

nos, terem gravado e enviado um vídeo para uma emissora de televisão contendo imagens onde manipulavam materiais entorpecentes. Além disso, em busca realizada pela Direção do Presídio teriam sido apreendidos 10 aparelhos de telefonia móvel e 70 peças de erva seca dentro da cela do interno.

Consoante art. 52 da LEP “a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado”.

O regime disciplinar diferenciado representa verdadeira sanção disciplinar que visa, de forma mais drástica, punir e prevenir o aparecimento de comportamentos indesejados dentro dos estabelecimentos penais.

Assim, não basta que o fato praticado pelo apenado seja tipificado como crime doloso - como, de fato, ocorreu na hipótese, ao menos, com a guarda do material entorpecente - sendo necessário também que a conduta do apenado ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, algo que, assim como o juízo *a quo*, entendo que não aconteceu na hipótese dos autos.

Como destacado pelo magistrado na decisão recorrida “falta grave praticada pelo apenado não ultrapassou os limites da punição administrativa que vai culminar na alteração da data-base para eventual benefício. O vídeo exibido por uma emissora de televisão com imagens de presos fazendo uso de material entorpecente, não atinge a dimensão necessária para se entender que ocorreu subversão da ordem ou da disciplina interna. Cuida-se de uma conduta iso-

lada que não colocou em risco a segurança do estabelecimento prisional, dos demais detentos ou até mesmo dos funcionários que ali atuam. Infelizmente, a ação demonstra certa fragilidade do sistema prisional em deixar permitir a entrada de material proibido no meio carcerário”.

Assim, como o apenado já sofreu as punições administrativas cabíveis em razão da falta disciplinar, consoante informado pelo juízo, e como o fato praticado, ao meu ver, não ocasionou subversão da ordem ou disciplina internas, entendo que deve ser mantida a decisão que indeferiu o pedido do *parquet* de aplicação excepcional de RDD.

Ademais, o *parquet* afirma que o perfil do apenado e sua periculosidade indicam a necessidade do RDD, contudo, verifico que os autos não foram instruídos com provas dessa suposta periculosidade, sendo certo que no sistema do SIPEN a periculosidade do apenado consta como “não informado”, bem como seu último índice de comportamento, de 2017, consta como “ótimo”.

À conta de tais fundamentos, votei pelo desprovimento do recurso.

Rio de Janeiro, 6 de novembro de 2018.

DES. MONICA TOLLEDO DE OLIVEIRA

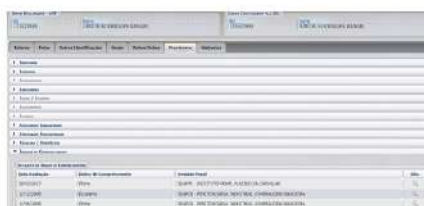
Relatora

HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. HABEAS CORPUS. REQUERIMENTO DE ALVARÁ DE SOLTURA; APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS OU PRISÃO DOMI-

CILIAR. ESPOSA EM TRATAMENTO MÉDICO. RÉU PRIMÁRIO. GRAVIDADE ABSTRATA. CONCESSÃO DA ORDEM. MEDIDAS ALTERNATIVAS. CPP. TERMO DE COMPROMISSO.

EMENTA

AÇÃO CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE MAJORADO TENTADO (ARTIGO 121, §2º, INCISOS II E III, C/C ARTIGO 14, INCISO II DO CÓDIGO PENAL). PRETENSÃO DE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA EM FAVOR DO PACIENTE AO ARGUMENTO DE ILEGALIDADE DA DECISÃO IMPUGNADA. PLEITO ALTERNATIVO DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR UMA DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS PREVISTAS NO ARTIGO 319 DO CPP OU DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR (ARTIGO 318, III, DO, CPP) PARA QUE O PACIENTE POSSA CONTINUAR O TRATAMENTO DE SUA ESPOSA, COM OU SEM A UTILIZAÇÃO DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO. PRISÃO DECRE-



TADA E MANTIDA EM RAZÃO DA GRAVIDADE DA CONDUTA E PARA PROTEÇÃO DA VÍTIMA E DAS TESTEMUNHAS DE UMA POSSÍVEL INFLUÊNCIA OU AMEAÇA DO PACIENTE. INEXISTÊNCIA DE RISCO À ORDEM PÚBLICA OU PARA A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PACIENTE PRIMÁRIO, COM RESIDÊNCIA FIXA CONHECIDA. AUSÊNCIA DE RELATOS DE AMEAÇA À VÍTIMA OU ÀS TESTEMUNHAS DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS A FUNDAMENTAR A NECESSIDADE DA DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA. PRISÃO PREVENTIVA QUE NÃO SE CONFUNDE COM PRISÃO PENA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. CONCESSÃO DA ORDEM.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0017195-66.2018.8.19.0000, em que figuram como Impetrantes o Dr. Silvio de Sul Souza e Dr. Tito Jorge Pereira da Costa, como paciente Sergio Murilo Martins Couto e como autoridade Impetrada o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de São João de Meriti,

Acordam os Desembargadores que compõem a Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conceder a ordem para substituir a prisional pelas cautelares alternativas previstas no inciso I e IV, do art. 319 do Código de Processo Penal, devendo o

primeiro comparecimento ocorrer em até 05 (cinco) dias úteis após a sua libertação, expedindo-se alvará de soltura e termo de compromisso, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida a hipótese de *habeas corpus* em que se relata que o paciente foi preso em flagrante no dia 19/03/2018 pela suposta prática do delito de homicídio duplamente majorado tentado (artigo 121, §2º, incisos II e III, c/c artigo 14, inciso II do Código Penal). Alegam os impetrantes que o paciente é inocente, policial militar aposentado, primário, pai de família, possui residência fixa há mais de 10 anos no local em que foi preso. Sustentam que o pedido de revogação da prisão preventiva do paciente, bem como o pleito de concessão de prisão domiciliar foram indeferidos pela digna autoridade judicial apontada coatora, apesar de o paciente possuir condições totalmente favoráveis para responder ao processo em liberdade. Argumentam que a esposa do paciente se encontra acometida de câncer e depende exclusivamente dele para levá-la às sessões de quimioterapia, uma vez que, em razão da doença, ela não anda mais. Pretendem, pois, liminarmente e no mérito, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, ante à ilegalidade da decisão impugnada. Alternativamente, pleiteiam a substituição da prisão por uma das medidas cautelares alternativas previstas no artigo 319 do CPP. Ainda alternativamente, caso seja outro o entendimento, requer a concessão de prisão domiciliar ao paciente (artigo 318, III, do CPP) para que ele possa continuar o tratamento de sua esposa, com ou sem a utilização de monitoramento eletrônico.

A inicial veio instruída com os documentos do anexo 1.

O pleito de liminar foi analisado e indeferido por esta relatoria a f. 18.

Petição dos impetrantes a f. 22 reque-rendo a reconsideração da decisão que indeferiu a liminar.

A autoridade impetrada prestou informações a f. 37.

Decisão a f. 42 recebendo o pedido de reapreciação da liminar como agravo regimental e determinando o encaminhamento dos autos ao *Parquet* em atuação na Corte.

Parecer do Ministério Público em atuação nesta Corte, da lavra do ilustre Procurador de Justiça RISCALLA J. ABDENUR, opinando pela denegação da ordem.

Petição dos impetrantes a f. 53 requerendo a juntada de documentos médicos relativos à enfermidade da esposa do ora paciente.

Documentos juntados a f. 62/72.

Oportunizada nova vista ao *Parquet* em atuação na Corte, foi reiterado o parecer opinando pela denegação da ordem.

Memorial dos impetrantes a f. 79/90.

É o relatório.

VOTO

Concedo a ordem, divergindo, com todas as vênias, da orientação do parecer Ministerial.

Insurgem-se os impetrantes contra a

prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, preso em flagrante e denunciado como incurso nas penas previstas no artigo 121, §2º, incisos II e III, c/c artigo 14, inciso II do Código Penal.

A prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva em sede de audiência de custódia, *in verbis*:

Em 20 de março de 2018, na sala de audiências deste Juízo, perante a MMª Juíza de Direito, Dr.(a). LETÍCIA D'AIUTO DE MORAES FERREIRA MICHELLI, realizou-se a Audiência de Custódia nestes autos, presentes o Membro do Ministério Público e o(s) custodiado(s), acompanhado(s) de sua(s) supra-citada(s) defesa(s). Justificada a manutenção das algemas no(s) custodiado(s) em virtude da situação recente de flagrância, dimensões da sala de audiências, bem como pela necessidade de preservação da integridade física dos presentes. Aberta a audiência, foram os presentes cientificados da utilização do registro fonográfico/audiovisual. Após a(s) defesa(s) ter(em) se entrevistado reservadamente com o(s) custodiado(s), procedeu-se à(s) entrevista(s), conforme termo(s) e registro(s) audiovisual. As declarações hoje colhidas, gravadas, foram salvas no CD que acompanha está assentada e será acautelado no Cartório da CEAC. Pelo custodiado foi dito que nomeia o Dr. Silvio de Sul Souza OAB/RJ 140.780 como seu patrono para o presente ato. O MP opina pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Pela Defesa foi requerida a liberdade provisória. Pela MMª Juíza de Direito foi proferida a seguinte DECISÃO: 'Inicialmente, cumpre consignar que pelo custodiado não foi informada qualquer agres-

são no ato prisional. Compulsando os autos, verifíco que custodiado presos em flagrante delito pela prática, em tese do crime de homicídio tentado. Inicialmente, cabe ressaltar que não há nada que indique ilegalidade na prisão do acusado, tratando-se de flagrante formal e perfeito. Não há que se cogitar de nulidade do flagrante pela ausência da oitiva do custodiado, mormente quando ouvidas, além da vítima, outras testemunhas, as quais corroboraram todo o alegado. Em relação ao pedido de prisão preventiva formulado pelo Ministério Público, de se notar se trata de medida de cautela processual, cabível, excepcionalmente, quando presentes e demonstrados, ainda que sucintamente, os pressupostos e requisitos insertos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Como medida cautelar, deve ser demonstrada a coexistência de *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* que justifiquem o cárcere antes do trânsito em julgado de decisão condenatória. No presente caso, atesta-se a presença do *fumus commissi delicti* pela prisão em flagrante dos custodiados logo após o crime em questão, bem como o reconhecimento deste pela vítima sobrevivente. O *periculum libertatis*, definido como o risco provocado pela manutenção da acusada em liberdade, está igualmente presente: trata-se de crime extrema gravidade, eis que as duas testemunhas ouvidas no APF informam que o custodiado, visivelmente embriagado, ameaçou a vítima e sacou a arma em sua direção, sendo narrado, por tudo dentro dos autos que o fato em questão não se consumou pela intervenção realizada pela vítima, também Policial Militar. Ressalte-se que, no momento em que realizada a luta corporal entre o custodiado e a vítima foi realizado disparo e que uma das

testemunhas afirmou que visualizou com o custodiado não uma, mas duas armas de fogo, uma preta e uma cromada, sendo a última utilizada para a realização dos disparos. Tudo, assim, reflete a gravidade em concreto da conduta em questão, coroada de altíssima reprovabilidade e enseja um ambiente preocupante à paz social desta comarca. Assim, evidente a necessidade da manutenção da prisão preventiva de todos os acusados como medida de garantia da ordem pública. Ademais, justificase a constrição cautelar tendo em conta que a vítima e as testemunhas devem ser protegidas de possível influência ou ameaça do acusado, de maneira que possam prestar suas declarações em juízo de forma isenta e sem qualquer receio. Não obstante, a simples alegação de que o custodiado seria policial militar e que teria endereço fixo não se mostra suficiente para o afastamento da prisão preventiva, especialmente por conta das narrativas colhidas em sede policial, as quais dão conta de que o custodiado teria ido, embriagado, até local público e ameaçado a vítima. Finalmente, o crime de homicídio cometido pelo acusado enquadra-se no disposto no art. 313, I CPP, visto que possui pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos, tendo sido observados os requisitos formais da presente conversão. No presente caso, a determinação de medida cautelar diversa da prisão, conforme art. 319 não seria adequada ou suficiente para a garantia da ordem pública e a aplicação da lei penal pelas razões acima expostas. Isto posto, por isso, converto a prisão em flagrante em preventiva, com base no art. 312, *caput*, do CPP, uma vez que a prisão cautelar é necessária para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para

assegurar a aplicação da lei penal. Expeça-se mandado de prisão. Deve o cartório da CEAC enviar estes autos ao juízo competente por distribuição, bem como acautelar a mídia em local próprio. Intimados os presentes. Nada mais havendo, foi encerrada a audiência.

O requerimento de revogação da prisão preventiva, de liberdade provisória e de prisão domiciliar formulado pela defesa do paciente foi indeferido nos seguintes termos:

Indefiro os requerimentos de revogação da prisão preventiva, de liberdade provisória e prisão domiciliar formulados pela defesa do indiciado a f. 39/57, uma vez que não houve qualquer alteração fáctica ou jurídica capaz de ensejar a revisão da recente decisão de f. 34/36 proferida no último dia 20/03/2018 em sede de Audiência de custódia. Ademais, o fato de ser o réu primário, com bons antecedentes, possuir residência certa e ocupação lícita, não constitui, por si só, elemento suficiente a ensejar a revogação da prisão, eis que esta deve ser sopesada com os requisitos da custódia cautelar, os quais se encontram presentes. Pelas razões alinhadas, indefiro os requerimentos formulados pela defesa do acusado Sergio Murilo Martins Couto. Ciência às partes. Publique-se. Com a vinda dos autos principais, dê-se vista ao MP para formação de sua opinião delitiva.

No caso da ação penal a que responde o paciente, é de se ver que a prisão preventiva foi decretada e mantida em razão da extrema gravidade da conduta

em questão, o que justificaria a custódia cautelar como medida de garantia da ordem pública; bem como para proteção da vítima e das testemunhas de uma possível influência ou ameaça do paciente. (Os destaques não são do original)

Em relação aos fatos, consta da decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva que “as duas testemunhas ouvidas no APF informam que o custodiado, visivelmente embriagado, ameaçou a vítima e sacou a arma em sua direção, sendo narrado, por tudo dentro dos autos que o fato em questão não se consumou pela intervenção realizada pela vítima, também Policial Militar”. Acrescenta, ainda, que “no momento em que realizada a luta corporal entre o custodiado e a vítima foi realizado disparo e que uma das testemunhas afirmou que visualizou com o custodiado não uma, mas duas armas de fogo, uma preta e uma cromada, sendo a última utilizada para a realização dos disparos”.

Com efeito, muito embora este Magistrado, antes de ingressar no Poder Judiciário, tenha sido membro do Ministério Público deste Estado por cerca de 25 anos e, na maior parte da atuação na carreira, exercido as funções nas tribunas do júri nas comarcas do interior e na capital do Estado, portanto, tendo procurado defender o bem jurídico vida humana que, ao lado da liberdade e da honra, são os maiores patrimônios e razão de ser do ente humano, sempre sustentou que a prisão no curso da ação penal - e até mesmo após a pronúncia - estaria a depender de outras motivações acrescidas à gravi-

dade do delito.

Certo é que o delito apurado nos autos de origem é grave, todavia, não há falar em risco para a ordem pública ou risco de re-iteração criminosa, ante a primariedade do paciente. Demais disso, os Tribunais Superiores têm decidido, exaustivamente, que a gravidade em abstrato do delito, com a descrição dos elementos inerentes ao tipo penal apurado, dissociada de qualquer outro elemento concreto, não tem, de per si, o condão de justificar a prisão preventiva. Da mesma forma, argumentos desprovidos de qualquer suporte fático - como uma possível ameaça à vítima ou às testemunhas do processo -, não podem respaldar a custódia cautelar, que somente poderá ser decretada mediante motivação válida e aliada aos requisitos previstos em lei.

A prisão preventiva - que não se confunde com prisãopena - não tem como objetivo a punição do agente que, supostamente, praticou uma conduta típica. Tem, sim, como finalidade específica a de possibilitar o desenvolvimento válido e regular do processo penal, quando houver elementos concretos a fundamentá-la, o que não se verifica na hipótese em análise.

Ressalte-se, no ponto, que o paciente é primário, de bons antecedentes, possui residência fixa, ocupação lícita e não há qualquer relato concreto de ameaça à vítima ou às testemunhas do processo.

Ante o exposto, avaliando as circunstâncias do caso concreto - e ainda que se trate de crime doloso contra a vida, repugnante por natureza, mas que, apenas por isso, não

pode por sua gravidade abstrata exigir a custódia cautelar de quem dele é acusado pois obrigaria a que todo denunciado por crime doloso contra a vida tivesse a privação da liberdade decretada -, há razões que autorizam a conclusão pela suficiência da imposição de medidas cautelares menos gravosas em substituição à medida extrema, importando consignar que eventual descumprimento poderá acarretar nova decretação de prisão preventiva, nos termos artigo 282, §4º do Código de Processo Penal.

Por todo o exposto, voto pela concessão da ordem para substituir a prisão preventiva pelas medidas alternativas previstas no artigo 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal, devendo o primeiro comparecimento ocorrer em até 05 (cinco) dias úteis após a sua libertação.

Expeça-se alvará de soltura e termo de compromisso.

Rio de Janeiro, 17 de julho de 2018.

DES. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO

Relator

TRÁFICO DE DROGAS. RÉ QUE INGRESSA EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL PORTANDO DROGA. PROVA NÃO SEGURA QUANTO AO DESTINATÁRIO E FINALIDADE DA DROGA. PENA CORRETAMENTE APLICADA. REGIME PRISIONAL MODIFICADO. PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA RÉ E ABSOLVIDO O RÉU. VOTO VENCIDO.

ACÓRDÃO

TRÁFICO DE DROGAS NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DEFENSIVOS. PROVIMENTO DE AMBOS OS APELOS, UM PARCIALMENTE, OUTRO DE MODO INTEGRAL.

Provado que a ré foi surpreendida quando, escondida em seu corpo, levava droga para o interior do estabelecimento prisional é inviável absolvê-la, mas como a sentença reconheceu a modalidade privilegiada de tráfico e substitui sua pena privativa de liberdade por outras de natureza alternativa, não se lhe pode fixar o regime inicial fechado, quando deve ser o aberto.

Todavia, a prova não é segura quanto ao destinatário da droga e sua finalidade. A ré, em juízo, não confirmou que a droga seria para o réu e, ainda que tivesse confirmado, seria necessário ficar nítido se para seu uso ou se para comercializá-la dentro do estabelecimento e nada se pode presumir com finalidade condenatória.

Ademais, conquanto os atos de mercancia sejam dispensáveis para a configuração do tráfico de drogas, o fato é que, sem eles, é necessário que as circunstâncias permitam a segura inferência da prática do crime, o que também não se verifica.

Vale sublinhar que declarações prestadas em sede policial, se não confirmadas em juízo, não podem ser utilizadas como provas e não se prestam a sustentar uma sentença condenatória.

Provimento parcial ao recurso da ré para lhe fixar o regime inicial aberto e provimento

total ao recurso do réu para absolvê-lo na forma do art. 386, VII, do Código de Processo Penal, com expedição de alvará para sua soltura, se não estiver preso por outro motivo.

Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação nº 0017368-65.2015.8.19.0204, em que são Apelantes Tayane Ferreira da Silva e Higor Delgado da Costa e Apelado o Ministério Público

Acordam os Desembargadores da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade e nos termos do voto do relator, prover em parte o apelo de Tayane Ferreira da Silva para lhe fixar o regime inicial aberto e, por maioria, conforme o voto do mesmo julgador, prover o de Higor Delgado da Costa para absolvê-lo na forma do art. 386, VII, do Código de Processo Penal, com expedição de alvará para sua soltura, caso não esteja preso por outro motivo. No particular, a divergência foi do Desembargador JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO, que desprovia o apelo de Higor, consoante seu d. voto em separado.

Voto - O Ministério Público imputou a Tayane Ferreira da Silva e Higor Delgado da Costa o crime tipificado no art. 33, combinado com o disposto no art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/2006, e assim o fez:

“No dia 18 de junho de 2015, por volta das 10h, no Setor de Scanner do Complexo Penitenciário de Gericinó, localizado na Estrada Emilio Maurell Filho, Bangu, nesta comarca, a denunciada Tayane, consciente e voluntariamente e em unidade de ações e desígnios com o denunciado Higor, trazia com

ela, à altura de sua genitália, 188g (cento e oitenta e oito gramas) da substância entorpecente denominada Cloridrato de Cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Com efeito, em visita anterior à prisão em flagrante, o denunciado Higor, custodiado no Presídio Elizabeth Sá Rego, solicitou que a denunciada Tayane levasse drogas para entregar a ele no interior da referida unidade prisional, agindo, portanto, como autor intelectual do crime de tráfico de drogas.

Ocorre que a denunciada Tayane se dirigiu ao Complexo Penitenciário para visitar o denunciado Higor, seu namorado, levando as drogas acima descritas no interior de sua calcinha, ocasião em que, ao ser submetida ao scanner corporal, as agentes penitenciárias identificaram uma imagem suspeita e a encaminharam à sala de revista íntima, local em que a denunciada retirou voluntariamente o material entorpecente e o entregou às agentes”

Conforme a r. sentença da pasta 165, Tayane foi condenada a 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão em regime fechado e 193 (cento e noventa e três) dias-multa substituída a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, pela prática do crime tipificado no art. 33, na forma de § 4º, combinado com o disposto no art. 40, III, da Lei nº 11.343/06, e Higor foi condenado a 06 (seis) anos, 08 (oito) meses e 15 (quinze) dias de reclusão em regime fechado e 520 (quinhentos e vinte) dias-multa pelo crime do art. 33, caput, combinado com o disposto no art. 40, III, do mesmo Diploma

Legal. Foi concedido à ré, o direito de recorrer em liberdade, enquanto a custódia cautelar de Higor foi mantida. As penas foram fixadas nos seguintes termos:

“ACUSADA TAYANE FERREIRA DA SILVA:

Considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, não se vislumbra qualquer razão para sua fixação acima do mínimo legal, razão pela qual a fixo em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, nada a considerar, ante a fixação da pena no mínimo legal e à luz da Súmula 231 do STJ.

Presentes os requisitos do §4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, reduzo a pena em 2/3 (dois terços), fixando a pena em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

Caracterizada a causa de aumento da pena do art. 40, III, da Lei nº 11.343/06, aumento a pena em 1/6 (um sexto), fixando a pena definitiva da 1ª ré, Tayane Ferreira da Silva, em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 193 (cento e noventa e três) dias-multa.

Fixo o regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90.

Ante a ausência de elementos a indicarem uma maior capacidade econômica da ré, fixo o valor do dia-multa no mínimo legal, qual seja, 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo nacional vigente na data do fato.

ACUSADO HIGOR DELGADO DA COSTA:

Considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, verifica-se que a anotação de f. 132 configura maus antecedentes, razão pela qual fixo a pena base em 05 anos e 03 meses de reclusão, e 503 dias-multa.

Na segunda fase, a anotação de f. 138 caracteriza reincidência, pelo que aumento a pena em 06 meses, fixando a pena Intermediária em 05 anos e 09 meses de reclusão e 509 dias-multa.

Na terceira fase, nos termos do art. 40, III, da Lei nº 11.343/06, aumento a pena em 1/6, chegando ao patamar de 06 anos, 08 meses e 15 dias de reclusão, e 520 dias-multa.

Fixo o regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/90, bem como do art. 33, §§2º e 3º, do CP, ante a reincidência e aos maus antecedentes do réu.

Deixo de aplicar o sistema da detração penal, pois não influiria no regime aplicado.

Ante a ausência de elementos a indicarem uma maior capacidade econômica do réu, fixo o valor do dia-multa no mínimo legal, qual seja, 1/30 do salário-mínimo nacional vigente na data do fato.

(...)

Tendo em vista a resolução 05/2012 do Senado Federal, e presentes os pressupostos do art. 44 do CP, substituo a pena privativa de liberdade da ré Tayane por duas restritivas de

direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, à razão de 01 (uma) hora de tarefa por dia de condenação (art. 46, §3º, do CP), e prestação pecuniária equivalente a R\$ 300,00 (trezentos reais), em favor de instituições cadastradas junto ao Juízo da VEP”

No prazo, Tayane recorreu, pasta 184, com pleito de abrandamento do regime prisional para o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal e da súmula 719 do Supremo Tribunal Federal. Destacou que o art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90 já foi declarado inconstitucional.

Tempestivamente, Higor também apelou. Busca a absolvição, porque não há provas de que fosse o autor intelectual de toda a empreitada criminosa. Sublinha que a suposta confissão dos réus em sede policial é mero elemento de investigação, que pode sustentar a denúncia, mas nunca a condenação (pasta 193).

Contrarrazões, pasta 205, em homenagem à sentença.

O eminente Procurador de Justiça ANTONIO CARLOS COELHO DOS SANTOS, pasta 225, se manifestou pelo parcial provimento do recurso de Tayane para que seja fixado o regime prisional aberto, porque a prova é suficiente para alicerçar a solução restritiva. Os recorrentes confessaram a prática criminosa em sede policial. Não existe outro motivo para a apelante levar drogas para o presídio que não fosse o de entregá-las ao Higor e é inverossímil a tese defensiva de que ele não sabia que sua namorada levava drogas para ele. A suposta ameaça de agressão que Tayane disse que estaria recebendo do recorrente não é crível e, se provada, po-

deria configurar a atenuante prevista no art. 65, III, “c” do Código Penal e, mesmo assim, não teria qualquer repercussão na pena, tendo em vista o verbete da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Laudo prévio de exame de material entorpecente, pasta 6. Auto de apreensão, pasta 26. Laudo de exame de material entorpecente, pastas 31/32. Folha penal, pastas 64 (Tayane) e 136 (Higor). Depoimentos colhidos por meio do sistema audiovisual, pasta 151.

Pois bem.

A testemunha Janilde disse que se lembra da prisão dos réus e contou que, após Tayane passar pelo aparelho do scanner corporal, foi visualizada uma imagem suspeita e a recorrente foi encaminhada para a sala de revista íntima, quando, admitindo estar com droga, a retirou de seu corpo e disse que a estava levando para o seu companheiro. Helios apenas acompanhou a lavratura do flagrante e não presenciou o momento em que Tayane disse que levaria as drogas para Higor. Não conhecia a recorrente. Não teve contato com o réu, pois quem o acompanhou foi o agente da unidade prisional.

Helios narrou a mesma dinâmica do fato e acrescentou que viu o momento em que sua colega apareceu com um saco de drogas. Acha que Tayane disse que a droga se destinaria para o seu companheiro. Não se lembra se a ré disse que foi obrigada a transportar a droga, ou se disse que Higor lhe pediu a droga. Conduziu os dois até a delegacia e não conversou com Higor.

Em juízo, os recorrentes se mantiveram silentes.

Como se vê, é indubitosa a prova de que a apelante foi presa com 188g (cento e oitenta e oito gramas) de cocaína, quando ingressava no estabelecimento penal, sendo correta, quanto a ela, a solução condenatória.

Todavia, a prova não é segura quanto a seu destinatário e sua finalidade. Tayane, em juízo, não confirmou que a droga seria para Higor e, ainda que tivesse confirmado, seria necessário ficar nítido se seria para seu uso ou se seria para comercializá-la dentro do estabelecimento e nada se pode presumir com finalidade condenatória.

Ademais, conquanto os atos de mercancia sejam dispensáveis para a configuração do tráfico de drogas, o fato é que, sem eles, é necessário que as circunstâncias permitam a segura inferência da prática do crime, o que também não se verifica.

Vale sublinhar que declarações prestadas em sede policial, se não confirmadas em juízo, não podem ser utilizadas como provas e não se prestam a sustentar uma sentença condenatória.

A pena aplicada a Tayane foi correta e proporcional, pelo que não merece qualquer reparo. O regime prisional, entretanto, deve ser abrandado para o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal e do verbete da súmula 719 do Supremo Tribunal Federal e daquele relativo à súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Isto posto, voto no sentido de ser provido em parte o apelo de Tayane Ferreira da Silva para lhe fixar o regime inicial aberto e de ser provido o de Higor Delgado da Costa

para absolvê-lo, nos termos do art. 386, VII do Código de Processo Penal, com expedição de alvará para sua soltura, caso não esteja preso por outro motivo.

Rio de Janeiro, 12 de junho de 2018.

DES. NILDSON ARAÚJO DA CRUZ

Relator

VOTO VENCIDO

Consigno, desde logo, que acompanhei a douta maioria quanto ao provimento do recurso de Tayane para fixar o regime inicial aberto. Ousei divergir, apenas no que tange à absolvição do acusado Higor.

Esta relatoria entende que a conclusão a que chegou o nobre relator seria de todo correta e aceitável se a ré, em juízo, desse uma versão ao menos plausível, verossimilhante, que contrariasse a versão por ela dada em sede policial, e no mínimo lançasse dúvidas idôneas quanto a responsabilidade penal do corréu, também apelante.

Porém, o raciocínio desenvolvido pelo nobre relator, com todas as vênias, esvai-se quando se constata que a acusada permaneceu em silêncio em sede judicial.

Ela não se desdisse em relação ao que afirmou em sede policial e que era plausível e verossímil, apenas utilizou o direito de ficar em silêncio.

Veja-se a exemplo que ela não contradisse as testemunhas de acusação que prestaram depoimentos em juízo.

Por estas razões mantinha a condenação do acusado Higor Delgado da Costa.

Diante do exposto, votei vencido, divergindo da douta maioria, apenas para manter a condenação do acusado Higor Delgado da Costa.

Rio de Janeiro, 20 de setembro de 2018.

DES. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO

Revisor - Vencido

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

1569560 / 2015 - STJ - (RESP) - Ação civil Pública. Profissionais da educação. Rede pública estadual. Jornada de trabalho. Atividades complementares. Períodos reservados a estudos, planejamento e avaliação. Reserva de um terço de carga horária. Impossibilidade de se aproveitar esse intervalo de tempo para atividades extraclasse. Recurso não provido.71

ADVOGADO

0256441-53.2016.8.19.0001

46421 / 2018 - TJ - (AC) - Responsabilidade civil. Teoria da perda de uma chance. Advogado. Responsabilidade meio. Alegação de conduta negligente. Necessidade de análise sobre possibilidades de êxito do postulante. Não comprovação dos fatos constitutivos do direito. Sentença mantida.182

ALIMENTOS

1789667 / 2018 - STJ - (RESP) - Execução. Alimentos fornecidos ao ex-cônjuge por longo período após o ajustado. Surrectio. Alimentante em idade avançada e em tratamento de doença grave. Manutenção. Agravo desprovido.81

AMEAÇA

0012110-08.2014.8.19.0011

6983 / 2018 - TJ - (ACRIM) - Crimes de injúria racial e ameaça. “Branquela azeda”. Confissão e xingamentos. Dolo de agir. Utilização de frases ameaçadoras. Recurso negado.269

ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

0013448-90.2009.8.19.0011

5979 / 2011 - TJ - (AC) - Ação demolitória. Moradia. Construção irregular. Área

de preservação ambiental. Inexistência de licença do ente municipal. Colisão de direitos. Prevalência do direito à moradia. Direito fundamental social ligado intrinsecamente à garantia da dignidade da pessoa humana. Recurso provido.191

0004134-81.2008.8.19.0003

75836 / 2017 - TJ - (AC) - Ação Civil Pública. Área de preservação ambiental permanente. Construção de pousada. Município de Angra dos Reis. Dano moral coletivo. Constituição Federal. Degradação do meio ambiente.113

ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

0000780-02.2014.8.19.0209

41847 / 2018 - TJ - (AC) - Compra e venda de imóvel na planta. Empreendimento imobiliário em área de proteção ambiental. Alteração no projeto e no prazo original. Tentativa de desfazer administrativamente o acordo, sem êxito. Dano material ressarcido. Dano moral dentro dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso negado.169

BOA-FÉ

0045711-89.2015.8.19.0004

23573 / 2017 - TJ - (AC) - Plano de demissão voluntária. Pensionamento de filhas menores em 20% do valor da rescisão. Depósito feito em duplicidade por equívoco. Restituição do valor indevido negado. Alegação de recebimento de verba de boa-fé. Vedação ao enriquecimento sem causa. Recurso negado. Voto vencido.220

CARGA HORÁRIA

1569560 / 2015 - STJ - (RESP) - Ação civil Pública. Profissionais da educação. Rede

pública estadual. Jornada de trabalho. Atividades complementares. Períodos reservados a estudos, planejamento e avaliação. Reserva de um terço de carga horária. Impossibilidade de se aproveitar esse intervalo de tempo para atividades extraclasse. Recurso não provido.71

COBRANÇA

0049821-82.2016.8.19.0203

50116 / 2018 - TJ - (AC) - Reserva realizada em restaurante. Ausência de controle individual. Pagamento integral da conta. Falta de informação. Cobrança vexatória. Constrangimento físico e coerção. Danos morais e materiais. Parcial provimento do recurso.251

COMPETÊNCIA

474360 / 2018 - STJ - (HC) - Processo penal. Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Supressão de instância. Afronta à competência constitucional. Índícios de autoria e materialidade. Trancamento da ação penal. Não cabimento. Realização do interrogatório por meio de carta precatória autorizada. Mandamus não conhecido. Ordem concedida quanto ao interrogatório.88

COMPRA E VENDA

0000780-02.2014.8.19.0209

41847 / 2018 - TJ - (AC) - Compra e venda de imóvel na planta. Empreendimento imobiliário em área de proteção ambiental. Alteração no projeto e no prazo original. Tentativa de desfazer administrativamente o acordo, sem êxito. Dano material ressarcido. Dano moral dentro dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso negado.169

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

0000989-09.2013.8.19.0046

26340 / 2018 - TJ - (AC) - Imóvel situado em área de preservação ambiental. Fornecimento de serviço de energia elétrica. Negativa. Resolução 55/2012, do INEA. Não comprovação pelo proprietário da aquiescência dos órgãos ambientais. Constituição da República. Conduta da concessionária em consonância com as normas estabelecidas. Recurso não provido.172

CONTINUIDADE DELITIVA

1767902 / 2018 - STJ - (RESP) - Estupro de vulnerável e estupro. Continuidade delitiva. Requisitos não preenchidos. Lapso temporal. Condenação imposta na sentença restabelecida.98

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

0025942-68.2013.8.19.0068

14173 / 2018 - TJ - (ACRIM) - Crime contra a ordem tributária. Cooperativa. Venda e armazenamento de combustível. Legislação pertinente não observada e licenças ambientais não apresentadas. Provas. Substituição da pena. Sentença mantida.259

CUIDADOR

0072981-95.2018.8.19.0000

464 / 2019 - TJ - (AI) - Obrigação de fazer. Município. Serviço Único de Saúde (SUS). Prestação de assistência domiciliar por meio de um cuidador em tempo integral. Indicação médica. Distúrbios psiquiátricos. Serviço não expressamente previsto. Ponderação de interesses. Constituição da República. Dever da família. Impossibilidade não demonstrada. Tutela de urgência revogada. Voto vencido.206

DANO AMBIENTAL

0271706-71.2011.8.19.0001

13137 / 2018 - TJ - (AC) - Ação Civil Pública. Ministério Público. Dano ao meio ambiente. Emissão de material particulado na atmosfera. Atividade empresarial exercida sem o devido licenciamento. Atividades de fiscalização, imposição de regularização da licença ambiental e a lavratura de multas pelo órgão competente. Comprovação documental. Recurso improvido. Manutenção da sentença.130

0026883-29.2012.8.19.0205

33094 / 2018 - TJ - (AC) - Ação Civil Pública. Dano ambiental. Poluição sonora. Concessão da liminar. Descanso dos moradores. Credibilidade das instituições. Pagamento de indenização. Recurso provido parcialmente.....120

DANO MORAL

0288678-53.2010.8.19.0001

70638 / 2017 - TJ - (AC) - Indenizatória. Pacote turístico. Queda em banheira de hotel. Piso escorregadio. Ausência de tapete antiderrapante. Costela fraturada e dores fortes. Relação de consumo. Falha na prestação de serviço. Quebra da normalidade da vida cotidiana. Dano moral. Recurso parcialmente provido.195

DANO MORAL COLETIVO

0004134-81.2008.8.19.0003

75836 / 2017 - TJ - (AC) - Ação Civil Pública. Área de preservação ambiental permanente. Construção de pousada. Município de Angra dos Reis. Dano moral coletivo. Constituição Federal. Degradação do meio ambiente.113

DANOS MORAIS E MATERIAIS

0049821-82.2016.8.19.0203

50116 / 2018 - TJ - (AC) - Reserva realizada em restaurante. Ausência de controle individual. Pagamento integral da conta. Falta de informação. Cobrança vexatória. Constrangimento físico e coerção. Danos morais e materiais. Parcial provimento do recurso.251

DEMISSÃO VOLUNTÁRIA

0045711-89.2015.8.19.0004

23573 / 2017 - TJ - (AC) - Plano de demissão voluntária. Pensionamento de filhas menores em 20% do valor da rescisão. Depósito feito em duplicidade por equívoco. Restituição do valor indevido negado. Alegação de recebimento de verba de boa-fé. Vedação ao enriquecimento sem causa. Recurso negado. Voto vencido.220

DESACATO

0000846-22.2014.8.19.0034

19128 / 2018 - TJ - (ACRIM) - Desacato à policiais militares. Insatisfação com revista pessoal. Defesa que invoca a impertinência do tipo penal. Direito de expressão. Não cabimento. Dolo. Palavras injuriosas com propósito de ofender. Substituição da pena. Sentença mantida.272

DESAPROPRIAÇÃO

0136368-33.2008.8.19.0001

60323 / 2018 - TJ - (AC) - Ação Civil Pública. Obrigação de fazer. Imóvel construído em área de proteção do ambiente cultural. Estado de conservação precário. Risco de desabamento. Conservação do imóvel. Desapropriação. Responsabilidade do Município.158

DIREITO À MORADIA**0013448-90.2009.8.19.0011**

5979 / 2011 - TJ - (AC) - Ação demolitória. Moradia. Construção irregular. Área de preservação ambiental. Inexistência de licença do ente municipal. Colisão de direitos. Prevalência do direito à moradia. Direito fundamental social ligado intrinsecamente à garantia da dignidade da pessoa humana. Recurso provido.191

DIVÓRCIO**0015601-39.2013.8.19.0211**

46594 / 2018 - TJ - (AC) - Divórcio litigioso. Falecimento em data anterior ao trânsito em julgado. Estado civil do cônjuge é de viúva e não de divorciada. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Recurso provido.179

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

1566168 / 2014 - STJ - (RESP) - Embargos de Divergência. Feriado local. Temporalidade de recurso. Similitude fática entre os arestos confrontados não evidenciada. Requisitos desatendidos. CPC/2015. RISTJ. Recurso improvido.63

ESTRANGEIRO**0322906-54.2010.8.19.0001**

3718 / 2017 - TJ - (AC) - Acidente de trânsito. Via pública. Cidadã estrangeira. Residência em Angola. Falecimento. Pleito de pagamento de pensão. Ausência de prova dos rendimentos auferidos pela vítima. Constituição de capital para assegurar obrigação alimentar. Verbete sumular nº 313 STJ. Dano moral. Respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.198

ESTUPRO

1767902 / 2018 - STJ - (RESP) - Estupro de vulnerável e estupro. Continuidade delitiva. Requisitos não preenchidos. Lapso temporal. Condenação imposta na sentença restabelecida.98

EXECUÇÃO**0102237-80.2018.8.19.0001**

1141 / 2018 - TJ - (RA) - Execução penal. Agravo interposto pelo Ministério Público. Apenado que cumpre pena de mais de 26 anos. Regime disciplinar diferenciado. LEP. Gravação de vídeo, em celular, feito pelo apenado e demais presos de dentro da cela e enviado para emissora de televisão. Subversão da rotina disciplinar interna. Recurso provido. Prazo de 45 (quarenta e cinco) dias. Voto vencido.280

FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO**0288678-53.2010.8.19.0001**

70638 / 2017 - TJ - (AC) - Indenizatória. Pacote turístico. Queda em banheira de hotel. Piso escorregadio. Ausência de tapete antiderrapante. Costela fraturada e dores fortes. Relação de consumo. Falha na prestação de serviço. Quebra da normalidade da vida cotidiana. Dano moral. Recurso parcialmente provido.195

FUNÇÃO SOCIAL**0064658-77.2013.8.19.0000**

46201 / 2013 - TJ - (AI) - Recuperação judicial. Empresa de exploração e produção de petróleo e gás natural. Sedes no Brasil e na Áustria. Ausência de manifestação dos credores contrária a um plano comum. Falta de previsão normativa além dos limites territoriais. Questão relevante que não pode ficar à margem da análise jurisdicional. Recurso provido.243

HOMICÍDIO

0017195-66.2018.8.19.0000

7635 / 2018 - TJ - (HC) - Homicídio duplamente qualificado. Prisão preventiva. Habeas Corpus. Requerimento de alvará de soltura; aplicação de medidas cautelares alternativas ou prisão domiciliar. Esposa em tratamento médico. Réu primário. Gravidade abstrata. Concessão da ordem. Medidas alternativas. CPP. Termo de compromisso.286

INDENIZAÇÃO

0026883-29.2012.8.19.0205

33094 / 2018 - TJ - (AC) - Ação Civil Pública. Dano ambiental. Poluição sonora. Concessão da liminar. Descanso dos moradores. Credibilidade das instituições. Pagamento de indenização. Recurso provido parcialmente.120

INJÚRIA RACIAL

0012110-08.2014.8.19.0011

6983 / 2018 - TJ - (ACRIM) - Crimes de injúria racial e ameaça. “Branquela azeda”. Confissão e xingamentos. Dolo de agir. Utilização de frases ameaçadoras. Recurso negado.269

INTERROGATÓRIO

474360 / 2018 - STJ - (HC) - Processo penal. Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Supressão de instância. Afronta à competência constitucional. Índícios de autoria e materialidade. Trancamento da ação penal. Não cabimento. Realização do interrogatório por meio de carta precatória autorizada. Mandamus não conhecido. Ordem concedida quanto ao interrogatório.88

LEP

0102237-80.2018.8.19.0001

1141 / 2018 - TJ - (RA) - Execução penal. Agravo interposto pelo Ministério Público.

Apenado que cumpre pena de mais de 26 anos. Regime disciplinar diferenciado. LEP. Gravação de vídeo, em celular, feito pelo apenado e demais presos de dentro da cela e enviado para emissora de televisão. Subversão da rotina disciplinar interna. Recurso provido. Prazo de 45 (quarenta e cinco) dias. Voto vencido.280

LICENÇA

0004134-81.2008.8.19.0003

75836 / 2017 - TJ - (AC) - Ação Civil Pública. Área de preservação ambiental permanente. Construção de pousada. Município de Angra dos Reis. Dano moral coletivo. Constituição Federal. Degradação do meio ambiente.113

0271706-71.2011.8.19.0001

13137 / 2018 - TJ - (AC) - Ação Civil Pública. Ministério Público. Dano ao meio ambiente. Emissão de material particulado na atmosfera. Atividade empresarial exercida sem o devido licenciamento. Atividades de fiscalização, imposição de regularização da licença ambiental e a lavratura de multas pelo órgão competente. Comprovação documental. Recurso improvido. Manutenção da sentença.130

LICENÇA AMBIENTAL

0025942-68.2013.8.19.0068

14173 / 2018 - TJ - (ACRIM) - Crime contra a ordem tributária. Cooperativa. Venda e armazenamento de combustível. Legislação pertinente não observada e licenças ambientais não apresentadas. Provas. Substituição da pena. Sentença mantida.259

LRF

0044776-56.2018.8.19.0000

59826 / 2018 - TJ - (AI) - Recuperação judicial. Contagem de prazo. Intempestividade

da impugnação de crédito. Base dias úteis. Controvérsia. Lei nº 11.101/2005. Previsão de prazo, de natureza processual ou material, em dias corridos. Princípios da celeridade e efetividade. Recurso de Agravo de Instrumento negado.235

MAGISTÉRIO

1569560 / 2015 - STJ - (RESP) - Ação civil Pública. Profissionais da educação. Rede pública estadual. Jornada de trabalho. Atividades complementares. Períodos reservados a estudos, planejamento e avaliação. Reserva de um terço de carga horária. Impossibilidade de se aproveitar esse intervalo de tempo para atividades extraclasse. Recurso não provido.71

MEDIDA CAUTELAR

0017195-66.2018.8.19.0000

7635 / 2018 - TJ - (HC) - Homicídio duplamente qualificado. Prisão preventiva. Habeas Corpus. Requerimento de alvará de soltura; aplicação de medidas cautelares alternativas ou prisão domiciliar. Esposa em tratamento médico. Réu primário. Gravidade abstrata. Concessão da ordem. Medidas alternativas. CPP. Termo de compromisso.286

MEIO AMBIENTE

0000989-09.2013.8.19.0046

26340 / 2018 - TJ - (AC) - Imóvel situado em área de preservação ambiental. Fornecimento de serviço de energia elétrica. Negativa. Resolução 55/2012, do INEA. Não comprovação pelo proprietário da aquiescência dos órgãos ambientais. Constituição da República. Conduta da concessionária em consonância com as normas estabelecidas. Recurso não provido.172

0385681-32.2015.8.19.0001

39755 / 2018 - TJ - (AC) - Ação Civil Pública. Ministério Público. Poluição hídrica, ocupação irregular da faixa marginal de proteção e assoreamento do Rio Banca da Velha. Degradação do meio ambiente. Omissão dos coobrigados e do Estado aos deveres de proteção, fiscalização e recuperação ambiental. Recursos desprovidos.146

MUNICÍPIO

0136368-33.2008.8.19.0001

60323 / 2018 - TJ - (AC) - Ação Civil Pública. Obrigação de fazer. Imóvel construído em área de proteção do ambiente cultural. Estado de conservação precário. Risco de desabamento. Conservação do imóvel. Desapropriação. Responsabilidade do Município.158

0072981-95.2018.8.19.0000

464 / 2019 - TJ - (AI) - Obrigação de fazer. Município. Serviço Único de Saúde (SUS). Prestação de assistência domiciliar por meio de um cuidador em tempo integral. Indicação médica. Distúrbios psiquiátricos. Serviço não expressamente previsto. Ponderação de interesses. Constituição da República. Dever da família. Impossibilidade não demonstrada. Tutela de urgência revogada. Voto vencido.206

NCPC

1566168 / 2014 - STJ - (RESP) - Embargos de Divergência. Feriado local. Temporalidade de recurso. Similitude fática entre os arestos confrontados não evidenciada. Requisitos desatendidos. CPC/2015. RISTJ. Recurso improvido.63

OBRIGAÇÃO DE FAZER

0136368-33.2008.8.19.0001

60323 / 2018 - TJ - (AC) - Ação Civil Pública. Obrigação de fazer. Imóvel construído em área de proteção do ambiente cultural. Estado de conservação precário. Risco de desabamento. Conservação do imóvel. Desapropriação. Responsabilidade do Município.158

OMISSÃO

0385681-32.2015.8.19.0001

39755 / 2018 - TJ - (AC) - Ação Civil Pública. Ministério Público. Poluição hídrica, ocupação irregular da faixa marginal de proteção e assoreamento do Rio Banca da Velha. Degradação do meio ambiente. Omissão dos coobrigados e do Estado aos deveres de proteção, fiscalização e recuperação ambiental. Recursos desprovidos.146

PENSÃO

0322906-54.2010.8.19.0001

3718 / 2017 - TJ - (AC) - Acidente de trânsito. Via pública. Cidadã estrangeira. Residência em Angola. Falecimento. Pleito de pagamento de pensão. Ausência de prova dos rendimentos auferidos pela vítima. Constituição de capital para assegurar obrigação alimentar. Verbete sumular nº 313 STJ. Dano moral. Respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.198

POLICIAL MILITAR

0000846-22.2014.8.19.0034

19128 / 2018 - TJ - (ACRIM) - Desacato à policiais militares. Insatisfação com revista pessoal. Defesa que invoca a impertinência do tipo penal. Direito de expressão. Não cabimento. Dolo. Palavras injuriosas com pro-

pósito de ofender. Substituição da pena. Sentença mantida.272

POLUIÇÃO SONORA

0026883-29.2012.8.19.0205

33094 / 2018 - TJ - (AC) - Ação Civil Pública. Dano ambiental. Poluição sonora. Concessão da liminar. Descanso dos moradores. Credibilidade das instituições. Pagamento de indenização. Recurso provido parcialmente.120

PRAZO

0044776-56.2018.8.19.0000

59826 / 2018 - TJ - (AI) - Recuperação judicial. Contagem de prazo. Intempestividade da impugnação de crédito. Base dias úteis. Controvérsia. Lei nº 11.101/2005. Previsão de prazo, de natureza processual ou material, em dias corridos. Princípios da celeridade e efetividade. Recurso de Agravo de Instrumento negado.235

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

0013448-90.2009.8.19.0011

5979 / 2011 - TJ - (AC) - Ação demolitória. Moradia. Construção irregular. Área de preservação ambiental. Inexistência de licença do ente municipal. Colisão de direitos. Prevalência do direito à moradia. Direito fundamental social ligado intrinsecamente à garantia da dignidade da pessoa humana. Recurso provido.191

PRISÃO

0017195-66.2018.8.19.0000

7635 / 2018 - TJ - (HC) - Homicídio duplamente qualificado. Prisão preventiva. Habeas Corpus. Requerimento de alvará de soltura; aplicação de medidas caute-

lares alternativas ou prisão domiciliar. Esposa em tratamento médico. Réu primário. Gravidade abstrata. Concessão da ordem. Medidas alternativas. CPP. Termo de compromisso.286

RECUPERAÇÃO JUDICIAL

0064658-77.2013.8.19.0000

46201 / 2013 - TJ - (AI) - Recuperação judicial. Empresa de exploração e produção de petróleo e gás natural. Sedes no Brasil e na Áustria. Ausência de manifestação dos credores contrária a um plano comum. Falta de previsão normativa além dos limites territoriais. Questão relevante que não pode ficar à margem da análise jurisdicional. Recurso provido.243

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

0102237-80.2018.8.19.0001

1141 / 2018 - TJ - (RA) - Execução penal. Agravo interposto pelo Ministério Público. Apenado que cumpre pena de mais de 26 anos. Regime disciplinar diferenciado. LEP. Gravação de vídeo, em celular, feito pelo apenado e demais presos de dentro da cela e enviado para emissora de televisão. Subversão da rotina disciplinar interna. Recurso provido. Prazo de 45 (quarenta e cinco) dias. Voto vencido.280

REGIME PRISIONAL

0017368-65.2015.8.19.0204

6551 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Tráfico de drogas. Ré que ingressa em estabelecimento prisional portando droga. Prova não segura quanto ao destinatário e finalidade da droga. Pena corretamente aplicada. Regime prisional modificado. Provi-

mento parcial ao recurso da ré e absolvido o réu.291

SUCESSÃO

0015601-39.2013.8.19.0211

46594 / 2018 - TJ - (AC) - Divórcio litigioso. Falecimento em data anterior ao trânsito em julgado. Estado civil do cônjuge é de viúva e não de divorciada. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Recurso provido.179

SURRECTIO

1789667 / 2018 - STJ - (RESP) - Execução. Alimentos fornecidos ao ex-cônjuge por longo período após o ajustado. Surrectio. Alimentante em idade avançada e em tratamento de doença grave. Manutenção. Agravo desprovido.81

SUS

0072981-95.2018.8.19.0000

464 / 2019 - TJ - (AI) - Obrigação de fazer. Município. Serviço Único de Saúde (SUS). Prestação de assistência domiciliar por meio de um cuidador em tempo integral. Indicação médica. Distúrbios psiquiátricos. Serviço não expressamente previsto. Ponderação de interesses. Constituição da República. Dever da família. Impossibilidade não demonstrada. Tutela de urgência revogada. Voto vencido.206

TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

0256441-53.2016.8.19.0001

46421 / 2018 - TJ - (AC) - Responsabilidade civil. Teoria da perda de uma chance. Advogado. Responsabilidade meio. Alegação de conduta negligente. Necessidade de análise sobre possibilidades de êxito do postulante. Não comprovação

dos fatos constitutivos do direito. Sentença mantida.182

TRÁFICO DE DROGAS**0017368-65.2015.8.19.0204**

6551 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Tráfico de drogas. Ré que ingressa em estabelecimento prisional portando droga. Prova não segura quanto ao destinatário e finalidade da droga. Pena corretamente aplicada. Regime prisional modificado. Provimento parcial ao recurso da ré e absolvido o réu.291

VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA**0045711-89.2015.8.19.0004**

23573 / 2017 - TJ - (AC) - Plano de demissão voluntária. Pensionamento de filhas menores em 20% do valor da rescisão. Depósito feito em duplicidade por equívoco. Restituição do valor indevido negado. Alegação de recebimento de verba de boa-fé. Vedação ao enriquecimento sem causa. Recurso negado. Voto vencido.220

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MIN. JORGE MUSSI (1.566.168/2014) - STJ	RECURSO ESPECIAL - CÍVEL63
MIN. . OG FERNANDES (1.569.560/2015) - STJ	RECURSO ESPECIAL - CÍVEL71
MIN. PAULO DE TARSO SANSEVERINO (1.789.667/2018) - STJ	RECURSO ESPECIAL - CÍVEL81
MIN. REYNALDO SOARES DA FONSECA (474.360/2018) - STJ	HABEAS CORPUS88
MIN. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (1.767.902/2018) - STJ	RECURSO ESPECIAL - CRIMINAL98

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DES. ADRIANA LOPES MOUTINHO 0025942-68.2013.8.19.0068 (14.173/2018) - TJ	APELAÇÃO CRIMINAL259
DES. ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA 0049821-82.2016.8.19.0203 (50.116/2018) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL251
DES. ANTONIO JOSÉ FERREIRA CARVALHO 0012110-08.2014.8.19.0011(6.983/2018) - TJ	APELAÇÃO CRIMINAL269
DES. CARLOS EDUARDO FREIRE ROBOREDO 0102237-80.2018.8.19.0001 (1.141/2018) - TJ	RECURSO DE AGRAVO (LEI 7.210 DE 84)280
DES. CLÁUDIO LUIS BRAGA DELL'ORTO 0000989-09.2013.8.19.0046 (26.340/2018) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL172
DES. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS 0004134-81.2008.8.19.0003 (75.836/2017) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL113
DES. FRANCISCO DE ASSIS PESSANHA 0072981-95.2018.8.19.0000 (464/2019) - TJ	AGRAVO DE INSTRUMENTO206
DES. GEÓRGIA DE CARVALHO LIMA 0000780-02.2014.8.19.0209 (41.847/2018) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL169
DES. GILBERTO CAMPISTA GUARINO 0064658-77.2013.8.19.0000 (46.201/2013) - TJ	AGRAVO DE INSTRUMENTO243
DES. GILBERTO CLÓVIS FARIAS MATOS 0322906-54.2010.8.19.0001 (3.718/2017) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL198

DES. GUARACI DE CAMPOS VIANNA 0045711-89.2015.8.19.0004 (23.573/2017) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	220
DES. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO 0256441-53.2016.8.19.0001 (46.421/2018) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	182
DES. JOSÉ CARLOS PAES 0136368-33.2008.8.19.0001 (60.323/2018) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	158
DES. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO 0017195-66.2018.8.19.0000 (7.635/2018) - TJ	HABEAS CORPUS	286
DES. LÚCIA HELENA DO PASSO 0015601-39.2013.8.19.0211 (46.594/2018) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	179
DES. MÁRCIA PERRINI BODART 0000846-22.2014.8.19.0034 (19.128/2018) - TJ	APELAÇÃO CRIMINAL	272
DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM 0026883-29.2012.8.19.0205 (33.094/2018) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	120
DES. MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO 0013448-90.2009.8.19.0011 (5.979/2011) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	191
DES. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES 0288678-53.2010.8.19.0001 (70.638/2017) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	195
DES. MÁRIO ASSIS GONÇALVES 0271706-71.2011.8.19.0001 (13.137/2018) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	130
DES. NILDSO ARAÚJO DA CRUZ 0017368-65.2015.8.19.0204 (6.551/2016) - TJ	APELAÇÃO CRIMINAL	291
DES. REINALDO PINTO ALBERTO FILHO 0044776-56.2018.8.19.0000 (59.826/2018) - TJ	AGRAVO DE INSTRUMENTO	235
DES. ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA 0385681-32.2015.8.19.0001 (39.755/2018) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	146

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(1.566.168/2014) - STJ (RESP)	MIN. JORGE MUSSI	63
(1.569.560/2015) - STJ (RESP)	MIN. OG FERNANDES	71
(474.360/2018) - STJ (HC)	MIN. REYNALDO SOARES DA FONSECA	88
(1.767.902/2018) - STJ (RESP)	MIN. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR	98
(1.789.667/2018) - STJ (RESP)	MIN. PAULO DE TARSO SANSEVERINO	81

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

0013448-90.2009.8.19.0011 (5.979/2011) - TJ (AC)	REL. DES. MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO	191
0064658-77.2013.8.19.0000 (46.201/2013) - TJ (AI)	REL. DES. GILBERTO CAMPISTA GUARINO	243
0017368-65.2015.8.19.0204 (6.551/2016) - TJ (ACRIM)	REL. DES. NILDSO ARAÚJO DA CRUZ	291
0322906-54.2010.8.19.0001 (3.718/2017) - TJ (AC)	REL. DES. GILBERTO CLÓVIS FARIAS MATOS	198
0045711-89.2015.8.19.0004 (23.573/2017) - TJ (AC)	REL. DES. GUARACI DE CAMPOS VIANNA	220
0288678-53.2010.8.19.0001 (70.638/2017) - TJ (AC)	REL. DES. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES	195
0004134-81.2008.8.19.0003 (75.836/2017) - TJ (AC)	REL. DES. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS	113
0102237-80.2018.8.19.0001 (1.141/2018) - TJ (RA)	REL. DES. CARLOS EDUARDO FREIRE ROBOREDO	280
0012110-08.2014.8.19.0011 (6.983/2018) - TJ (ACRIM)	REL. DES. ANTONIO JOSÉ FERREIRA CARVALHO	269
0017195-66.2018.8.19.0000 (7.635/2018) - TJ (HC)	REL. DES. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO	286
0271706-71.2011.8.19.0001 (13.137/2018) - TJ (AC)	REL. DES. MÁRIO ASSIS GONÇALVES	130
0025942-68.2013.8.19.0068 (14.173/2018) - TJ (ACRIM)	REL. DES. ADRIANA LOPES MOUTINHO	259
0000846-22.2014.8.19.0034 (19.128/2018) - TJ (ACRIM)	REL. DES. MÁRCIA PERRINI BODART	272
0000989-09.2013.8.19.0046 (26.340/2018) - TJ (AC)	REL. DES. CLÁUDIO LUIS BRAGA DELL'ORTO	172
0026883-29.2012.8.19.0205 (33.094/2018) - TJ (AC)	REL. DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM	120
0385681-32.2015.8.19.0001 (39.755/2018) - TJ (AC)	REL. DES. ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA	146
0000780-02.2014.8.19.0209 (41.847/2018) - TJ (AC)	REL. DES. GEÓRGIA DE CARVALHO LIMA	169
0256441-53.2016.8.19.0001 (46.421/2018) - TJ (AC)	REL. DES. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO	182
0015601-39.2013.8.19.0211 (46.594/2018) - TJ (AC)	REL. DES. LÚCIA HELENA DO PASSO	179
0049821-82.2016.8.19.0203 (50.116/2018) - TJ (AC)	REL. DES. ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA	251
0044776-56.2018.8.19.0000 (59.826/2018) - TJ (AI)	REL. DES. REINALDO PINTO ALBERTO FILHO	235
0136368-33.2008.8.19.0001 (60.323/2018) - TJ (AC)	REL. DES. JOSÉ CARLOS PAES	158
0072981-95.2018.8.19.0000 (464/2019) - TJ (AI)	REL. DES. FRANCISCO DE ASSIS PESSANHA	206

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

Doutrinas. Jurisprudências TJ e STJ.

O PENSAMENTO DA JUSTIÇA DO RIO

**Editora Espaço Jurídico
Av. Presidente Antônio Carlos, 615/Sala 305
Centro - Tel.: (21)2262-6612**