TJ-RJ

Volume 114

Revista de Direito

Jurisprudência Temática
Constituição Brasileira de 1988 – 30 anos

- A Administração Pública Contrafactual: O Modelo para Afastar a Administração Patrimonialista e Burocrática
- Possibilidade de os Agentes da Área de Segurança Pública Abaterem quem Porta Fuzil ou Armamento de Uso Exclusivo das Forças Armadas em Comunidades Dominadas por Organizações Criminosas
- Os Direitos de Proteção do Delator
- Juízo Arbitral – Inconstitucionalidade do Artigo 136-A da LSA

Diretoria-Geral
de Comunicação e de
Difusão do Conhecimento

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

DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Nº 114 - 2018
abr./mai./jun.

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

Diretoria-Geral de Comunicação e de Difusão do Conhecimento - DGCOM
Diretor-Geral: José Carlos Tedesco

Departamento de Gestão e Disseminação do Conhecimento - DECCO
Diretor: Marcus Vinicius Domingues Gomes

Divisão de Organização de Acervos de Conhecimento - DICAC
Diretora: Monica Papf de Moura Soares

EDITORA ESPAÇO JURÍDICO

ISSN: 1982-663X

Capa e Editoração: Geórgia Kitsos

Índices da Revista de Direito:
www.tjrj.jus.br
Link - 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 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 Junior, Jessé Torres. - 2017, Fernandes, Sérgio Ricardo de Arruda.

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. Domingues, 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., 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 Junior, 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 MILTON FERNANDES DE SOUZA

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA
Desembargador CLÁUDIO DE MELLO TAVARES

1º VICE-PRESIDENTE
Desembargadora ELISABETE FILIZZOLA ASSUNÇÃO

2º VICE-PRESIDENTE
Desembargador CELSO FERREIRA FILHO

3º VICE-PRESIDENTE
Desembargadora MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO

REVISTA DE DIREITO

DIREÇÃO DA REVISTA

Diretor: Desembargador SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES

EQUIPE TÉCNICA

ANDRÉA DE ASSUMPÇÃO RAMOS PEREIRA (Chefe de Serviço)
CLAUDIA SILVEIRA SERRA DE CASTRO GONÇALVES
WANDERLEI BARREIRO LEMOS
Colaborador nesta edição: RICARDO VIEIRA DE LIMA

ÓRGÃO ESPECIAL

Des. LUIZ ZVEITER
Des. ANTÔNIO EDUARDO FERREIRA DUARTE
Desª. NILZA BITAR
Desª. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR
Desª. MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO
Des. LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO
Des. REINALDO PINTO ALBERTO FILHO
Des. MILTON FERNANDES DE SOUZA
Des. OTÁVIO RODRIGUES
Des. NILDSON ARAÚJO DA CRUZ
Des. NAGIB SLAIBI FILHO
Des. ADRIANO CELSO GUIMARÃES
Des. BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO
Des. CLÁUDIO DE MELLO TAVARES
Desª. ELISABETE FILIZZOLA ASSUNÇÃO
Des. CELSO FERREIRA FILHO
Des. ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO AMADO
Des. GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO
Desª. TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES
Des. CLÁUDIO BRANDÃO DE OLIVEIRA

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Des. MILTON FERNANDES DE SOUZA
Des. CLÁUDIO DE MELLO TAVARES
Desª. ELISABETE FILIZZOLA ASSUNÇÃO
Des. CELSO FERREIRA FILHO
Desª. MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO
Desª. SUIMEI MEIRA CAVALIERI
Desª. DENISE VACCARI MACHADO PAES
Desª. MARIA HELENA PINTO MACHADO
Desª. DENISE NICOLL SIMÕES
Des. LUIZ FERNANDO DE ANDRADE PINTO

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Desª. MÁRCIA FERREIRA ALVARENGA
Desª. MARIA SANDRA ROCHA KAYAT DIREITO
Des. CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA
Des. GILBERTO CLÓVIS FARIAS MATOS
Des. MARCOS ANDRÉ CHUT

COMISSÃO DE LEGISLAÇÃO E NORMAS

Des. MAURÍCIO CALDAS LOPES
Des. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO
Des. MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO
Des. ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA
Des. LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES FILHO

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 JUNIOR
Des. PAULO SÉRGIO PRESTES DOS SANTOS
Des. ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA
Desª. MARIA ISABEL PAES GONÇALVES
Des. LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES FILHO

3ª CÂMARA CÍVEL

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

4ª CÂMARA CÍVEL

Des. REINALDO PINTO ALBERTO FILHO
Des. MARCO ANTONIO IBRAHIM
Des. ANTÔNIO ILOÍZIO BARROS BASTOS
Desª. MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA COSTA
Desª. MARIA HELENA PINTO MACHADO MARTINS

5ª CÂMARA CÍVEL

Des. HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE FIGUEIRA
Desª. CRISTINA TEREZA GAULIA
Des. HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES
Desª. CLÁUDIA TELLES DE MENEZES
Desª. DENISE NICOLL SIMÕES

6ª CÂMARA CÍVEL

Des. NAGIB SLAIBI FILHO
Des. BENEDICTO ULTRA ABICAIR
Desª. TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES
Desª. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO
Desª. CLÁUDIA PIRES DOS SANTOS FERREIRA

7ª CÂMARA CÍVEL

Des. CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA
Des. ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE
Des. RICARDO COUTO DE CASTRO
Des. CLAUDIO BRANDÃO DE OLIVEIRA
Des. LUCIANO SABÓIA RINALDI DE CARVALHO

8ª CÂMARA CÍVEL

Des. ADRIANO CELSO GUIMARÃES
Desª. MÔNICA MARIA COSTA DI PIERO
Desª. NORMA SUELY FONSECA QUINTES
Des. CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA
Des. AUGUSTO ALVES MOREIRA JÚNIOR

9ª CÂMARA CÍVEL

Des. LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO
Des. LUIZ FELIPE MIRANDA DE MEDEIROS FRANCISCO
Des. ADOLPHO CORREA DE ANDRADE MELLO JÚNIOR
Des. CARLOS AZEREDO DE ARAÚJO
Des. JOSÉ ROBERTO PORTUGAL COMPASSO

10ª CÂMARA CÍVEL

Des. BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO
Des. JOSÉ CARLOS VARANDA DOS SANTOS
Des. CELSO LUIZ DE MATOS PERES
Des. PEDRO SARAIVA DE ANDRADE LEMOS
Desª. PATRÍCIA RIBEIRO SERRA VIEIRA

11ª CÂMARA CÍVEL

Des. OTÁVIO RODRIGUES
Des. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS
Des. CESAR FELIPE CURY
Des. LUIZ HENRIQUE OLIVEIRA MARQUES
Des. SÉRGIO NOGUEIRA DE AZEREDO

12ª CÂMARA CÍVEL

Des. MÁRIO GUIMARÃES NETO
Des. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JÚNIOR
Desª. LÚCIA MARIA MIGUEL DA SILVA LIMA
Des. JAIME DIAS PINHEIRO FILHO

Des. JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI

13ª CÂMARA CÍVEL

Des. FERNANDO FERNANDY FERNANDES
Des. AGOSTINHO TEIXEIRA DE ALMEIDA FILHO
Desª. SIRLEY ABREU BIONDI
Des. GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO
Des. MAURO PEREIRA MARTINS

14ª CÂMARA CÍVEL

Des. JOSÉ CARLOS PAES
Des. CLÉBER GHELFENSTEIN
Des. GILBERTO CAMPISTA GUARINO
Des. PLÍNIO PINTO COELHO FILHO
Des. FRANCISCO DE ASSIS PESSANHA FILHO

15ª CÂMARA CÍVEL

Des. RICARDO RODRIGUES CARDOZO
Des. HORÁCIO DOS SANTOS RIBEIRO NETO
Desª. JACQUELINE LIMA MONTENEGRO
Desª. MARIA REGINA FONSECA NOVA ALVES
Des. GILBERTO CLÓVIS FARIAS MATOS

16ª CÂMARA CÍVEL

Des. MAURO DICKSTEIN
Des. LINDOLPHO DE MORAES MARINHO
Des. CARLOS JOSÉ MARTINS GOMES
Des. MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO
Des. EDUARDO GUSMÃO ALVES DE BRITO NETO

17ª CÂMARA CÍVEL

Des. EDSON AGUIAR DE VASCONCELOS
Des. ELTON MARTINEZ CARVALHO LEME
Des. WAGNER CINELLI DE PAULA FREITAS
Desª. MÁRCIA FERREIRA ALVARENGA
Desª. FLÁVIA ROMANO DE REZENDE

18ª CÂMARA CÍVEL

Des. MAURÍCIO CALDAS LOPES
Des. CARLOS EDUARDO DA ROSA DA FONSECA PASSOS
Des. CLÁUDIO LUIS BRAGA DELL'ORTO
Des. EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA
Desª. MARGARET DE OLIVAES VALLE DOS SANTOS

19ª CÂMARA CÍVEL

Des. FERDINALDO NASCIMENTO
Des. GUARACI DE CAMPOS VIANNA
Desª. VALÉRIA DACHEUX NASCIMENTO
Des. JUAREZ FERNANDES FOLHES
Des. LÚCIO DURANTE

20ª CÂMARA CÍVEL

Desª. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR
Desª. CONCEIÇÃO APARECIDA MOUSNIER T. GUIMARÃES PENA
Desª. MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA
Desª. MÔNICA DE FARIA SARDAS
Des. ALCIDES DA FONSECA NETO

21ª CÂMARA CÍVEL

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

22ª CÂMARA CÍVEL

Desª. ODETE KNAACK DE SOUZA
Des. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA
Des. ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA
Des. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA
Des. MARCELO LIMA BUHATEM

23ª CÂMARA CÍVEL

Desª. SÔNIA DE FÁTIMA DIAS
Des. MURILO ANDRÉ KIELING CARDONA PEREIRA
Des. ANTÔNIO CARLOS ARRABIDA PAES
Des. MARCOS ANDRÉ CHUT
Des. CELSO SILVA FILHO

24ª CÂMARA CÍVEL

Desª. NILZA BITAR
Desª. GEÓRGIA DE CARVALHO LIMA
Desª. ANDRÉA FORTUNA TEIXEIRA
Desª. CÍNTIA SANTARÉM CARDINALI
Des. LUIZ ROBERTO AYOUB

25ª CÂMARA CÍVEL

Desª. LEILA MARIA R. PINTO DE CARVALHO E ALBUQUERQUE
Des. WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO
Des. SÉRGIO SEABRA VARELLA
Desª. MARIANNA FUX
Des. LUIZ FERNANDO DE ANDRADE PINTO

26ª CÂMARA CÍVEL

Desª. ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA
Desª. SANDRA SANTARÉM CARDINALI
Desª. NATACHA NASCIMENTO GOMES TOSTES GONÇALVES DE OLIVEIRA
Des. ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO
Des. WILSON DO NASCIMENTO REIS

27ª CÂMARA CÍVEL

Des. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES
Des. ANTONIO CARLOS DOS SANTOS BITENCOURT
Desª. LUCIA HELENA PASSO
Desª. TEREZA CRISTINA SOBRAL BITTENCOURT SAMPAIO
Desª. MARIA LUIZA DE FREITAS CARVALHO

SEÇÃO CÍVEL

Desª. ELISABETE FILIZZOLA ASSUNÇÃO
Des. SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES
Des. ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA
Des. MÁRIO ASSIS GONÇALVES
Desª. MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA COSTA
Desª. CLAUDIA TELLES DE MENEZES
Desª. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO
Des. LUCIANO SABOIA RINALDI DE CARVALHO
Des. AUGUSTO ALVES MOREIRA JÚNIOR
Des. LUIZ FELIPE MIRANDA DE MEDEIROS FRANCISCO
Des. CELSO LUIZ DE MATOS PERES
Des. LUIZ HENRIQUE OLIVEIRA MARQUES
Des. JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI
Des. AGOSTINHO TEIXEIRA DE ALMEIDA FILHO
Des. GILBERTO CAMPISTA GUARINO
Desª. MARIA REGINA FONSECA NOVA ALVES
Des. EDUARDO GUSMÃO ALVES DE BRITO NETO
Desª. FLÁVIA ROMANO DE REZENDE
Des. CLÁUDIO LUIZ BRAGA DELL´ORTO
Desª. VALÉRIA DACHEAUX NASCIMENTO
Desª. MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA
Desª. DENISE LEVY TREDLER
Des. MARCELO LIMA BUHATEM
Des. MARCOS ANDRÉ CHUT
Desª. GEÓRGIA DE CARVALHO LIMA
Des. WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO
Desª. ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA
Des. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES

CÂMARAS CRIMINAIS

1ª CÂMARA CRIMINAL

Des. LUIZ ZVEITER
Des. MARCUS HENRIQUE PINTO BASÍLIO
Des. ANTÔNIO JAYME BOENTE
Desª. KATYA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT
Desª. MARIA SANDRA ROCHA KAYAT DIREITO

2ª CÂMARA CRIMINAL

Des. ANTÔNIO JOSÉ FERREIRA CARVALHO
Desª. KÁTIA MARIA AMARAL JANGUTTA
Des. PAULO DE TARSO NEVES
Desª. ROSA HELENA PENNA MACEDO GUITA
Des. FLÁVIO MARCELO DE AZEVEDO HORTA FERNANDES

3ª CÂMARA CRIMINAL

Des. ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO AMADO
Desª. SUIMEI MEIRA CAVALIERI
Desª. MÔNICA TOLLEDO DE OLIVEIRA
Des. PAULO SÉRGIO RANGEL DO NASCIMENTO
Des. CARLOS EDUARDO FREIRE ROBOREDO

4ª CÂMARA CRIMINAL

Des. ANTÔNIO EDUARDO FERREIRA DUARTE
Desª. GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA
Des. FRANCISCO JOSÉ DE ASEVEDO
Desª. MÁRCIA PERRINI BODART
Des. JOÃO ZIRALDO MAIA

5ª CÂMARA CRIMINAL

Des. CAIRO ÍTALO FRANÇA DAVID
Des. PAULO DE OLIVEIRA LANZELLOTTI BALDEZ
Desª. DENISE VACCARI MACHADO PAES
Des. LUCIANO SILVA BARRETO
Des. MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA SILVA FERREIRA

6ª CÂMARA CRIMINAL

Des. NILDSON ARAÚJO DA CRUZ
Desª. ROSITA MARIA DE OLIVEIRA NETTO
Des. LUIZ NORONHA DANTAS
Des. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO
Des. FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA

7ª CÂMARA CRIMINAL

Des. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA
Desª. MARIA ANGÉLICA GUIMARÃES GUERRA GUEDES
Des. SIDNEY ROSA DA SILVA
Des. JOSÉ ROBERTO LAGRANHA TÁVORA
Des. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO

8ª CÂMARA CRIMINAL

Desª. SUELY LOPES MAGALHÃES
Des. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA
Desª. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR
Des. CLÁUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JÚNIOR
Desª. ADRIANA LOPES MOUTINHO

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 23 de julho de 2018)

Sumário

- **Doutrina**

A Administração Pública Contrafactual: O Modelo para Afastar a Administração Patrimonialista e Burocrática
Sérvio Túlio Santos Vieira 13

Possibilidade de os Agentes da Área de Segurança Pública Abaterem quem Porta Fuzil ou Armamento de Uso Exclusivo das Forças Armadas em Comunidades Dominadas por Organizações Criminosas
Aylton Cardosos Vasconcellos 42

Os Direitos de Proteção do Delator
Ana Paula Couto e Marco Couto 49

Juízo Arbitral – Inconstitucionalidade do Artigo 136-A da LSA
Jorge Lobo 64

- **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça** 85
- **Jurisprudência Temática – Constituição Brasileira de 1988 – 30 Anos** 119
- **Jurisprudência Cível** 213
- **Jurisprudência Criminal** 305
- **Índice de Doutrinas e Acórdãos por Assunto** 349
- **Índice de Acórdãos por Relator** 363
- **Índice de Acórdãos por Ordem Numérica** 367

DOUTRINA

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTRAFACTUAL: O MODELO PARA AFASTAR A ADMINISTRAÇÃO PATRIMONIALISTA E BUROCRÁTICA

SÉRVIO TÚLIO SANTOS VIEIRA
Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.
Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense - UFF.
Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais e Pós-Doutor em Direito pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.
Doutor em Direitos, Instituições e Negócios pela Universidade Federal Fluminense - UFF.
Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública tem se mostrado incapaz de suprir as necessidades coletivas, além de postergar o implemento de políticas públicas. Apesar de há vinte anos ter se submetido a uma Reforma por três Emendas Constitucionais – com destaque para a de nº 19/1998 –, tentando o Poder Público implantar uma Administração gerencial eficiente, ainda se encontra presente, nos meandros administrativos, a prática do patrimonialismo nas formas do clientelismo, do apadrinhamento e do nepotismo e o uso da Burocracia pública para atendimento de interesses outros, diversos do interesse público. Essa é a Administração Pública factual, que termina por favorecer interesses privados de indivíduos, de classes ou de grupos vinculados aos agentes públicos, notadamente aos agentes políticos, consagrando que os interesses dos cidadãos e dos indivíduos participativos estão posicionados em plano inferior. Urge que o interesse público não se posicione em segundo plano. A facticidade do passado patrimonialista da Administração Pública, que vem se protraindo aos dias coevos, apresentando-se burocrática e pouco gerencial, autoriza a adoção da Administração Pública contrafactual, vale dizer, um modelo diferenciado, contrário ao factual, que venha a implantar ações administrativas que resultem no atendimento do interesse público. Nesse modelo de Administração Pública, de índole hipermoderna, os atos administrativos passam a ser editados em consonância com a deliberação conjunta tomada por ela e pelos servidores ou empregados públicos, internamente, em reuniões periódicas realizadas no âmbito das repartições públicas, e por ela e os administrados ou suas associações representativas, externamente, em audiências públicas. Os atos administrativos advindos das ponderações discursivas passam a vincular a Administração e os administrados, propiciando o atendimento do interesse público.

1. AS BASES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

A Administração Pública brasileira tem início pouco antes do Império, com fatos originados na Europa, que exigiram de Portugal uma mudança de comportamento político-administrativo para garantir o seu domínio sobre as terras brasileiras. Se não fossem as circunstâncias da época a Nação continuaria sob o jugo lusitano, com prorrogação do Brasil-Colônia, onde todos trabalhavam e tudo se produzia para o crescimento da chamada Metrópole. Enfim, falar em Administração

Pública no Brasil-Colônia é falar da rudimentar estrutura patrimonialista da Administração Pública portuguesa, vindo a se modificar no Brasil-Império, com aceno parcimonioso para o início de um Brasil direcionado ao atendimento parcial dos interesses do povo, melhorar um pouco no Brasil da Primeira República (Constituição de 1891), significativamente na Segunda República (Constituição de 1946) e bem mais no Brasil da consolidação da República (Constituição de 1988).

O Estado pré-moderno necessitava de quem detinha a capacidade de se manter no poder. Imprescindia de uma classe dominante qualquer, ao lado do soberano, para dominar as demais. Sacerdotes, aristocratas, proprietários de vastas extensões de terras, comerciantes com grande potencial econômico eram beneficiados para que ficassem devendo favor ao monarca, que mantinha o povo na menoridade, sem cultura ou instrução suficiente para entender a diferença entre o público e o privado, aceitando e conformando-se com os pequenos benefícios que ele fornecia. O príncipe impunha sua vontade, sem resistência dos súditos, e se arvorava em titular de toda riqueza do território do seu reino, das propriedades imobiliárias ali existentes e dos estabelecimentos comerciais, dos quais exigia tributos escorchantes.

Os súditos, sem que percebessem, eram dominados pelos planos engendrados pelo soberano para se manter no poder ou conquistá-lo. A eles restava obedecer aos comandos por ele expedidos, vergando-se à vontade real. A dominação, da espécie tradicional, fazia do soberano um arremedo de santidade, pois ele se traduzia no senhor de tudo e de todos submetidos ao seu império. A classe dominante que assessorava o príncipe também era responsável por uma administração patrimonialista, caracterizadora das monarquias absolutas.

O Estado Moderno, que se inaugura na consolidação da sua Era, não se desvincula inteiramente do expediente dominador. Apesar de conceder ao povo liberdade, igualdade relativa e anunciar que é fraterno, ainda mantém resquícios da Antiguidade e da Idade Média. O absolutismo é abandonado. A monarquia ainda resta presente, amenizada, apenas, pelo seu reconhecimento no ordenamento legal. A dominação passa de tradicional a legal. Após sancionada, a lei institui a forma burocrática, organizada e hierarquizada, para que dúvida não paire nos cidadãos e indivíduos participativos sobre a legitimidade dos comandos expedidos pela Administração, aos quais obedecem pacificamente.

Ao tratar das três espécies de dominação WEBER (2006, p. 128)[1] destaca que a dominação legal se dá em virtude de estatuto. "Seu tipo mais puro é a dominação burocrática. Sua ideia básica é: qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma». Assiste razão ao filósofo. O apanágio da dominação permite ao comandante supremo atuar nos limites do seu poder ou fora dele, ou seja, ilegal, arbitrária ou hiperdiscricionariamente. Quando o governante deixa de distinguir o público do privado, atua ilegal e arbitrariamente, vale dizer, consoante o patrimonialismo. Separando o público do privado, atuando, porém, dentro de uma discricionariedade exacerbada, que se distancia dos interesses do povo, age hiperdiscricionariamente.

Com o revestimento da dominação e do poder, deixando de distinguir o público do privado,

1 WEBER, Max. **Sociologia**. 7ª ed. São Paulo: Ática, 2006.

o governante atua imbuído do que se denomina improbidade administrativa. Age no seu interesse ou dos auxiliares mais próximos do seu governo – ministros, secretários, políticos do seu partido, correligionários ou de partidos aliados – como se os bens públicos e os ingressos fiscais integrassem o seu patrimônio, beneficiando a si próprio, os indivíduos, os grupos ou as classes privilegiadas. O patrimonialismo caracteriza os Estados absolutistas que dominavam colônias e ainda dominam reinos e impérios travestidos de repúblicas. Empresas estatais, cargos e empregos públicos, postos de gestão e funções são instituídos e distribuídos livremente pelos governantes nos diversos níveis da Administração, sem que eles se importem com as despesas que essa ignomínia acarreta, transferindo o ônus de sustentar esses privilegiados para o povo, mediante o aumento de impostos de toda sorte.

"No patrimonialismo tudo se passa como se os governantes fossem os donos do poder. O favoritismo ou apadrinhamento, o cartorialismo ou clientelismo e o nepotismo são suas espécies."

No patrimonialismo tudo se passa como se os governantes fossem os donos do poder. O favoritismo ou apadrinhamento, o cartorialismo ou clientelismo e o nepotismo são suas espécies. A corrupção quase sempre está presente quando a Administração Pública, por seus agentes, admite aquelas práticas. A Administração Pública brasileira tem base patrimonialista no Brasil-Colônia. Vem desde o seu descobrimento (1500-1822). Estende-se ao Brasil-Império (1822-1889), invade o Brasil-República, se arrefece no Estado Novo (1889-1934-1937), perpassa pela Era pós-moderna (1937-1946 e 1946-1988), com nova roupagem e, dissimuladamente, chega até a Era contemporânea ou hipermoderna, como se tem assistido por meio das mais variadas e injustificáveis improbidades administrativas perpetradas nos dias coevos. BARROSO (2009, p. 11)[2] atribui as bases do patrimonialismo brasileiro ao colonialismo português, que tal como o espanhol é produto da monarquia absolutista:

> O colonialismo português, que, como o espanhol, foi produto de uma monarquia absolutista, assentou as bases do patrimonialismo, arquétipo de relações políticas, econômicas e sociais que predispõem à burocracia, ao paternalismo, à ineficiência e à corrupção. Os administradores designados ligavam-se ao Monarca por laços de lealdade pessoal e por objetivos comuns de lucro, antes que por princípios de legitimidade e dever funcional. Daí a gestão da coisa pública em obediência a pressupostos privatistas e estamentais, de modo a traduzir fielmente, na Administração Pública, as aspirações imediatas de classe que lhe compõe o quadro burocrático. O agente público, assim moralmente descomprometido com o serviço público e sua eficiência, age em função da retribuição material e do prestígio social.

O patrimonialismo caracteriza-se, igualmente, pelo fato de o governante tomar decisões casuísticas, direcionadas a beneficiar certos grupos ou classes sociais, conspurcando o princípio da impessoalidade que, dentre outros, é imposto a todo aquele que governa, dirige ou exerce função

2 BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

pública (art. 37, da Constituição da República). Em decorrência desse expediente, grupos e classes não beneficiados com as deliberações munificentes guardam a esperança de, igualmente, obter os benefícios. Só que estes não vêm, porque eles não são os destinatários da munificência politiqueira. Cumpre não olvidar de que há mais uma base patrimonialista: os favores que o político eleito deve aos seus eleitores. E um deles é a nomeação para ocupar cargo em comissão ou função gratificada, nesse caso quando se tratar de servidor da Administração Pública.

O processo eleitoral na democracia indireta ou representativa faz com que, inevitavelmente, o candidato se comprometa com quem o apoia diretamente, inclusive em campanhas de acirradas disputas para ocupar uma vaga, máxime quando integrante do Poder Executivo. O político tudo promete e se compromete com seus eleitores e, máxime, com seus correligionários. Sendo o voto direto e dele a representação do eleitor, nos termos dos arts. 1º, § único, e 14, da Lei Fundamental, terá que acomodar, quando eleito, os que foram seus cabos eleitorais ou mesmo seus correligionários.

Em troca do apoio e dos votos recebidos os nomeia para os multifários ministérios, secretarias estaduais ou municipais, órgãos de direção mais elevados, presidências, direção e superintendência das autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. E aí se infere a imiscuição do público com o privado, considerando que depois de eleito o Chefe do Executivo se torna "dono" de todos os cargos e funções comissionados. E passa a ter o poder de neles investir no primeiro, segundo ou terceiro escalão até mesmo indivíduos que não são credores de escolaridade, de conhecimentos técnicos ou de idoneidade para exercer os cargos e as funções nos órgãos e entidades da Administração centralizada ou descentralizada, afrontando princípios constitucionais e causando prejuízos ao Erário. A prática do patrimonialismo precisa ser exorcismada.

2. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A atividade exercida pelo Estado, predominantemente pelo Poder Executivo – no caso brasileiro – objetivando construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, nos termos do art. 3º, da Lei Suprema, denomina-se Administração Pública. Constituída pelas pessoas jurídicas de direito público, órgãos centralizados e descentralizados, estruturados em diversos níveis, de acordo com os arts. 1º, 18, 25 e 29, da Carta da República, 5º, do DL nº 200/67 e 41, do Estatuto Civilístico, está voltada para prestar o serviço público em benefício dos indivíduos participativos. A estrutura da Administração Pública – da qual se serve principalmente o Poder Executivo para atender a interesses diversos dos indivíduos – também precisa ser modificada para que os direitos destes não sejam postergados, máxime em virtude da demora para solucionar as pendências e os conflitos que emergem das relações de direito público. Sua estrutura não pode ser a mesma da Era moderna.

A Lei Fundamental, em sua norma inaugural, estabelece que República Federativa é constituída pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e pelo Distrito Federal. Ao dispor sobre sua organização político-administrativa, o art. 1º consagrou que o Brasil é integrado pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, garantindo aos entes públicos a autono-

mia política necessária à sua estruturação, administração e funcionamento. Os preceptivos constitucionais que tratam da organização do Estado não fazem referência aos entes da Administração Pública indireta (arts. 1º e 18). Apesar disso, há recomendação expressa no sentido de que as pessoas jurídicas que integram a Administração centralizada e descentralizada, com personalidade de direito público ou de direito privado, estão obrigadas, dentre outros deveres, a: a) se pautar pela estrita observância dos princípios que regem a Administração Pública; b) realizar concursos para o ingresso de funcionários e empregados públicos nos seus quadros funcionais; c) se vincular às regras uniformizadas para ditos servidores; d) se estruturar, respeitando as regras ditadas para todos os seus níveis (arts. 37 a 41, da Carta Federal).

2.1 A Sistematização da Administração Pública

A Carta Política sistematizou de modo invulgar os assuntos concernentes à Administração Pública, a esta tributando o Capítulo VII, do Título III, que trata da Organização do Estado. Composto de quatro Seções e normas que vão do art. 37 ao art. 43, a primeira Seção apresenta as Disposições Gerais, a segunda trata dos Servidores Públicos Civis, a terceira cuida dos Servidores Públicos Militares e a quarta versa sobre as Regiões Administrativas da União, objetivando o desenvolvimento e a redução das desigualdades de um mesmo complexo geoeconômico e social. Independentemente da reunião de quase todos os temas vinculados à Administração Pública no sobredito Capítulo, preceptivos constantes de outros Títulos e Capítulos a ela se referem direta ou indiretamente ou guardam pertinência com os assuntos que as precitadas Seções procuraram dispor de modo conjunto.

No Título II que tutela os Direitos e Garantias Fundamentais dos brasileiros e estrangeiros residentes no País são ostentadas normas que mantêm estrita vinculação com a Administração Pública. Desde logo podem ser ressaltados preceitos que dizem respeito ao direito de o cidadão ou o indivíduo obter dos órgãos públicos as informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral; de peticionar aos Poderes Públicos em defesa de direitos e ilegalidades; de obter certidões em repartições públicas para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; de garantia do contraditório e ampla defesa quando litigante em processo administrativo; de impetrar mandado de segurança para proteger direito líquido e certo contra ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, podendo ser requerido coletivamente; de impetrar mandado de injunção quando a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais; de impetrar *habeas data* para assegurar o conhecimento de informações a ele concernentes, constantes de registros ou bancos de dados de entidades públicas ou para retificação de dados quando não optar por processo sigiloso, judicial ou administrativo; de propor ação popular para invalidar ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico ou cultural; de ter assegurados a razoável duração do processo administrativo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. É o que consta do art. 5º, incisos XXXIII, XXXIV, *a* e *b*, LV, LXIX, LXX, LXXII, *a* e *b*, LXXI, LXXIII e LXXVIII, respectivamente.

Ao se perscrutar normas gerais que dizem respeito à Administração Pública pode ser salientada, *exempli gratia*, a que dispõe sobre as atribuições do Tribunal de Contas para auxiliar o Congresso Nacional na fiscalização contábil, financeira e orçamentária das pessoas jurídicas de

direito público e apreciar as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Executivo, julgar as contas dos gestores e demais responsáveis por quantias em dinheiro, bens e valores da Administração Pública direta, indireta e fundacional, assim como apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal em todos os seus órgãos e as concessões de aposentadorias, reformas e pensões, além de outras (art. 71). E também as que se referem às garantias institucionais da Magistratura e de independência dos membros do Poder Judiciário e à sua autonomia administrativa (arts. 95, § único, e 96, I); à autonomia funcional e administrativa do Ministério Público (art. 127); à regulação da empresa pública e da sociedade de economia mista para explorar atividade econômica de produção e comercialização de bens ou de prestação de serviços, sua fiscalização pelo Estado e pela sociedade, o regime celetista para os seus servidores e a exclusão dos privilégios fiscais, próprios das autarquias e fundações públicas (art. 173, §§ 1º, I e II, e 2º); à obrigatoriedade de o Município com mais de vinte mil habitantes adotar um plano diretor com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento da função social da cidade (art. 182, § 1º); à incumbência do Poder Público de, na forma da lei, prestar diretamente o serviço público, através de licitação ou sob o regime de concessão ou permissão; à prestação da seguridade social a cargo do INSS, autarquia previdenciária federal e de outras entidades da Administração Pública indireta estadual e municipal (arts. 194 e 195); à prestação do serviço público de saúde por meio dos seus órgãos (arts. 196 a 198 e 200); à previdência social mediante suas repartições públicas (arts. 201 e 202); ao serviço público de fiscalização e de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225): à vedação de a União assumir despesa com pessoal inativo e encargos e amortizações de dívidas da Administração Pública direta ou indireta, oriundos da criação de Estado (art. 234); às regras para instalação dos Poderes e nomeação de seus membros no Estado-membro constituído (art. 235); à delegação dos serviços notariais e de registro exercidos em caráter privado, bem como o seu ingresso na atividade por concurso público (art. 236).

As pessoas jurídicas de direito público da Administração Pública indireta são as autarquias e fundações públicas. Ao tratar da remuneração dos servidores públicos, limites remuneratórios e mandato eletivo, a Lei Maior – além de fazer referência àquelas pessoas de direito público – inclui também as pessoas jurídicas de direito privado descentralizadas, no objetivo de esclarecer aos administrados que elas também integram sua estrutura (arts. 37, XI, XVII, XIX, § 8º, e 38). Entretanto, as pessoas jurídicas de direito privado da Administração indireta, ou seja, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que exploram atividades econômicas, mereceram tratamento diferenciado no art. 173 e § 1º.

Assim, a Administração indireta ou descentralizada é constituída por entidades de direito público e de direito privado. Adquirem personalidade jurídica e patrimônio próprios, independentes do ente público que as instituiu. Prestam serviço público específico e não estão hierarquizadas como órgãos do Estado (*lato sensu*) e sim vinculadas à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal ou aos Municípios, ou seja, ao Ministério, à Secretaria Estadual ou do Distrito Federal ou à Secretaria Municipal, de acordo com suas atribuições. Todos esses entes da Administração são autônomos no tocante à sua estruturação e funcionamento. No entanto, vergam-se excepcionalmente ao controle hierárquico dos entes federados e públicos aos quais estão vinculados, se praticarem atos que violem os princípios constitucionais e normas de direito público e à fiscalização contábil, financeira e orçamentária dos Tribunais de Contas (arts. 70, 71 e 75, da Lei Fundamental).

As autarquias são entidades da Administração descentralizada, com personalidade de direito público, que exercem as atividades mais próximas dos órgãos da Administração centralizada. O serviço público prestado nessas entidades muito se aproxima do que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios executam. As autarquias estão incumbidas de prestar serviço público relativo ao ensino público, à previdência, à seguridade social, à regulação, à fiscalização em geral e de organização, administração, inscrição e controle de profissionais (órgãos de classe), além de outros serviços, que bem poderiam ser prestados por órgãos da Administração centralizada que, no entanto – de acordo com estudos realizados –, foram descentralizados para melhor funcionamento. Na verdade, os serviços das autarquias se confundem com os serviços dos entes da Administração direta. Como bem anota DROMI (2009, p. 701):[3] "*las entidades autárquicas son personas jurídicas estatales exclusivamente administrativas, es decir, entes descentralizados con funciones administrativas o de gestión de servicios* públicos (PTN, ***Dictámenes***, 4:18; 114: 366)".

Após a promulgação da Carta Federal vigente foram editadas multifárias leis que tratam de relações jurídicas da Administração Pública com pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado e pessoas naturais. Podem ser destacados os seguintes diplomas legais: a Lei nº 8.112/90, que versa sobre o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais; a Lei nº 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos pela prática de atos de improbidade e enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional; a Lei nº 8.448/92, que trata do limite da remuneração mensal de servidor da Administração Pública direta, autárquica e fundacional; a Lei nº 8.666/93, que regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública; a Lei nº 8.745/93, que dispõe sobre a contratação de pessoal por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público; a Lei nº 8.852/94, que cuida dos vencimentos e remuneração dos servidores da Administração Pública direta, indireta e fundacional de qualquer um dos Poderes da União.

Prosseguindo na edição de diplomas legais de reforma da estrutura da Administração Pública pós-Constituição de 1988, foram editadas ainda: a Lei nº 8.884/94, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em autarquia federal, encarregada de prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica; a Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175, da Constituição Federal; a Lei nº 9.783/99, que dispõe sobre a contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos, ativos e inativos e pensionistas dos três Poderes da União; a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal; a Lei nº 9.717/98, que estabelece regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal; a Lei nº 9.962/00, que disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional; a Lei nº 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com sua aplicação aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às

3 DROMI, Roberto. ***Derecho Administrativo***. 12ª ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2009.

fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Recentemente foi editada a Lei nº 13.303/16, que trata do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, extensivo às suas subsidiárias, em cumprimento à Emenda Constitucional nº 19/1998.

As leis editadas após a promulgação Carta Fundamental de 1988 vêm consagrar que a Administração Pública dos dias coevos se emoldura na categoria de pós-moderna, com novas atribuições voltadas para a consecução dos fins para os quais ela existe, ou seja, prestar os serviços essenciais e de utilidade pública, para atender aos interesses do povo, compelido a satisfazer uma série de tributos exigidos pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. Antes de 05/10/1988 as normas referentes ao regime disciplinar e à responsabilidade dos servidores públicos civis da União, constantes da Lei nº 1.711/52, não se apresentavam organizadas e estruturadas como as dos arts. 116 a 126, da Lei nº 8.112/90, no melhor controle da Administração sobre eles, para dar mais efetividade à prestação do serviço público.

A investigação para apurar a prática de ato de improbidade e a ação de improbidade administrativa em desfavor de agente público, decorrente de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função, de que cuidam os arts. 10, 11 e 14 a 18, da Lei nº 8.429/92, inexistiam antes da data da promulgação da Carta Federal. Incidindo na prática de ilícito, respondia aos termos de ação penal, comumente por corrupção passiva. Não havia sido expedido diploma legal para tentar limitar a remuneração mensal de agentes públicos e servidores, na vigência da Constituição Federal de 1967, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 01/1969, como fez a Lei nº 8.448/92. Quando vigoravam os Decretos-leis nºs 2.300/86 e 2.348/87, inexistiam regras bem definidas sobre licitações e contratos administrativos, tais como hoje se apresentam nos arts. 1º e ss. da Lei nº 8.666/93.

Normas claras acerca de processo administrativo, organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência dos servidores e sobre parcerias público-privadas eram desconhecidas no sistema constitucional que se tornou obsoleto. Uma Administração Pública norteada pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, consoante está inscrito no art. 37, da Lei Suprema – como se vê dos objetivos dos diplomas legais mencionados – é imposta a agentes políticos, agentes públicos, gestores e servidores no exercício das suas funções, porque é isso que mais de perto interessa ao povo brasileiro.

2.2 A Reforma Administrativa

A edição da Medida Provisória nº 155/1990, que se convolou na Lei nº 8.031/90, deflagrou o Programa Nacional de Privatização, objetivando reduzir o gasto público do Estado. Foram extintos cargos e funções da Administração Pública centralizada e descentralizada e privatizadas empresas estatais. Novo padrão monetário foi implantado, com congelamento de preços, majoração de tributos, redução do imposto de importação de produtos estrangeiros, com objetivo de reduzir os preços dos produtos nacionais, estabilização dos vencimentos do funcionalismo, livre negociação dos salários e o ignominioso confisco provisório dos depósitos bancários, inclusive das cadernetas de poupança. O Plano Collor I, que cuidou das privatizações, pretendia reduzir o inchaço da Administração Pública, tendo procedido à exoneração de servidores públicos não está-

veis e à rescisão de contrato de trabalho de empregados públicos das estatais. Entrementes, não se divorciou do clientelismo, do cartorialismo, do nepotismo e da corrupção. O Plano Collor II, iniciado em janeiro de 1991, seguiu a mesma linha. Os desmandos político-administrativos se acentuaram, carreando para o cenário nacional o aumento da taxa de juros, demissões de trabalhadores na indústria e no comércio, com a consequente elevação dos índices de desemprego e de recessão. No campo da Administração Pública os dois planos Collor trouxeram resultados insatisfatórios.

Em dezembro de 1993 foram postas em prática, em caráter experimental, as bases para a adoção de um novo padrão monetário, que em março de 1994 tomou o nome de Plano Real, voltando a economia a crescer. A implantação desse plano reduziu a inflação e da taxa de desemprego. A edição da Lei nº 9.491/97, que revogou a Lei nº 8.031/90, fixou novos parâmetros para as privatizações, redução do déficit público, aumento da arrecadação e aprofundou a reforma administrativa.

Em 1998 foram promulgadas as Emendas Constitucionais 18, 19 e 20. Essas Emendas alteraram o regime do funcionalismo público, as aposentadorias e pensões e dispuseram sobre princípios e normas da Administração Pública, com destaque para as Emendas nº 19 e 20, sendo que a primeira introduziu no art. 37, da Carta da República, o princípio da eficiência, além de modificar a redação de diversos incisos dessa mesma norma constitucional e de inserir outros parágrafos; a segunda, juntamente com a primeira, procedeu às alterações nos arts. 37 a 42. Ambas as Emendas produziram uma efetiva reforma na Administração Pública no que diz respeito aos servidores públicos. Alteraram a investidura, a estabilidade, a promoção, a remuneração, as vantagens, a aposentadoria, inclusive dos comissionados, vindo, mais adiante, a influenciar julgamentos da Suprema Corte por ocasião da edição das Súmulas Vinculantes 13, 15, 16, 33, 37, 42 e 43, destacando-se as que proscrevem o nepotismo (13), o aumento de vencimentos dos servidores pelo Poder Judiciário e dos servidores estaduais e municipais, com fulcro nos índices federais de correção monetária (37 e 42), e a ascensão funcional (43), que já havia sido vedada em virtude da redação dada pela Emenda nº 19/1998 ao inciso II do art. 37 da Carta Federal, mas continuava a ser praticada nos órgãos da Administração direta e indireta.

A Emenda Constitucional nº 19/1998 tentou extinguir o regime jurídico único dos servidores públicos da Administração centralizada, das autarquias e fundações públicas, alvejando que o funcionalismo retornasse ao regime celetista para, no futuro, possivelmente, promover a rescisão do contrato de trabalho dos empregados públicos. O Pretório Excelso, entrementes, declarou a inconstitucionalidade, *ex nunc*, da redação do art. 39, da Lei Maior, em liminar concedida parcialmente em 02/08/2007, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 2.135-4, voltando o preceito constitucional à redação anterior.

Das três Emendas Constitucionais a que introduz mais reformas na Administração Pública é a de nº 19/1998. O art. 3º modifica o § 3º, I, do art. 37, da Lei Fundamental, possibilitando a participação dos usuários na Administração Pública, com a regulação dos serviços prestados por meio das Agências Reguladoras, e introduz o § 8º no mesmo preceptivo constitucional, instituindo o contrato de gestão e a autonomia gerencial, orçamentária e financeira de órgãos e entidades centralizadas e descentralizadas. O art. 21 impõe à Administração limite de despesa com o funcionalismo ativo e inativo, alterando o art. 169, da Carta Política, fundamento da edição da Lei

Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Os arts. 22 e 26 modificam o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, e institui a figura administrativa da Agência Executiva.

A Reforma Administrativa mantém a estrutura da Administração burocrática, porém esta dá nova roupagem, aproximando-a da Administração gerencial da Era hipermoderna, de modo a prestar apenas os serviços eminentemente públicos, transferindo para o setor privado os que podem ser prestados por meio de concessão, permissão ou autorização com o controle do Estado. Como acentua Pereira (2006, p. 259)[4] "pressupõe-se que as empresas serão mais eficientes se controladas pelo mercado e administradas privadamente". A Reforma não para por aí. Conta também com a Lei nº 9.649/98, que possibilita órgãos e entidades da Administração centralizada e descentralizada, como autarquias e fundações públicas se qualificarem como Agências Executivas, obtendo maior autonomia no exercício de suas atribuições, passando à condição de órgãos e entidades especiais, consoante o disposto no art. 51, não revogado pela Lei nº 10.683/03.

A Reforma Administrativa também é responsável pela integração, na Administração Pública – iniciada antes mesmo da promulgação das sobreditas Emendas Constitucionais – das autarquias federais instituídas com o objetivo de disciplinar a comercialização de produtos, fiscalizar a execução e uso dos serviços prestados aos usuários por pessoas jurídicas que atuam onerosamente na indústria ou no comércio de bens e na prestação de serviços de interesse coletivo. Diplomas legais instituíram diversas Agências Reguladoras como *v.g*. a Lei nº 9.427/96, referente à Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, e a Lei nº 11.182/05, que diz respeito à Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC. Antes da edição desses diplomas legais o Estado Regulador já se fazia presente pelos órgãos e entidades da Administração Pública, tais como o Conselho Monetário Nacional - CMN, o Banco Central do Brasil - BCB, a Comissão de Valores Mobiliários - CVM e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, que precederam às instituições das Agências Reguladoras. Contudo, foi o novo modelo de gestão administrativa, de índole gerencial, que consolidou o que havia sido iniciado na Administração Pública burocrática.

Governos que sucederam aos que iniciaram a Reforma Administrativa dão continuidade à reestruturação do Estado. Normas constitucionais, incisos e parágrafos são periodicamente alterados por meio de Emendas, constituindo, modificando ou extinguindo deveres impostos à Administração ou direitos dos administrados e de entidades. É o que se infere, *exempli gratia*, da leitura das Emendas Constitucionais 33 e 34/2001, 40, 41, 42 e 47/2003, 51/2006, 59/2009, 63/2010, 86, 87 e 88/2015, que se referem a servidores públicos, à ordem financeira, às contribuições sociais, à assistência e à seguridade social, ao ensino público, ao combate a endemias, às ações e aos serviços públicos de saúde, a impostos estaduais e municipais. Contudo, a reforma da Administração não deve se descurar dos direitos fundamentais dos cidadãos e dos indivíduos participativos, a pretexto de reduzir o déficit público, em grande parte decorrente de condutas de governantes que ultrajando valores éticos e morais, a eles impostos constitucionalmente, ainda se entregam à prática do patrimonialismo e aos mais variados atos de improbidade.

---

4 PEREIRA, Luís Carlos Bresser. "Da administração pública burocrática à gerencial". In: PEREIRA, Luís Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006. pp. 237-270.

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FACTUAL

"O mais relevante é que se levante o véu que cobre atos administrativos voltados para o atendimento diverso do interesse público, de modo que os interessados possam conhecê-los e tomar as providências para sua invalidação ou modificação."

A Constituição Republicana atribui à Administração Pública o atendimento dos interesses coletivos, vale dizer, das necessidades dos administrados, na qualidade de executora das ações do Estado, *lato sensu*. Nesses últimos trinta anos, aproximadamente, a Administração não vem desempenhando bem o seu papel. Mesmo após a Reforma Administrativa – que vem tentando implantar no Estado brasileiro uma Administração gerencial –, ainda se encontra presente a prática do patrimonialismo nas suas diversas formas e o uso da burocracia pública para o atendimento de outros interesses, diversos do somatório dos interesses coletivos. O agente público – notadamente o político investido no gerenciamento administrativo – deve se abster do patrimonialismo, seja qual for a sua espécie: favoritismo ou apadrinhamento, cartorialismo ou clientelismo e nepotismo. Da mesma forma a ele não cabe se servir da burocracia para fins politiqueiros, beneficiando a si próprio ou favorecendo indivíduos, classes sociais ou grupos vinculados ao seu partido político, sacrificando o atendimento do interesse público.

A atuação de modo contrário à conduta ética própria do Estado Democrático de Direito, direcionada ao atendimento dos interesses individuais, de classes sociais ou grupos, no lugar do atendimento do interesse público, quase sempre ocorre sem a transparência necessária. Não é dado conhecimento dessas práticas aos administrados. No momento em que a Administração expede os atos administrativos sem divulgá-los pelos meios próprios de comunicação, *id est*, quando deixa de propagá-los, ofende frontalmente o princípio da publicidade. A observância desse princípio e dos demais emoldurados no art. 37 da Carta Federal constitui o arcabouço da boa administração, que deve estar voltada para atender ao interesse público.

A Administração Pública não pode ser patrimonialista, nem o agente público se servir da sua estrutura organizacional para entregar-se à politicagem. Não pode ser hermética ou opaca; ao revés, há que executar todas as suas incumbências com transparência. Expedidos os atos administrativos devem, imediatamente, ser publicados. Não é incomum que os administrados só tomem conhecimento do atendimento de interesses individuais, de classes ou de grupos pelos meios não oficiais de divulgação dos atos administrativos, como *e.g.*, pela imprensa escrita ou falada ou, hodiernamente, pelas redes sociais. Quando o favorecimento vem à tona sem a devida publicidade do ato benéfico, resta demonstrado que a Administração pretendia manter a decisão em sigilo, isto é, revestida de opacidade.

Esse procedimento não se coaduna com a transparência e o acesso à informação, que constituem facetas da publicidade dos atos administrativos. Não basta que os administrados tenham acesso à informação após a emissão dos atos administrativos. É mister que eles tomem conhecimento do conteúdo dos atos administrativos emitidos no exercício do poder vinculado ou discricionário, este quando for permitido à Administração exercê-lo, optando por um atendimento ou

por outro. Mais condizente com a observância dos princípios constitucionais seria que antes da tomada da decisão, para tratar de qualquer interesse rotulado de coletivo, os cidadãos fossem convocados pela Administração para tomar lugar na assembleia pública e expor suas pretensões. Eles poderiam, ao menos, ponderar sobre a necessidade de atender aos seus interesses e não a outros que não se mostrassem tão prementes. Isto evitaria a prática do patrimonialismo, o uso da burocracia para o favoritismo e outras práticas e a ausência de transparência dos atos administrativos.

Quando o administrador público, na gestão de órgãos e entidades da Administração centralizada ou descentralizada, nos seus três níveis, resolve se servir da Burocracia pública para se entregar à prática do patrimonialismo – com o comprometimento da ética e da moralidade administrativa –, dá-se o desvirtuamento da discricionariedade, credenciando os cidadãos a promover a anulação dos atos administrativos lesivos ao patrimônio público por meio da ação popular, de acordo com o previsto nos arts. 5º, LXXIII, do Pacto Fundamental, 1º e ss., da Lei nº 4.717/65, podendo – conforme a natureza daqueles mesmos atos – ser também invalidados ou modificados pela deflagração da ação civil pública de que tratam os arts. 129, III, da Carta Política, 1º e ss., da Lei nº 7.347/85, ou, ainda, por outros meios processuais adequados previstos no ordenamento jurídico. O mais relevante é que se levante o véu que cobre atos administrativos voltados para o atendimento diverso do interesse público, de modo que os interessados possam conhecê-los e tomar as providências para sua invalidação ou modificação.

Por meio daquelas providências judiciais também pode ser pleiteado que o administrador público venha a ser afastado do comando do órgão ou da entidade, pois se nada for feito nesse sentido ele continuará a praticar a conduta descomprometida com a ética no exercício dos poderes da Administração Pública. Não há como se relegar a olvido que no local onde o serviço público é prestado se exercitam direitos do cidadão, impondo-se o dever de o agente público se submeter aos princípios que regem a atividade administrativa nos três Poderes da República. Os poderes da Administração foram outorgados pela Constituição para o atendimento do interesse público. O exercício secreto ou sigiloso desses poderes é contrário à ordem constitucional.

A Administração Pública factual é a que, nos dias atuais, ainda se apresenta na maioria das repartições do serviço público, nos três níveis da Federação. É aquela em que o interesse individual do agente público se sobrepõe aos interesses da coletividade – por meio do aproveitamento do patrimônio público – para a obtenção de vantagem indevida em proveito particular, de outros indivíduos ou de grupos. Igualmente é a que se mostra excessivamente formalista, impregnada de subjetivismo do gestor na tomada de decisões para dar solução aos processos e requerimentos deflagrados pelos administrados e interessados. Uma e outra não se preocupam com a eficiência. Na tentativa de transmudar a primeira, patrimonialista, e, a segunda, burocrática, em gerencial, foi encartado no art. 37 da Carta da República, pela Emenda Constitucional nº 19/1998, o princípio da eficiência, com o objetivo de fazer com que a autoridade administrativa exercite uma Administração diferenciada, que efetivamente atenda ao somatório dos interesses coletivos.

3.1 Características da Administração Patrimonialista

A Administração Pública se caracteriza como patrimonialista toda vez que o administrador não distingue o público do privado, atuando ilegal, arbitrária ou hiperdiscricionariamente para be-

neficiar – como se estivesse no exercício da administração de uma empresa privada – indivíduos, classes ou grupos, com recursos públicos, em regra advindos da arrecadação de tributos. O agente público, investido na gerência administrativa, toma decisão casuística, direcionada a beneficiar quem ele bem entende, conspurcando o princípio da impessoalidade que, dentre outros, é imposto a todo aquele que governa, dirige ou exerce função pública. Em decorrência desse expediente, indivíduos grupos e classes que deixaram de ser beneficiados com a deliberação munificente guardam a esperança de, igualmente, obter os mesmos benefícios. Estes, no entanto, não vêm, porque os excluídos não são os destinatários da liberalidade politiqueira. Nesse modelo de Administração, o agente público atende aos interesses das classes dominantes, dando azo ao patrimonialismo nas suas diversas formas.

A Administração patrimonialista é a demonstração do exercício do poder no regime monárquico. Ela confunde o patrimônio público e o patrimônio privado, como se o administrador público fosse o titular dos bens integrantes do patrimônio estatal. O patrimonialismo na Administração é despótico, porque o agente público pode se servir dos bens públicos como bem entender, utilizando os recursos do Erário, bens móveis e imóveis como se integrassem o seu patrimônio, daí esse *nomen juris*. A aquisição, o uso e a venda são negócios jurídicos ajustados normalmente pelo administrador patrimonialista, sem qualquer responsabilidade ou sanção. Esse modelo se mostra inteiramente incompatível com a Administração hipermoderna gerencial.

Com o poder em suas mãos – decorrente da investidura nos mais altos cargos políticos ou administrativos para gerir órgãos e entidades da Administração –, o agente nega a distinção entre o público e o privado, atuando de modo contrário à moralidade, incidindo na improbidade administrativa. Agindo no seu interesse ou dos indivíduos, classes ou grupos a que está politicamente vinculado, não se importa com gastos públicos e com as consequências da degradação administrativa. Ele nomeia para ocupar as funções comissionadas e os cargos mais elevados seus correligionários ou apadrinhados políticos. Raramente nomeia pessoa dotada de conhecimentos técnicos ou científicos para ocupá-los. Os compromissos políticos assumidos e as promessas feitas por ocasião da campanha eleitoral falam mais alto. Tudo ocorre como se o agente fosse o dono do poder e dos cargos que integram o quadro da Administração Pública.

Considerando o gigantismo da Administração Pública brasileira é fácil distribuir cargos. À disposição do agente político na gestão administrativa encontram-se ministérios, secretarias estaduais ou municipais, órgãos de direção elevados, presidência, direção e superintendência de autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, agências reguladoras e uma vasta lista de cargos comissionados a lotear. Ele se convola em "dono" desses cargos, podendo investir no primeiro, segundo ou terceiro escalão até mesmo indivíduos inidôneos, sem escolaridade ou destituídos de conhecimentos técnicos para ocupá-los. Ao tratar do tema, anota HANSEN (2010, p. 28):[5]

> Não bastasse a contemporânea crise de paradigmas político-sociais, o cenário atual nos descortina uma aberração de organização estatal, que se caracteriza por uma mistura entre os elementos feudais e o Estado moderno, qual

5 HANSEN, Gilvan Luiz; FARIA, Maria Leonor Veiga. **Curso de Gestão Pública**. Niterói: EdUFF, 2010.

> seja, o Patrimonialismo. Descrito por intelectuais como RAIMUNDO FAORO e ANTONIO PAIM, o Patrimonialismo pode ser identificado no cotidiano da organização estatal brasileira ou, senão nela, nos procedimentos e na mentalidade vigente entre os atores sociais que fazem a política nesta "Terra de Santa Cruz". O que caracteriza o Patrimonialismo é a postura frente ao Estado como se este fosse um feudo ou uma capitania hereditária pertencente, enquanto propriedade e patrimônio, a pessoas ou grupos que ocupam as funções e os cargos públicos.

O patrimonialismo se dá por meio do favoritismo ou apadrinhamento, cartorialismo ou clientelismo e nepotismo. Em todas essas formas o agente público atua como se estivesse autorizado a eleger o modo de gastar o dinheiro público, sem prestar contas dos atos que emite. Ele não distingue o público do privado, utilizando o Erário, bens e serviços públicos sem qualquer parcimônia, nem se importa que por meio da sua conduta ocorre o desvirtuamento da finalidade da Administração Pública, que é prestar serviços de utilidade aos administrados, suprindo as necessidades coletivas. Na qualidade de Presidente, Governador ou de Prefeito age como se fosse dono do Estado, *lato sensu*.

Em plena Era contemporânea, tudo se passa como se ainda estivesse vivendo sob o comando de um monarca absolutista, como no Brasil Colônia, Reino ou mesmo no Brasil Império. BARROSO (2009, p. 67)[6] assinala: "a triste verdade é que o Brasil jamais se libertou dessa herança patrimonialista. Tem vivido assim, por décadas a fio, sob o signo da má definição do público e do privado". Em outro estudo BARROSO (2009, p. 11)[7] destaca:

> Por trás das idas e vindas, do avanço e do recuo, diafanamente encoberta, a herança maldita do patrimonialismo: o cargo público. O poder de nomear, de creditar-se favores, de cobrar do agente público antes o reconhecimento e a gratidão do que o dever funcional. A lealdade ao chefe, não ao Estado, muito menos ao povo. A autoridade, em vez de institucionalizar-se, personaliza-se. Em seguida, corrompe-se, nem sempre pelo dinheiro, mas pelo favor, devido ou buscado.

A Administração patrimonialista também se dá quando, embora aparentemente se verifique a separação do público e do privado, o agente político se utiliza de um poder discricionário exacerbado, que se distancia do interesse público, agindo hiperdiscricionariamente, direcionando sua ação para o atendimento de interesse individual ou de um grupo de indivíduos, constatando-se o favoritismo. Imagine-se que o prefeito de um município de médio porte, podendo expedir decreto expropriatório para alargamento de via pública incluindo duas casas antigas, em ruínas, de proprietário desconhecido – o que importaria em pagamento de indenização bem menor –, opta por outro expedir para incluir, no referido decreto, terreno de grandes dimensões, situado ao lado daquelas duas casas, pertencente a correligionário político do seu partido, beneficiando-o com o pagamento de indenização correspondente ao dobro do valor venal atualizado no início do ano.

---

6 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

7 *Id*. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Tanto no nepotismo quanto no favoritismo o que se vê é o propósito de o agente público, no seu interesse – retribuindo ou trocando favor, praticando politicagem ou exibindo poder administrativo –, receber, mais adiante, vantagem ou benefício, servindo-se do patrimônio público ou do Erário. Nessas formas de patrimonialismo a não separação do público do privado é proposital. Para FAORO (2008, p. 102),[8] o patrimonialismo é uma organização política marcadamente burocrática. "Burocracia não no sentido moderno, como aparelhamento racional, mas da apropriação do cargo – o cargo carregado de poder próprio, articulado com o príncipe, sem anulação da esfera própria de competência". Esse patrimonialismo "pulveriza-se, num localismo isolado, que o retraimento do estamento secular acentua, de modo a converter o agente público num cliente, dentro de uma extensa rede clientelista" (FAORO, 2008, p. 718).[9]

3.2 Características da Administração Burocrática

A Administração burocrática tem origem no Estado Liberal, por se divorciar do patrimonialismo, dissociando os interesses do soberano do interesse público, para o atendimento deste estando voltada. Nesse modelo de Administração se faz distinção entre o público e o privado. Ela se insurge contra o favoritismo e o nepotismo, propondo-se também a combater a corrupção, ínsita à Administração patrimonialista. O modelo burocrático eclodiu para defender os súditos e os cidadãos das arbitrariedades do soberano, pondo à disposição dos indivíduos os instrumentos judiciais e extrajudiciais previstos na Constituição e nos diplomas legais infraconstitucionais, hábeis a frear o arbítrio comum nas monarquias absolutas. A Administração burocrática funciona também como instrumento de defesa do patrimônio público, pois faz valer o princípio da impessoalidade tratado no art. 37, da Lei Fundamental, afastando a pessoalidade inerente à Administração patrimonialista, por ocasião do preenchimento dos cargos públicos, obstando a pretensão de atendimento dos interesses privados, de classes ou de grupos.

Nesse modelo de Administração Pública há um ideário de organização funcional dos profissionais que vão ocupar cargos e funções nas suas repartições. A Administração burocrática está voltada para executar as tarefas do Estado, estruturando-se pela hierarquia funcional, plano de carreira, cargos e vencimentos dos servidores, instituindo o concurso público para o ingresso no serviço público e integração dos aprovados no quadro efetivo. A Administração burocrática é regida pelo princípio da impessoalidade, reverenciando os princípios constitucionais da legalidade, moralidade e publicidade e se caracterizando pela hierarquia, competência ou atribuição funcional, formalismo e procedimentalismo.

A hierarquia da Administração burocrática se dá justamente para dividir, verticalmente, a responsabilidade do agente público e controlar as parcelas do poder decisório que lhes são delegadas. O administrador público do órgão ou da entidade – em princípio integrante do quadro efetivo do serviço público, investido em cargo ou função por concurso público, consoante previsão e observância das normas legais insculpidas na Lei Maior, desde a Era Vargas (Constituições de 1934 e 1937) – já não detém poderes para administrar ou atender aos interesses individuais, de classes

8 FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Globo, 2008.

9 *Ibid*.

ou de grupos. Ele está submetido à estrita observância dos princípios do art. 37, da Carta Política, sob pena de incidir no § 4º desse preceptivo constitucional e no art. 10, da Lei nº 8.429/92, ou seja, a Lei de Improbidade Administrativa.

"O mais relevante da implantação da Administração burocrática, conhecida como racional e legal, foi o afastamento das condutas individualistas das elites dominantes, distantes do interesse público."

A competência ou atribuição funcional estabelece os limites de atuação do agente público, caracterizando a Administração burocrática e dividindo, horizontalmente, a responsabilidade do agente público. Quando este assume a administração da superintendência, do departamento, da divisão, do serviço ou do setor, responde funcional e internamente pelos atos administrativos que expede, já que não pode gerir todos os órgãos ou entidades ao mesmo tempo, ficando encarregado de desenvolver as tarefas do serviço público no âmbito administrativo para o qual foi designado. Um único agente não pode concomitantemente gerir, *e.g.*, dois órgãos ou um órgão e uma entidade, nem chefiar em conjunto com o desempenho de atribuições de outro. Só é responsável por uma única unidade na hierarquia horizontal, o que não é vedado na hierarquia vertical. A responsabilidade externa dos seus atos se estende à Administração Pública, nos termos dos arts. 37, § 6º, da Constituição Federal, e 43, do Estatuto Civilístico.

O formalismo caracteriza a Administração burocrática, que funciona hierarquizada vertical e horizontalmente para que os requerimentos e petições recebam um número do protocolo e mais adiante possam ser convolados em processos administrativos depois da autuação e da distribuição aos órgãos centralizados ou às entidades descentralizadas, para ter andamento. Não há requerimento verbal nas repartições públicas, a não ser que se trate de simples solicitação. Apesar de não se exigir os mesmos requisitos da petição inicial, o requerimento apresentado ou a petição a ser protocolada deve ser inteligível, de modo que a Administração possa deferir ou indeferir o pedido formulado (art. 6º, da Lei nº 9.784/99). As formalidades são ínsitas ao funcionamento do serviço público. Não há atividade administrativa sem que os expedientes escritos se revistam das solenidades a fim de que a Administração possa atender às reivindicações dos administrados ou formular exigências para que ela possa chegar ao atendimento do que é pleiteado.

O procedimentalismo é um corolário da característica do formalismo da Administração burocrática. Os requerimentos e petições devem ser formalmente transformados em processos administrativos, que também se regem por procedimento próprio, assemelhado ao rito dos processos judiciais cíveis. A tramitação dos processos administrativos está a cargo da Lei nº 9.784/99, que, nos arts. 5º e ss., dispõe sobre as solenidades procedimentais. O processo se inicia com a apresentação de requerimento formal e culmina com a decisão administrativa, que deve ser proferida contendo os elementos essenciais do art. 50 da Lei nº 9.784/99. Dentre esses elementos figura a motivação que levou o administrador ou o colegiado administrativo de primeiro grau a deferir ou a indeferir o pedido para que o interessado, em regra o administrado, possa recorrer hierarquicamente, *ex vi* dos arts. 50, §§ 1º a 3º, e 56 do mesmo diploma legal.

O modelo burocrático – mesmo não conseguindo afastar em caráter definitivo o modelo patrimonialista e sem alcançar a eficiência – deu um passo de vanguarda na Administração Pública, tendo em vista que passou a se preocupar com a prestação de serviço para atender às necessidades

coletivas, o que sequer ocorria no modelo patrimonialista. O mais relevante da implantação da Administração burocrática, conhecida como racional e legal, foi o afastamento das condutas individualistas das elites dominantes, distantes do interesse público. "O modelo racional-legal busca afastar das práticas organizacionais as relações pessoais, permeadas pelo subjetivismo, a ausência de procedimentos e, por consequências, de controles" (NOHARA, 2016, p. 162).[10]

Além de a Administração burocrática se submeter ao controle externo pelos órgãos do Legislativo e do Judiciário, consequente da estruturação do Estado Pós-Moderno, ela passou a ser controlada também pelos cidadãos, por meio da ação popular de que tratam os arts. 5º, LXXIII, do Pacto Fundamental 1º e ss. da Lei nº 4.717/65 e, mais adiante, pelas pessoas legitimadas a intentar ação civil pública, de que cuidam os arts. 129, III, da Carta Política, e 1º e ss. da Lei nº 7.347/85. Quando o agente público, no exercício do poder administrativo, comete ilegalidade ou abuso de poder, submete-se, igualmente, ao controle pelo mandado de segurança individual ou coletivo, para proteger direito líquido e certo, nos termos dos arts. 5º, LXIX e LXX, da Lei Suprema, e 1º e ss. da Lei nº 12.016/09.

4. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTRAFACTUAL

A Administração Pública ainda é burocrática prosseguindo com os resquícios de um patrimonialismo extenuante. Após a Emenda Constitucional nº 19/1998, o Poder Público vem tentando convolá-la em Administração eficiente, tendo certo êxito no âmbito da descentralização, pouco avançando, porém, no campo dos entes e órgãos centralizados. Não avança mais – para se emoldurar como eficiente e bem atender ao interesse público – porque mantém o seu gigantismo, já que estruturada por multifários órgãos desnecessários e por um número excessivo de funções e cargos comissionados, muito deles com atribuições superpostas. A Administração atende de modo pouco satisfatório às necessidades gerais e coletivas. Além disso, não implementa as políticas públicas imprescindíveis ao desenvolvimento social, o que em grande parte se deve ao modelo democrático representativo, isto é, à democracia indireta, como foi visto.

A Reforma da Administração Pública promovida pelas Emendas Constitucionais 19 e 20, de 1998, mantém a estrutura burocrática, apresenta nova estrutura para a prestação do serviço público e tenta aproximá-la da Administração gerencial consentânea com a Era hipermoderna. A Reforma teve por meta deixar com a Administração centralizada a prestação dos serviços essencialmente públicos, atribuindo à Administração descentralizada e às pessoas jurídicas de direito privado os serviços não essenciais, assim como os "serviços meios", por intermédio de delegação, concessão, permissão ou autorização, sem se despojar do controle das atividades administrativas que àquelas pessoas são delegadas, concedidas, permitidas ou autorizadas. Antes da edição das sobreditas Emendas já havia estudo sobre a Administração Pública gerencial. Para sua efetivação passou-se ao combate do patrimonialismo e do burocratismo e à defesa da delegação, *lato sensu*, com posterior cobrança dos resultados. De acordo com o entendimento de Pereira (2006, p. 28):[11]

---

10 NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Atlas, 2016.

11 PEREIRA, Luís Carlos Bresser. "Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado". *In*: PEREIRA, Luís Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7ª ed. Brasília: Fundação Getúlio Vargas, 2006. pp. 21-38.

> Algumas características básicas definem a administração pública gerencial. É orientada para o cidadão e para a obtenção de resultados; pressupõe que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de grau limitado de confiança; como estratégia, serve-se da descentralização e do incentivo à criatividade e à inovação; e utiliza o contrato de gestão como instrumento de controle de gestores públicos.

A Administração Pública que se aproxima da gerencial, introduzida pelas precitadas Emendas, vem produzindo resultados quase satisfatórios. Não deixa de ter dado um passo de vanguarda com relação aos modelos patrimonialista e burocrático. A Administração Pública atual tem lastro, em parte, na desburocratização, pois vem dando pouca relevância ao cumprimento das formalidades procedimentais impostas pelas leis de regência e sim aos resultados, considerando que o princípio da eficiência restou introduzido no rol do art. 37 da Carta Federal, justamente pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

A Administração Pública contrafactual é o modelo hábil a expurgar o modelo patrimonialista em caráter definitivo, que ainda persiste em determinados setores, e a reduzir ao máximo as formalidades e o emperramento do funcionamento do modelo burocrático. A Administração contrafactual esperada pelos cidadãos e indivíduos participativos é a hipermoderna, traduzida no autêntico modelo gerencial. Trata-se de uma Administração de efetiva prestação do serviço público, que se preocupa com o controle da gestão, por meio de seu poder hierárquico, com o desempenho das atribuições pelos seus servidores, economia de material utilizado e de seus gastos. Nesse modelo de gestão administrativa constata-se o exercício permanente do poder de polícia, exercido interna e externamente. A Administração gerencial conta com o seu serviço público e dos que estão habilitados a coadjuvar nas atividades administrativas. São três setores, assim denominados.

O primeiro setor é o da própria Administração, que exerce as atividades primárias e essenciais para atender aos interesses coletivos pelos seus entes, órgãos e entidades, prestando diretamente o serviço público; o segundo é formado pela iniciativa privada individual ou empresarial, direcionada à atividade econômica lucrativa na indústria e no comércio, atendendo às necessidades secundárias dos indivíduos participativos e, o terceiro, o constituído pelos entes de cooperação ou entidades paraestatais, atualmente denominado terceiro setor, que conta com os serviços sociais autônomos e as entidades da sociedade civil (associações civis ou organizações sociais) que têm por fim auxiliar o primeiro setor (o Estado), no atendimento das diversas facetas do serviço público.

O terceiro setor – representado pelas entidades paraestatais, ou seja, os serviços sociais autônomos e pelas associações civis sem fins lucrativos, fundações privadas, entidades filantrópicas, organizações não governamentais - ONG e pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos – tem por finalidade auxiliar a Administração Pública na prestação de serviços de interesse público. Especificando as entidades do terceiro setor podem ser ressaltados os serviços sociais autônomos, o SENAI, o SENAC, o SESC e o SESI, que se dedicam à assistência e ao ensino a determinadas categorias sociais ou classes profissionais. São pessoas jurídicas sem fins lucrativos. As demais entidades são: as Organizações de Assistência Social - OAS, as Organizações Sociais - OS e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP.

As sobreditas pessoas jurídicas sem fins lucrativos ficam encarregadas de prestar atendimento e assistência social a infantes, a adolescentes, aos idosos, às pessoas carentes, a prestar, gratuitamente, serviços atinentes à saúde, educação, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente – não emoldurados como exclusivos da pessoa jurídica de direito público –, desenvolver atividades de utilidade pública e de interesse coletivo e a promover o atendimento de necessidades assistenciais e educacionais de certos setores empresariais ou categorias profissionais. Sobre o terceiro setor escreve JUSTEN FILHO (2015, p. 314):[12]

> Tem sido utilizada a expressão *terceiro setor* para indicar esse segmento, de modo a diferenciá-lo do Estado propriamente dito (primeiro setor) e da iniciativa privada voltada à exploração econômica lucrativa (segundo setor). O terceiro setor é integrado por sujeitos e organizações privadas que se comprometem com a realização de interesses coletivos e a proteção de valores supraindividuais. Enfim, é uma manifestação da sociedade para promover a realização dos direitos fundamentais, especialmente em vista da constatação da insuficiência dos esforços estatais para o atingimento de tais objetivos.

Essas entidades se apresentam, em regra, sob a forma de associação civil ou de fundação privada, comprometendo-se com o Poder Público a desempenhar atividades de atendimento e assistência social, serviços auxiliares pertinentes à saúde e outros de utilidade pública e de interesse coletivo. Os serviços sociais autônomos vêm exercendo suas atividades bem antes de a Administração ser erigida à categoria de gerencial. Desde há muito vêm coadjuvando o Estado a prestar o serviço público. Integrando a Administração gerencial, desempenham bem as atividades administrativas que constitucionalmente foram atribuídas ao primeiro setor que, em realidade, se tornou incapaz de atender às necessidades dos cidadãos e dos indivíduos participativos no mundo da vida hipermoderna.

A Administração Pública menosprezou o crescimento da população e não se preocupou em reduzir os seus gastos para a manutenção dos seus serviços e atender ao interesse geral. Apesar de ser reconhecido como indispensável para coadjuvar a Administração, o terceiro setor acaba por consagrar a incapacidade do Estado – que conta com vultosa arrecadação de impostos – de atender, com o que arrecada, às necessidades dos indivíduos, notadamente às dos que são compelidos a satisfazer toda sorte de exigência tributária. O panorama atual da Administração Pública deixa entrever que ela imprescinde do auxílio do terceiro setor, que vem prestando relevantes serviços. Sobre a importância da atuação do terceiro setor, escreve CROVI (2006, p. 3):[13]

> *Desde otra óptica, el sector público ha advertido que muchas veces resulta impotente para satisfacer todas las necesidades de los ciudadanos y que los particulares tienen generalmente una capacidad de reacción más rápida y eficaz. Las sociedades modernas han abandonado la idea del Estado*

12 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

13 CROVI, Luis Daniel. ***Régimen Legal de las Asociaciones Civiles***. Buenos Aires: LexisNexis, 2006.

> *que lo cubre todo y más allá de cualquier explicación teórica sobre "el tercer sector",* hemos visto como, ante desgracias naturales o económicas, las asociaciones civiles han dado respuestas de convocatoria y solidaridad con mayor rapidez que las autoridades de turno. La tarea educativa, cultural, sanitaria (por nombrar algunas) son prestadas con mayor eficiencia por asociaciones civiles o entidades no lucrativas que por el propio Estado, fenómeno que se repite en todo el mundo.

A Administração gerencial, que se deve à Reforma Administrativa, afasta o que não é necessário à organização burocrática. Ela é responsável pela integração das autarquias federais instituídas com o objetivo de disciplinar a comercialização de produtos, fiscalizar a execução e uso dos serviços prestados aos usuários por pessoas jurídicas que atuam onerosamente na indústria ou no comércio de bens e na prestação de serviços de interesse coletivo, vale dizer, as Agências Reguladoras. A Era hipermoderna exige da Administração funcionamento com o mínimo de gasto possível e com maiores e melhores resultados no que tange ao atendimento dos interesses coletivos. A Administração hipermoderna só deve centralizar os serviços próprios das suas atividades, isto é, de interesse público. Sua doutrina com relação aos serviços de utilidade pública é de descentralização.

De outra parte, não mais se justifica a exploração direta de atividades econômicas e de prestação de serviços não essenciais aos indivíduos participativos. Aliás, o art. 173 da Lei Fundamental estabelece que a exploração direta dessas atividades só será admitida quando necessária à segurança nacional ou houver relevante interesse coletivo. Elas só podem ser instituídas como entidades da Administração Pública descentralizada para a realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo de segurança nacional no instrumento de autorização legal, o que limita a "criação" dessas entidades. Não se justifica, igualmente, que empresas estatais sejam subvencionadas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, nem que parte do produto da receita tributária sirva para cobrir o déficit decorrente da má gestão, malversação dos lucros obtidos ou de práticas patrimonialistas, que ainda imperam no âmbito descentralizado das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Por isso, cumprindo a promessa inscrita no § 1º do art. 173 da Constituição Republicana, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998 – que implantou a Reforma Administrativa –, foi editada a Lei nº 13.303/16, denominada Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, regulamentada pelo Decreto nº 8.945/16.

A Lei nº 13.303/16 conceitua as estatais, impõe diversas obrigações, institui sua função social e as submete à fiscalização pelo Estado, ou seja, pelas três esferas de governo e também pela sociedade (arts. 1º a 27 e 85 a 90). Além disso, de acordo com o art. 91, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, integrantes da Administração Pública descentralizada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que explorem atividades econômicas de produção e comercialização de bens ou de prestação de serviços, devem promover as adaptações dos seus estatutos ao Estatuto Jurídico editado, no prazo de vinte e quatro meses, que se encerrou em 30/06/2018.

De acordo com o que vem sendo noticiado, mesmo após a redação do § 1º do art. 173 da Carta Federal, pela Emenda Constitucional nº 19/1998, houve um descontrole do Governo Federal no

tocante à instituição de novas estatais. ANTUNES (2017, p. 15)[14] anota que "no Brasil, de acordo com as informações do Ministério do Planejamento, existem atualmente cerca de 140 empresas estatais federais, sendo 57 delas criadas a partir de 2001 (10 empresas públicas e 47 subsidiárias)". Trata-se de um número assustador de estatais no âmbito federal. A Lei nº 13.303/16 foi editada para servir de limitação, adaptação, fiscalização e controle das empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias, exigindo, a partir da sua vigência, que outras só venham a ser constituídas se o projeto de lei indicar o interesse coletivo ou o imperativo de segurança nacional. É tempo de se proceder à sua redução.

A Administração Pública contrafactual ou hipermoderna além de desempenhar a atividade administrativa de regulação econômico-social descentralizadamente, por meio das Agências Reguladoras, está vinculada a: a) exercer a atividade administrativa de fomento; b) prestar contas da sua gestão aos administrados, submetendo-se não só ao controle interno, pelos órgãos competentes, como também externo pelos eleitores (*accountability*); c) considerar as consequências práticas, ou seja, seus efeitos internos e externos, por ocasião da expedição do ato administrativo ou prolação da decisão.

A atividade de fomento público é exercitada na direção da promoção do desenvolvimento social e do bem-estar dos indivíduos participativos, por meio da elaboração de planos nacionais e regionais voltados para o progresso em geral. O fomento administrativo tem supedâneo nos preceptivos inscritos nos arts. 3º, II e III, 21, IX, 43, 170, VII e 174 da Lei Fundamental, que anunciam a preocupação da Administração com a garantia do desenvolvimento nacional, redução das desigualdades sociais e regionais, elaboração e execução de planos nacionais e regionais e ações voltadas para o desenvolvimento econômico e social. O fomento público é um encargo constitucional atribuído à Administração gerencial, consistente na prestação de benefícios para atender interesses das pessoas físicas ou jurídicas, que depois de satisfeitos vão reverter em prol da coletividade. Registra MOREIRA NETO (2006, p. 523):[15] "assim, a função administrativa de fomento público é o estímulo, ministrado direta, imediata e concretamente pela Administração às iniciativas da sociedade, de reconhecido interesse público, oferecida na forma da lei". DROMI (2009, p. 977),[16] sintetizando, diz que a função administrativa de fomento "*es una actividad de la Administración que trata de ayudar, encauzar y orientar la iniciativa privada cuando ésta se muestra insuficiente*".

O fomento administrativo nada tem de coercitivo. Observa DROMI (2009, p. 977)[17] que "*mediante el fomento, la Administración persigue los fines públicos sin el empleo de la coacción y sin la realización de prestaciones públicas per se*". Cogita-se de atividade voluntária e espontânea de auxílio, incentivo e de prestação de benefícios pela Administração, voltada para atender aos interesses dos indivíduos e das pessoas jurídicas para que alvejem o progresso e o desenvolvimento socioeconômico deles próprios, mas que alcançados, vão beneficiar a coletividade. Anota

14 ANTUNES, Gustavo Amorim. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

15 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 523.

16 DROMI, Roberto. ***Derecho Administrativo***. 12ª ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2009, p. 977.

17 *Ibid*.

JUSTEN FILHO (2015, p. 712)[18] que "a finalidade imediata buscada pelo fomento é o desenvolvimento econômico e social".

A Administração contrafactual deve se sujeitar a prestar contas da sua gestão aos administrados e se submeter não só ao controle jurisdicional como também ao controle social. Na verdade, quem deve se sujeitar a esse controle, à prestação de contas e à responsabilização interna pelos atos de improbidade é o agente político ou o agente público investido na gestão administrativa. Atualmente denominada *accountability*, a prestação de contas tem lastro no fato de que deve haver controle, fiscalização e responsabilização dos agentes públicos em geral, por ocasião do exercício da gestão administrativa. Cuida-se de um conjunto de abordagens e procedimentos práticos utilizados pelos cidadãos, indivíduos participativos e todos que estiverem interessados no bom desempenho dos agentes por ocasião da prestação do serviço público.

A *accountability* inclui a prestação de contas decorrente do cumprimento do dever de divulgação dos atos administrativos, isto é, a transparência, a responsabilização dos agentes políticos e dos agentes públicos, nos casos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/92, e a responsividade desses mesmos agentes, vale dizer, que respostas eles deram para atender aos interesses coletivos. Alveja resgatar a confiança dos cidadãos e indivíduos participativos nas ações empreendidas pela Administração Pública direcionadas ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento social. Inclui também o resgate da confiança no funcionamento do serviço público e no comportamento dos agentes na gestão administrativa. O seu fim é a preservação de valores republicanos, fazendo com que ditos agentes mantenham uma conduta ética direcionada ao atendimento dos interesses coletivos.

A *accountability* pode ser horizontal, vertical e social.

A *accountability* horizontal é a exercida dentro do próprio Poder Público, vale dizer, internamente. Ela é de índole interna, operando-se reciprocamente entre os Poderes da República, mediante procedimentos de fiscalização, por meio dos órgãos encarregados do controle, com atribuição para supervisionar, decidir e, se for o caso, aplicar sanções aos agentes públicos ou às entidades da Administração, como é o caso do Poder Judiciário no julgamento da ação de improbidade, mandado de segurança, ação civil pública, ação popular e outras; o Tribunal de Contas da União, com relação aos agentes da Administração Pública Federal; e os Tribunais de Contas dos Estados, no que se refere à Administração Estadual e à Administração Municipal, aprovando ou rejeitando as contas prestadas pelo agente político ou pelo agente público durante o exercício do mandato ou da gestão.

A *accountability* vertical é a externa. É empreendida pelos cidadãos, por ocasião das eleições para os cargos políticos. Através do exercício do direito de voto eles premiam ou sancionam o agente político, levando em conta o presente e o seu passado no Parlamento ou na Chefia do Poder ou, ainda nos entes da Administração, depois de observada sua trajetória política ou na ocupação de cargo da alta administração ou, ainda, como membro de Conselho de Administração ou equiva-

18 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

lente. Nesse momento os eleitores com o poder do voto premiam ou sancionam o agente político, depois de ele prestar as contas aos seus representantes, ainda que informalmente, divulgando o que fez durante o mandato eletivo.

A *accountability* social é a exercida pela mídia, pelos meios de comunicação em geral, associações de classe, organizações da sociedade civil e grandes empresas que aprovam ou rejeitam as condutas e o desempenho dos agentes políticos e dos agentes públicos no exercício da gestão administrativa. A *accountability* social, malgrado reconhecida doutrinariamente, não dispõe de instrumentos de controle para funcionar. Com esteio em autor que cuida do tema, MIGUEL (2005 *apud* MONICA, 2016, p. 85)[19] afirma que "a grande questão deste terceiro vetor é que falta a este tipo de *accountability* instrumentos que efetivem sanções aos responsabilizados".

A relevância da *accountability* consiste exatamente no conjunto de meios institucionais que submetem os agentes políticos e os agentes públicos, em caráter permanente, a responder por seus comportamentos comissivos e omissivos no exercício da gestão pública. Com isso, quando o Estado perfilha a democracia deliberativa, a *accountability* aperfeiçoa o funcionamento da Administração Pública hipermoderna, para atender com mais eficiência ao interesse público.

A Administração contrafactual está cada vez mais submetida a observar os princípios constitucionais e infraconstitucionais que norteiam sua atuação na prestação do serviço público. A Lei nº 13.655/18 incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, isto é, no Decreto-lei nº 4.657/42, preceptivos que versam sobre a motivação das decisões, interpretação dos concernentes à gestão pública, revisão da validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, possibilidade de realização de consulta pública para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa, imposição de compensação de benefícios, responsabilidade direta e pessoal do agente público por suas decisões no caso de erro grosseiro, possibilidade de realização de consulta pública para editar atos normativos que não se destinem à sua organização interna e aumento da segurança jurídica das decisões, por meio de regulamentos, edição de súmulas administrativas e respostas a consultas, com efeito vinculante. Trata-se de recomendação legal dirigida às autoridades administrativas, controladoras e judiciais, notadamente às primeiras, para que, ao decidir, considere as consequências internas e externas que do ato advirão. Em outras palavras: o agente público, ao decidir, deve levar em conta os consectários do ato expedido, para que a Administração Pública não venha, por culpa dele – salvo no caso de erro grosseiro –, a indenizar, nos termos dos arts. 37, § 6º, do Pacto Maior e 43, do Código Civil.

As boas intenções legislativas, direcionadas a tornar a Administração Pública mais eficiente, não vêm produzindo os resultados anelados pelos administrados. Não se vê o atendimento do princípio da eficiência. Há tendência de retorno ao modelo burocrático. A Administração não dá solução aos processos administrativos em tempo razoável. Demais disso, apesar de ter se agigantado, mesmo após a edição das Emendas 18, 19 e 20, de 1998 que, há vinte anos, instituíram a Reforma Administrativa, não implementa políticas públicas e deixa de atender às demandas individuais e coletivas. A Administração Pública é um grande monstro, vale dizer, um autêntico Leviatã, que muito pouco atende ao interesse público.

19 MONICA, Eder Fernandes. **Entre Direitos Fundamentais e Democracia**. Niterói: EdUFF, 2016, p. 85.

Se a Administração cresceu demais, com órgãos centralizados e entidades descentralizadas quase que superpostos, com atribuições que se confundem, urge que se proceda a uma nova Reforma Administrativa, não para descentralizar mais e instituir novas entidades, e sim para extinguir, fundir e reduzir órgãos e entidades prescindíveis ao funcionamento do serviço público, com remanejamento de bens integrantes do patrimônio e dos servidores públicos efetivos para outros órgãos e entidades que realmente sejam imprescindíveis. Essa iniciativa reduzirá os gastos públicos. Com a economia que se obterá, a Administração poderá implementar políticas públicas há anos pendentes, bastando que a lei a desvincule das influências políticas.

Por outro lado, o Poder Público deve dar continuidade à Reforma Administrativa iniciada em 1998, quando foram editadas as Emendas Constitucionais 18, 19 e 20. As Emendas Constitucionais posteriores, direcionadas à Administração Pública, não produziram os efeitos esperados e pouco vem beneficiando os administrados. A Administração, que tem autonomia, pode empreender mecanismos jurídico-administrativos diferenciados do que até agora vem empreendendo. Alvitra-se que o dirigente máximo de cada ente, órgão ou entidade pública – que evidentemente se pauta por uma comprovada ética na execução das funções do seu cargo – realize reuniões periódicas com os agentes públicos gestores.

Nas reuniões devem ser debatidos temas referentes à ética e à moralidade no exercício das atividades. Postos em discussão e debatidos, a deliberação conjunta acolhe o compromisso de mudança de comportamento funcional para que repercuta no efetivo atendimento do interesse público e do implemento de políticas públicas, ainda que mínimas, que, no entanto, estejam ao alcance das atribuições dos gestores. Os que não alcançarem as metas delineadas deixarão, sem qualquer ressentimento, os cargos comissionados que ocupam, para que outros assumam e se comprometam, em novas deliberações, a atingi-las. Se a Administração Pública hipermoderna é gerencial, dirigentes e gestores devem empreender os mesmos esforços da iniciativa privada para atingir seus fins.

No âmbito externo podem ser adotados novos paradigmas na gestão pública. A experiência brasileira, desde há muito, vem demonstrando que o modelo democrático representativo, de que trata o art. 1º, § único, da Lei Maior, não mais atende aos interesses da coletividade. A democracia participativa prevista no mesmo preceptivo constitucional, também constante dos arts. 10, 29, XII e XIII, 194, par. único, VII, 198, III, 204, II e 206, VI, destinada a tratar de assuntos de interesse coletivo, não vem produzindo os resultados esperados. As deliberações tomadas nas audiências públicas, quando realizadas, não representam a vontade do povo. Cidadãos e indivíduos participativos são consultados, entretanto a Administração, comumente, traz para a audiência pública o que já decidiu no âmbito interno. Os concernidos são ouvidos, mas a deliberação não é conjunta e não vincula a Administração. Esse modelo democrático se ressente de uma mudança de paradigma. A facticidade do passado patrimonialista da Administração Pública, que vem se protraindo aos dias coevos, apresentando-se burocrática e pouco gerencial, autoriza a adoção do modelo contrafactual. Os atos administrativos são editados em consonância com a deliberação conjunta decorrente dos entendimentos advindos das ponderações discursivas. Com isso é possível implantar ações administrativas que venham, efetivamente, a atender ao interesse público.

CONCLUSÃO

A Administração patrimonialista endossa o favoritismo, o clientelismo e o nepotismo, por conta do agente público que atua como se estivesse autorizado a eleger o modo de gastar o dinheiro público, sem prestar contas dos seus atos. Deixando de distinguir o público do privado, utilizando o Erário, bens e serviços públicos, sem qualquer parcimônia, ele ofende princípios constitucionais, notadamente o da impessoalidade, dando azo à ineficiência da Administração e consagrando seu comportamento antiético. A Administração burocrática funciona como instrumento de defesa do patrimônio público, afastando a pessoalidade inerente à Administração patrimonialista, por ocasião do preenchimento dos cargos públicos, obstando a pretensão de atendimento dos interesses privados, de classes ou de grupos. Contudo, ela é excessivamente formal, por se preocupar mais com o atendimento das solenidades procedimentais e menos com os resultados obtidos, menosprezando o princípio da eficiência. A Administração burocrática pouco atende aos interesses dos indivíduos. Tendo sido convolada em uma máquina monstruosa, vem servindo para aumentar gastos com funcionários, notadamente comissionados, e desperdiçar material, afora o que vem sendo noticiado de irregular, para não dizer ofensivo à moralidade pública.

Ambos os modelos são factuais, não se coadunando com a Administração hipermoderna, que é contrafactual, vale dizer, contrária àquele modo de atuar e de desempenhar suas atividades. O modelo da Administração contrafactual é o gerencial, com olhar direcionado exclusivamente para os administrados. Nesse modelo todos os atos expedidos pela Administração são dirigidos à obtenção de resultados positivos para a coletividade. Ela é a única capaz de afastar a Administração patrimonialista, que ainda persiste em diversos setores, e de reduzir as formalidades e o funcionamento pouco eficiente da Administração burocrática, tendo em vista que ambas se distanciaram do atendimento do interesse público. E se com todo o esforço a Administração gerencial – que se espelha na administração hipermoderna empreendida pelas pessoas jurídicas de direito privado – não consegue atender ao interesse público, recomenda-se que Administração Pública adote a perspectiva discursiva deliberativa para, enfim, modificar o seu atuar, de modo a atender ao somatório dos interesses coletivos.

A instauração do procedimento discursivo a ser desenvolvido no seu âmbito tem inteira aplicação à Administração Pública contrafactual. A teoria discursiva no modelo democrático deliberativo concilia os interesses da Administração com os interesses dos cidadãos. A perspectiva discursiva deliberativa é capaz de afastar a hiperdiscricionariedade, a omissão no implemento de políticas públicas, os modelos patrimonialista e burocrático e aproveitar os discursos e debates desenvolvidos na audiência pública e direcionados no mesmo sentido para, através do consenso e, sendo o caso, aperfeiçoar o modelo gerencial – que até então vem produzindo resultados pouco satisfatórios –, ou instituir um novo modelo, tudo em prol dos destinatários das ações administrativas.

Concedido aos cidadãos espaço de tempo e de lugar – para que possam apresentar as reivindicações de interesse geral e debater –, o consenso é alcançado. O êxito provém dessa oportunidade, que é ínsita ao procedimento democrático participativo pleno. O resultado positivo deste é oriundo do direcionamento das pretensões ao consenso, obtido pela ética discursiva, que por sua vez se funda na razão moderna, o que dá legitimidade à autoridade administrativa para emitir os

atos referentes ao que foi deliberado, conciliando os interesses que poderiam entrar em conflito. Consoante entendimento de HABERMAS (2003, p. 319)[20] "a legitimidade do direito positivo não deriva mais de um direito moral superior: porém ele pode consegui-la através de um processo de formação da opinião e da vontade, que se presume racional".

A Administração Pública não pode se olvidar de que a parcela de poder que ela detém emana do povo. Para este, o poder está dirigido. Além disso, deve estar à disposição de todos, bastando que funcione com respeito aos precitados princípios para o atendimento do somatório dos interesses coletivos. O poder vem do povo que o exerce para o atendimento das pretensões envolvendo direitos e interesses de todos, como dispõe o art. 1º, § único, da Carta Política. O exercício desse poder há que contar com a participação dos cidadãos. A participação socializa o poder, instituindo-se um regime democrático diferenciado, para a elaboração de um projeto político. Cabe destacar anotação de ARAMOUNI (2000, p. 319):[21]

> *De allí que los cambios fundamentales que exige nuestra sociedad no se hayan aún puesto en marcha, ya que para la generación de dichos cambios es necesaria la creación de un nuevo régimen democrático donde la socialización del poder posibilite la plena participación del pueblo organizado, no sólo en la elaboración de un proyecto político, como se quiere reducir a veces la participación popular, sino también en la elaboración de un proyecto global de vida.*

Não há mais lugar para o acolhimento de uma democracia simplesmente representativa na Administração contemporânea. Carências e necessidades são reclamadas pelo povo, que carrega o fardo de normas impostas pelo Poder Público, que sequer consulta seus destinatários para que se manifestem acerca das prioridades coletivas. Por isso HABERMAS (2003, pp. 114-115)[22] ao tratar da soberania popular anota:

> O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apóia no princípio da soberania do povo. Com o auxílio dos direitos que garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política, deve ser possível explicar o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade.

A invocação do referencial habermasiano fundamenta a discussão da perspectiva contrafactual, apta a romper com as patologias referidas – no caso os modelos patrimonialista e burocrático –, que há anos vem corroendo a saúde da Administração Pública. No contributo de HABER-

---

20 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade**, vol. II. Tradução de Flávio Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

21 ARAMOUNI, Alberto. ***Derecho Municipal***. Buenos Aires: Némesis, 2000, p. 319.

22 HABERMAS, Jürgen **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade***,* vol. I. Tradução de Flávio Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MAS são adotados parâmetros para o exercício de uma cidadania ativa que pode dialogar com a Administração, no contexto de uma democracia deliberativa. A mudança paradigmática da gestão pública faz com que a Administração, prestigiando a cidadania, através da partilha da direção de novos caminhos, beneficie todos os cidadãos e indivíduos, tenham ou não participado do procedimento discursivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AMORIM JUNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. **Improbidade Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ANTUNES, Gustavo Amorim. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ARAMOUNI, Alberto. ***Derecho Municipal***. Buenos Aires: Némesis, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Administração Pública, Ética e Desenvolvimento**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Estado Governo Sociedade**. 14ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAMPANHOLE, Adriano; CAPANHOLE, Hilton Lobo. **Todas as Constituições do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1976.

CROVI, Luis Daniel. ***Régimen Legal de las Asociaciones Civiles***. Buenos Aires: LexisNexis, 2006.

CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da Democracia**. Tradução de Delamar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009.

D'ARGENIO, Inés. ***La Administración Pública Crisis del Sistema Autoritario***. La Plata: Librería Editora Platense, 2012.

DROMI, Roberto. ***Derecho Administrativo***. 12ª ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2009.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro.** 4ª ed. São Paulo: Globo, 2008.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tradução de Guido Antonio de Almeida. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade***,* vol. I. Tradução de Flávio Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade**, vol. II. Tradução de Flávio Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HANSEN, Gilvan Luiz. **Modernidade, Utopia e Trabalho**. Londrina: Cefil, 1999.

HANSEN, Gilvan Luiz; FARIA, Maria Leonor Veiga. **Curso de Gestão Pública**. Niterói: Eduff, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os Tempos Hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MONICA, Eder Fernandes. **Entre Direitos Fundamentais e Democracia**. Niterói: EdUFF, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Atlas, 2016.

PEREIRA, Luís Carlos Bresser. "Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado". *In*: PEREIRA, Luís Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). **Reforma do Estado e**

Administração Pública Gerencial. 7ª ed. Brasília: Fundação Getúlio Vargas, 2006. pp. 21-38.

PEREIRA, Luís Carlos Bresser. "Da administração pública burocrática à gerencial". *In*: PEREIRA, Luís Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006. pp. 237-270.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VIEIRA, Sérvio Túlio Santos. "A Democracia Deliberativa e a Gestão Democrática da Cidade – Consoante Entendimento Jusfilosófico Habermasiano". **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, vol. 13, n. 52, pp. 69-94, 2010.

_____. "Ética e Moralidade discursiva como Limite da Hiperdiscricionariedade da Administração Pública". **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 109, pp. 13-36, 2017.

WEBER, Max. **Sociologia**. 7ª ed. São Paulo: Ática, 2006.

SUMÁRIO

POSSIBILIDADE DE OS AGENTES DA ÁREA DE SEGURANÇA PÚBLICA ABATEREM QUEM PORTA FUZIL OU ARMAMENTO DE USO EXCLUSIVO DAS FORÇAS ARMADAS EM COMUNIDADES DOMINADAS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

AYLTON CARDOSO VASCONCELLOS
Juiz de Direito
Mestre em Direito Processual pela UERJ
Ex-Procurador da Fazenda Nacional

I – INTRODUÇÃO

O presente estudo é desenvolvido com escopo de atender à solicitação da Diretoria da Área Criminal do CEDES (Centro de Estudos e Debates do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro), tendo em vista a proposta apresentada pelo Governador eleito durante as eleições recentemente concluídas neste Estado, segundo a qual pretende determinar ou autorizar que agentes da área de segurança pública venham a abater quem porta fuzil ou armamento de uso exclusivo das forças armadas em comunidades dominadas por organizações criminosas. Segundo as notícias veiculadas pelos principais órgãos de imprensa, haveria intenção de empregar atiradores de elite (snipers) independentemente da existência de uma situação de confronto atual entre as forças de segurança e os criminosos.

O tema é de grande atualidade e relevância, e indubitavelmente se insere no âmbito de interesse do CEDES, na medida em que se for implementada essa nova diretriz a questão certamente será submetida à cognição judicial, mostrando-se salutar o debate e pesquisa acerca das ideias ventiladas a fim de fornecer subsídios teóricos para reflexão da comunidade jurídica fluminense.

A proposta tem sido debatida na mídia pelos mais diversos setores, quais sejam, políticos, profissionais do direito, jornalistas, ativistas de direitos humanos e outros, e até o momento observa-se que a polêmica tem se concentrado em avaliar se o disparo efetuado contra o portador de fuzil em área dominada por organizações criminosas pode ser considerado exercício de legítima defesa de terceiro ou se estaria caracterizado como um homicídio estatal. Os defensores da hipótese de homicídio estatal sustentam que o simples porte da arma (ainda que ostensivo) não seria suficiente para caracterizar uma ameaça iminente, o que somente ocorreria em situação de efetivo confronto entre os criminosos e as forças de segurança. De outro lado, os defensores da hipótese de legítima defesa de terceiro sustentam que o porte ostensivo da arma faz com que esta possa ser empregada em detrimento das forças de segurança e dos moradores da comunidade de forma imediata, o que caracterizaria a ameaça iminente.

As duas vertentes acima expostas analisam o tema sob o enfoque do direito penal, e serão abordadas de forma mais específica na segunda parte do presente estudo.

II – DEFESA DO TERRITÓRIO NACIONAL

Nesta primeira parte, o tema será examinado sob o ângulo da teoria geral do estado e do direito internacional público, haja vista que existem peculiaridades técnicas de extrema importância que parecem não ter sido ainda consideradas no enfrentamento dessas questões.

"Nenhum oficial de Justiça consegue cumprir um simples mandado de citação ou intimação em tais áreas sem a permissão das organizações criminosas e as certidões negativas por periculosidade atualmente são frequentes em quase todas as categorias de processos."

Nesse propósito, é necessário em primeiro lugar delimitar o conceito do que estudamos. "Comunidades dominadas por organizações criminosas" é um conceito que pode ser empregado de forma bastante elástica ou restrita, conforme o caso. Por exemplo, em sentido lato, podemos dizer que todo o Estado do Rio de Janeiro recentemente foi dominado por uma organização criminosa que à frente do comando de inúmeros órgãos públicos praticou reiteradamente atos de corrupção. Ou, em sentido mais restrito, como parece ser a hipótese atualmente debatida, dizemos que há áreas da região metropolitana do Rio de Janeiro submetidas ao domínio territorial de organizações criminosas. Nessas áreas, nenhum agente que represente o Estado consegue entrar sem autorização dos chefes da organização criminosa que comanda o local, ainda que se trate de funcionários públicos civis. Nenhum oficial de Justiça consegue cumprir um simples mandado de citação ou intimação em tais áreas sem a permissão das organizações criminosas e as certidões negativas por periculosidade atualmente são frequentes em quase todas as categorias de processos. Da mesma forma, por vezes, os serviços públicos mais básicos somente são prestados mediante concordância dos chefes locais, e alguns, como, por exemplo, fornecimento de gás, são frequentemente explorados pelas próprias organizações criminosas. Nessas áreas, frequentemente as associações de moradores não têm autonomia para representar a população, sendo controladas elas mesmas pelos chefes das organizações criminosas. As próprias forças de segurança pública e até mesmo militares das Forças Armadas somente conseguem nelas ingressar mediante planejamento de operação com emprego de dezenas, e por vezes centenas, de agentes fortemente armados. Ainda assim, estes são confrontados por combatentes integrantes dessas organizações criminosas com o escopo de impedir ou ao menos retardar o seu avanço no interior da comunidade. Nessas ocasiões, as trocas de tiros são intensas e frequentemente há vítimas fatais e feridos, tanto dentre os efetivos policiais e militares quanto dentre os criminosos e os moradores das localidades, diante das chamadas "balas perdidas". Não raro, fora das situações de confronto, há um domínio estável, com imposição de regras e até mesmo "julgamentos" realizados por integrantes das organizações criminosas, com imposições de penas repugnantes ao ordenamento jurídico e aos direitos humanos mais elementares, em um simulacro de organização estatal.

Essa triste realidade infelizmente é bem conhecida em nosso Estado, entretanto, poucas vezes tem sido tratada com o enfoque adequado: o domínio territorial das organizações criminosas significa supressão do exercício de fato da soberania estatal em parcela de seu território, o que é demonstrado pelas diversas formas descritas no parágrafo anterior.

Como se sabe, o território é um dos elementos essenciais do Estado, e a sua ocupação por forças de qualquer natureza, ainda que se trate apenas de uma organização criminosa, constitui ato de hostilidade ao mesmo. Nenhum Estado pode ser tolhido do direito soberano de reintegrar ao seu território as parcelas ocupadas por forças que lhe são hostis e submetem parte do seu povo ao domínio de fato de forças que se contrapõem aos princípios regentes de sua Constituição e praticam violações quotidianas e impunes de direitos humanos, sem que qualquer intervenção obstativa de tais atos seja possível em razão do domínio por elas exercido nesses locais.

Neste ponto cabe lembrar a lição do eminente Professor DALMO DE ABREU DALLARI:

> Não existe Estado sem território. No momento mesmo de sua constituição o Estado integra num conjunto indissociável, entre outros elementos, um território, de que não pode ser privado sob pena de não ser mais Estado. A perda temporária de território, entretanto, não desnatura o Estado, que continua a existir enquanto não se tornar definitiva a impossibilidade de se reintegrar o território com os demais elementos . O mesmo se dá com as perdas parciais de território, não havendo qualquer regra quanto ao mínimo de extensão territorial.[1]

A questão que se coloca, portanto, não é propriamente do direito de legítima defesa de um indivíduo específico que esteja sendo supostamente ameaçado pelo combatente portador do fuzil, mas sim de avaliar o direito de autodefesa do Estado diante do domínio territorial imposto por uma organização criminosa em parte do território que na verdade é dele (Estado).[2]

Nesse sentido cabe avaliar se a atuação das forças de segurança e de militares das Forças Armadas deve se limitar ao papel tradicional de defesa da segurança pública, que é exercido regularmente nas parcelas do território sob controle de fato do Estado, ou se esta atuação pode ser pautada por atos de defesa bélica contra as forças que submetem parte do território ao domínio de fato de organizações criminosas.

Não restam dúvidas de que as concepções clássicas acerca do conceito jurídico de guerra não autorizariam tratar os atos praticados pelas organizações criminosas como atos de guerra propriamente ditos, uma vez que estes somente são validamente praticados por estados no exercício do direito de beligerância.[3] Ocorre que tais atos são atos análogos a atos de guerra, uma vez que somente não se revestem de tal natureza porque quem os pratica não são Estados, mas organizações criminosas, e, o que é mais importante, estas organizações obviamente não tem direito de beligerância, embora atuem como se tivessem. Portanto, caracterizam-se como atos de hostilidade análogos a atos de guerra em detrimento do Estado brasileiro, que, por sua vez, tem o inequívoco direito de defender o seu território, e, ao contrário das organizações criminosas, o Estado tem o direito de beligerância para efetivar esse propósito.

---

1 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1994. 18ª ed., p. 76.

2 ROUSSEAU, Charles. ***Droit International Public***. Paris: Recueil Sivey, 1953, p. 466.

3 ROUSSEAU, Charles. *Op. cit.*, pp. 537-539.

Nessa toada, há que se verificar se para a prática de ações bélicas em defesa do território ocupado por organizações criminosas haveria necessidade de prévia declaração de guerra. A resposta é indubitavelmente negativa. Em primeiro lugar, a formal declaração de guerra somente é possível em conflitos envolvendo ao menos dois Estados como tais reconhecidos pela comunidade internacional, o que não é o caso, eis que os sujeitos que exercem o domínio de fato de parcela do território (organizações criminosas) não detêm essa natureza. Em segundo lugar, esta somente é exigível em caráter prévio do estado antes do início das hostilidades, em que tomará a iniciativa das ações, de caráter ofensivo. Não há sentido em exigir a prévia declaração de guerra para que o Estado que sofreu uma agressão armada exerça ações bélicas defensivas. Isto se aplica até mesmo, em certos casos, pela própria impossibilidade de se aguardar por ela: basta imaginar-se a insensatez que seria um operador de metralhadora antiaérea em Pearl Harbour ter que aguardar o Congresso americano declarar guerra ao Japão para defender a sua base durante o conhecido bombardeio.

Não é por outra razão que o artigo 137, II, da Constituição, ao regular as hipóteses de Estado de sítio admite a sua decretação tanto diante de declaração de estado de guerra, como também diante da resposta a agressão armada estrangeira. Portanto, embora a Constituição seja o menos técnico dos documentos jurídicos, nela já se vê que é, sim, possível o emprego de meios bélicos para resposta a uma agressão armada independentemente de prévia declaração de guerra. No dispositivo em apreço ela faz menção a uma agressão estrangeira. Contudo, o requisito de se tratar especificamente de uma agressão estrangeira diz respeito à possibilidade de ser decretado o estado de sítio em tal situação,[4, 5] e não afasta, evidentemente, a possibilidade de emprego de meios bélicos em defesa do Estado em caso de agressão armada praticada por forças internas, ainda que não seja possível decretar o estado de sítio exclusivamente com esse fundamento.

No mesmo sentido, vê-se que a partir da publicação da Lei nº 13.491, de 2017, que modificou o § 2°, do artigo 9°, do Código Penal Militar, há diploma legal que prevê especificamente a possibilidade de ações militares em tempo de paz no território nacional, e atribui à Justiça Militar da União a competência para julgamento de eventuais crimes dolosos contra a vida praticados por militares das Forças Armadas em detrimento de civis, nas hipóteses que regula, sendo certo que o inciso II deste mesmo parágrafo dispensa a caracterização do estado de beligerância para fixação da competência.

Por outro lado, a defesa da integridade do território como fundamento para o emprego de meios bélicos mesmo em tempo de paz é explicitamente admitida no direito positivo brasileiro ao menos desde a edição da Lei n° 9.614, de 1998, que prevê a destruição de aeronaves classificadas como hostis, como tais compreendidas, em linhas gerais, as que ingressarem de forma irregular no espaço aéreo brasileiro e não obedecerem à ordem de parada em aeródromo determinado pela autoridade. Vê-se que nessa hipótese a violação do território assume tamanha relevância que até mesmo aeronaves desarmadas estão sujeitas, em tese, à medida de destruição. Com maior razão, portanto, o domínio territorial exercido por organizações criminosas fortemente armadas pode ser objeto de ações bélicas estatais em defesa da integridade do território por elas indevidamente ocupado.

---

4 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001. 22ª ed., p. 438.

5 DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 1994. 10ª ed., p. 699.

Nesse contexto, diante do domínio de fato exercido por organizações criminosas em parcelas do território nacional delimitadas por determinadas comunidades da região metropolitana do Rio de Janeiro, é de se admitir o emprego de ações bélicas para a sua retomada ou, ao menos, para dificultar o exercício desse domínio por aquelas, independentemente de reconhecimento prévio ou posterior de estado jurídico de beligerância.

"(...) o domínio territorial das organizações criminosas significa supressão do exercício de fato da soberania estatal em parcela de seu território (...)."

Ainda que eventualmente ao leigo possam parecer ataques, na realidade, ações bélicas contra tais organizações criminosas revestem-se de caráter eminentemente defensivo do território nacional e por isso mesmo prescindem do prévio reconhecimento do estado jurídico de beligerância.

Para se concluir de forma diversa (entender-se tais ações como ofensivas) seria necessário reconhecer a legitimidade do domínio exercido pelas organizações criminosas sobre parcelas do território nacional e do povo brasileiro, o que não é possível sob qualquer ângulo de análise.

Assim colocada a questão, resta examinar especificamente a hipótese cogitada e que deu ensejo ao debate, qual seja, a neutralização de indivíduos portando fuzil de forma ostensiva nas comunidades sob domínio de organizações criminosas.

À luz das considerações acima explicitadas, verifica-se que a neutralização de tais indivíduos por atiradores de elite (*snipers*) insere-se no direito de autodefesa estatal contra a supressão do domínio de fato de parcela de seu território. Como se trata de forças que não se utilizam de fardamento ou outra forma de identificação pública, o fato de tais indivíduos estarem portando ostensivamente fuzis em áreas sob o domínio de organizações criminosas acaba por se traduzir na forma mais eficaz de distinguir o combatente da organização criminosa de outros indivíduos moradores da localidade.

Aliás, dentre todas as formas de atuação que se colocam à disposição do Estado na difícil situação em que se encontra a região metropolitana do Rio de Janeiro, esta se revela uma das mais consentâneas com a necessidade de mitigar danos colaterais e evitar o sofrimento dos moradores das comunidades. Isso porque, como se sabe, uma operação policial ou militar tradicional em que forças de segurança ingressam nas áreas dominadas por organizações criminosas dão ensejo a violentos combates e intensas trocas de tiro, com grande risco para a população civil e os agentes estatais nelas envolvidos, muitas vezes sem que seja possível atingir os objetivos determinados em razão da resistência oferecida pelos criminosos e das dificuldades do terreno. Já o emprego de atiradores de elite (*snipers*), a partir de longa distância e em local seguro, permite avaliação mais ponderada por parte destes atiradores inclusive mais bem treinados que o policial comum, evitando tais efeitos colaterais, e, em regra, resultando em disparos muito mais eficazes do que aqueles efetuados por policiais ou militares no calor de um combate a curta distância, em que dispõem de apenas frações de segundo para distinguir a verdadeira natureza de uma ameaça.

Assim colocada a questão, é de se concluir que os atiradores de elite atuando sob supervisão

de seus comandos policiais ou militares e atendendo a determinação superior do Governador do Estado ou do Presidente da República acerca da necessidade de seu emprego em cada cenário e nas condições acima explicitadas, estariam agindo no estrito cumprimento do dever legal.

III – LEGÍTIMA DEFESA DA LIBERDADE E SEGURANÇA DOS MORADORES DAS COMUNIDADES DOMINADAS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Após essas breves considerações, cabe avaliar estas mesmas questões sob a ótica tradicional do direito penal, qual seja, verificar se independentemente de a situação se caracterizar como autodefesa do território estatal seria possível a neutralização dos indivíduos portando ostensivamente armamento de uso restrito das forças armadas nas comunidades dominadas por organizações criminosas e se isto estaria inserido na excludente de ilicitude da legítima defesa.

Inicialmente, é importante destacar que o debate público atualmente existente tem se dado em torno da configuração ou não de legítima defesa em função da eventual caracterização do porte de arma de uso restrito como uma ameaça imediata à vida das pessoas, o que, entretanto, não nos parece ser o ponto nodal capaz de elucidar a legalidade ou ilegalidade da atuação estatal, a qual pode ser estabelecida com maior grau de segurança em atenção à lesão a direitos de diversa natureza, quais sejam, a liberdade e segurança dos moradores intimidados e subjugados pelo poderio bélico das organizações criminosas, estes igualmente dignos de atuação estatal proporcional em sua defesa.

É notório que as comunidades dominadas por organizações criminosas no Rio de Janeiro estão sob o domínio de grupos que se dedicam ao tráfico de drogas ou às milícias privadas.

No tocante ao delito de associação ao tráfico de drogas, o emprego de armamento como processo de intimidação difusa ou coletiva é previsto expressamente como causa de aumento de pena, no artigo 40, IV, da Lei n° 11.343, de 2006, a seguir transcrito, *verbis*:

> Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:
>
> IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

Já no delito de milícia privada essa previsão específica não ocorre, entretanto, o emprego de armamento se insere na própria essência dos atos praticados dentro do conceito de organização paramilitar e demais associações previstas no tipo legal respectivo (artigo 288-A do Código Penal, incluído pela Lei n° 12.720, de 2012), *verbis*:

> Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.

O fato é que o ordenamento jurídico qualifica o emprego ostensivo de armas de fogo em

comunidades dominadas por organizações criminosas como um meio de intimidação difusa ou coletiva, utilizado para submeter a população ali residente ao jugo dos criminosos. Portanto, essa conduta (porte ostensivo de armamento privativo das forças armadas) constitui aspecto de um delito mais grave que o próprio porte ilegal da arma em si e que tem como sujeito passivo a comunidade dominada pela organização criminosa.

Nesse contexto, há o inequívoco dever de agir dos agentes estatais em legítima defesa dos moradores dessas comunidades dominadas por organizações criminosas, independentemente de a arma estar sendo atualmente empregada em um confronto ou na iminência de sê-lo, uma vez que o porte ostensivo em comunidade dominada por organização criminosa por si só já se caracteriza como conduta especialmente qualificada e sujeita à tutela penal, diante da sua utilização para assegurar esse domínio espúrio.

Assim é que, em tese, e de forma excepcional, o emprego de atiradores de elite (*snipers*) contra os indivíduos que ostensivamente portam fuzis em comunidades dominadas por associações criminosas insere-se no contexto da legítima defesa de direito de terceiro, qual seja, da liberdade e da segurança dos moradores dessas mesmas comunidades e, na mesma linha de raciocínio anteriormente desenvolvida, essa opção, dentre as poucas existentes, mostra-se como a que usualmente acarreta menor probabilidade de danos à população civil e aos agentes estatais e, por isso mesmo, mostra-se condizente com a proporcionalidade e moderação de que deve se revestir essa excludente da ilicitude. Aqui vale lembrar, uma vez mais, os graves riscos impostos à população em uma operação policial ou militar tradicional com o escopo de desarmar e prender esses indivíduos, o que, em diversas ocasiões, frequentemente conduz à ausência de atuação estatal nesse sentido, deixando os moradores sem qualquer proteção aos seus direitos mais elementares.

IV – CONCLUSÃO

Diante de ambos os enfoques a que restou submetida a análise da questão acima colocada é de se concluir que é possível o emprego de atiradores de elite (*snipers*) para neutralização de indivíduos que estejam portando ostensivamente fuzis em comunidades notoriamente dominadas por organizações criminosas, enquadrando-se essa hipótese sob as excludentes de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal ou legítima defesa, conforme o caso. É de se ressaltar que o emprego dos atiradores de elite fora de situações de confronto atual ou iminente, por seu caráter excepcional, deve ser objeto de diretriz superior do Presidente da República ou do Governador do Estado (artigo 23, I, da Constituição), ou de autoridade a quem estes mandatários deleguem tal atribuição. Embora, em princípio, o emprego de tais meios já seja atualmente admitido pelo ordenamento jurídico, será salutar e proporcionará segurança jurídica aos agentes estatais e às comunidades envolvidas a edição de atos normativos que regulamentem o emprego da força letal em tais hipóteses, previamente à adoção dessas medidas extremas, quando a sua necessidade se apresentar.

SUMÁRIO

OS DIREITOS DE PROTEÇÃO DO DELATOR
PROTECTION RIGHTS OF THE PLEA BARGAIN COLLABORATOR

ANA PAULA COUTO[1]
MARCO COUTO[2]

SUMÁRIO: RESUMO. *ABSTRACT*. 1. INTRODUÇÃO. 2. MEDIDAS DE PROTEÇÃO AO DELATOR. 3. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: Este trabalho objetivou analisar os direitos de proteção assegurados ao indiciado durante a investigação penal ou ao acusado durante o processo criminal que celebra a delação premiada com o Ministério Público. Isso porque, ao celebrar o acordo com o Ministério Público, o delator pretende ver suprimida ou, pelo menos, atenuada a intensidade da resposta penal que advenha de eventual condenação. Por outro lado, o fato de prestar informações contrárias aos seus companheiros de prática criminosa pode deixar o delator em situação de vulnerabilidade, inclusive com risco à sua própria vida. Nesse contexto, buscou-se observar a legislação brasileira em vigor, considerando todos os textos legais que tratam da delação premiada, desde o advento da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que constitui o primeiro texto legal a contemplar a delação premiada no Brasil, até a Lei nº 12.850/13 (Lei das Organizações Criminosas), que constitui o mais recente e mais completo diploma legal brasileiro que trata do mencionado instituto. Nesse sentido, o procedimento metodológico utilizado neste trabalho consistiu basicamente no exame dos textos legais em vigor no Brasil que tratam da delação premiada, com destaque para os dispositivos que se relacionam diretamente às medidas de proteção ao delator, bem como na exposição da análise feita dos mencionados dispositivos pelos doutrinadores que tratam do tema. Os resultados desta pesquisa trazem consigo a análise de vários dispositivos legais e o exame da aplicação dos mesmos na prática judicial brasileira, evidenciando a distância existente entre a teoria e a realidade. Os mencionados resultados podem auxiliar a reflexão sobre a implementação de novas práticas com o objetivo de assegurar a integridade física do delator, considerando os dispositivos já em vigor, ou seja, sem que haja a necessidade de criação de novas normas prevendo outros direitos de proteção ao delator.

PALAVRAS-CHAVE: Delação Premiada. Direitos. Proteção do Delator.

---

1 Advogada. Professora de Direito Processual Penal na graduação e na pós-graduação da Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Veiga de Almeida. Especialista em Direito Público e Direito Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Mestra em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

2 Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

ABSTRACT: *This paper aimed to analyze the protection rights granted to the accused during criminal investigation or to the defendant during criminal prosecution, when he or she signs a plea bargain agreement with Prosecution. In singing such agreement, the collaborator seeks to suppress or at least mitigate the intensity of the criminal response in case of conviction. On the other hand, providing information contrary to his fellow criminals may leave the collaborator vulnerable, even at risk of his own life. In this context, this study sought to observe Brazilian legislation in force, considering all legal texts dealing with plea bargain, since the advent of Law 8072/90 (Law of Heinous Crimes), which is the first legal text to contemplate plea bargain in Brazil, up to Law 12850/13 (Law on Criminal Organizations), which is the latest and most complete Brazilian law that deals with plea bargain. In this regard, the method used in this work consisted basically of examining the legal texts in force in Brazil which deal with plea bargain, with emphasis on legal mechanisms directly related to protection measures the offender, as well as of the exposition of the analysis made of the aforementioned mechanisms by the authors who deal with the topic. The results of this research include the analysis of several legal mechanisms and the examination of their application in Brazilian judicial practice, evidencing the distance between theory and reality. The aforementioned results may help thinking of the adoption of new practices with the objective of assuring the physical integrity of the collaborator, considering legal texts already in force, that is, without the need to create new norms providing different protection rights to collaborators.*

KEYWORDS: *Plea Bargaining. Rights. Collaborator Protection.*

1. INTRODUÇÃO

A delação premiada[3] ganhou fama nos últimos tempos no Brasil por conta dos diversos processos que envolvem grande número de parlamentares, muitos dos quais bastante conhecidos pela população em geral.[4] Atualmente, é muito difícil assistir a algum telejornal, independentemente da emissora que o veicule, sem ver o tema abordado. O noticiário impresso também trata do assunto diariamente. Nas universidades, quando o tema é referido em sala de aula, não faltam interesse e indagações por partes dos alunos, muitos deles com opinião formada à luz do que é veiculado pela imprensa.

No Brasil, a delação premiada, uma vez celebrada entre o Ministério Público e o indiciado ou o acusado, permite que o delator usufrua benefícios de natureza penal,[5] o que incentiva a sua efe-

3 Embora a Lei nº 12.850/13, mais recente texto legal que trata do tema no Direito brasileiro, utilize a expressão "colaboração premiada", opta-se pelo emprego do termo "delação premiada", prestigiando a expressão consagrada nos demais textos legais.

4 O levantamento feito pela revista **Congresso em Foco** mostrou que cerca da metade dos deputados e senadores da atual legislatura (2015-2018) responde a algum procedimento investigatório no Supremo Tribunal Federal. Ao todo, são 238 parlamentares envolvidos em investigações ou processos criminais já deflagrados. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/quem-sao-e-o-que-dizem-os-238-deputados-e--senadores-investigados-no-stf>. Acesso em: 17 mai. 2018.

5 O art. 8°, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90; o art. 25, § 2°, da Lei nº 7.492/86 (alterado pela Lei nº 9.080/95); o art. 16, parágrafo único, da Lei nº 8.137/90 (alterado pela Lei nº 9.080/95); o art. 159, § 4°, do Código Penal (alterado pela Lei nº 9.269/96); o art. 14, *caput*, da Lei nº 8.07/99; o art. 41, *caput*, da Lei nº

tivação, uma vez que o beneficiado pretende ver suprimida ou diminuída eventual resposta penal.

O outro lado desse contexto que beneficia o delator sob o aspecto penal é a situação de vulnerabilidade[6] na qual o indiciado ou o acusado acaba sendo inserido, o que não pode passar despercebido quando o assunto é delação premiada.

Dessa forma, o que se pretende neste artigo é abordar a forma como a legislação brasileira busca proteger o delator, seja quando a delação premiada é realizada ainda antes do oferecimento da denúncia, seja quando a mesma é realizada já com o delator na figura de denunciado.

Nesse sentido, convém destacar que, à luz da legislação brasileira, a delação premiada, em linhas gerais, consiste em um acordo celebrado entre a acusação e o indiciado na investigação policial ou o acusado no processo criminal, o qual se dispõe a esclarecer os pontos que são de interesse do Ministério Público com o propósito de usufruir determinados benefícios. O indiciado ou o acusado fica estimulado a colaborar para o esclarecimento dos fatos, diante da possibilidade de ver atenuada a resposta penal que lhe será aplicada, sendo certo que, em situações extremas, sequer é aplicada alguma resposta penal.

Embora essas possibilidades sejam tentadoras, não se pode ignorar os riscos corridos pelo indiciado ou pelo acusado porque as suas informações irão repercutir em desfavor de outra pessoa, igualmente envolvida na dinâmica criminosa. Isso significa que, além dos benefícios a serem concedidos ao delator, também é fundamental que se diminuam tais riscos, sob pena de o delator sofrer grave represália, inclusive ao custo de sua própria vida.

Em verdade, não pode o Estado, através do Poder Judiciário, simplesmente homologar o acordo de delação premiada, sem qualquer preocupação com o delator, atuando somente de uma maneira burocrática, fingindo não perceber o risco real que o mesmo sofre. É por isso que o art. 5° da Lei nº 12.850/13[7] elenca os direitos do colaborador, com relação aos quais serão expostas neste

---

11.343/06; o art. 1°, § 5°, da Lei nº 9.613/98 (alterado pela Lei nº 12.683/12) e o art. 4° da Lei nº 12.850/13 preveem a incidência de causa de diminuição de pena. O art. 13 da Lei nº 9.807/99, o art. 1°, § 5°, da Lei nº 9.613/98 (alterado pela Lei nº 12.683/12), e o art. 4° da Lei nº 12.850/13 preveem a concessão de perdão judicial. O art. 87 da Lei nº 12.529/11 prevê a situação em que a denúncia sequer é oferecida, desde que celebrado o acordo de leniência, sendo extinta a punibilidade quando noticiado o cumprimento do mencionado acordo. O art. 1°, § 5°, da Lei nº 9.613/98 (alterado pela Lei nº 12.683/12), e o art. 4° da Lei nº 12.850/13 preveem a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos. O art. 1°, § 5°, da Lei nº 9.613/98 (alterado pela Lei nº 12.683/12) prevê a fixação de regime aberto ou semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade. O art. 4° da Lei nº 12.850/13 prevê exceção ao princípio da obrigatoriedade, deixando o Ministério Público de oferecer denúncia, mesmo diante da existência de justa causa, bem como prevê as possibilidades de, na execução penal, a pena ser reduzida e de ocorrer a progressão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, mesmo sem o cumprimento dos requisitos legais objetivos previstos na Lei nº 7.210/84.

6 Utiliza-se o termo "vulnerabilidade" no sentido da exposição da vida do delator em decorrência das informações que ele fornece por oportunidade da celebração do acordo com o Ministério Público, uma vez que envolve outras pessoas que com ele se dedicam a práticas criminosas.

7 "Art. 5° São direitos do colaborador:

I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;

momento as observações feitas pelos doutrinadores brasileiros.

Nesse sentido, é importante registrar que o procedimento metodológico utilizado neste trabalho consistiu basicamente no exame dos textos legais em vigor no Brasil que tratam da delação premiada, com destaque para os dispositivos que se relacionam diretamente às medidas de proteção ao delator, bem como na exposição da análise feita dos mencionados dispositivos pelos doutrinadores que tratam do tema.

2. MEDIDAS DE PROTEÇÃO AO DELATOR

Desde logo, cabe destacar que o art. 5°, I, da Lei nº 12.850/13, faz expressa remissão "às medidas de proteção previstas na legislação específica". Isso significa que o rol de direitos previstos no mencionado diploma legal não revoga outros direitos previstos em outros textos legais. Nesse sentido, o art. 15 da Lei nº 9.807/99[8] prevê a aplicação ao colaborador, estando ele preso ou em liberdade, de medidas especiais de segurança e proteção à sua integridade física.

Não custa lembrar que o art. 15, § 2°, da Lei nº 9.807/99, menciona o art. 8°, *caput*, do mesmo diploma legal,[9] o qual, por sua vez, se refere às "medidas cautelares direta ou indiretamente relacionadas com a eficácia da proteção", ficando à disposição do juiz, além da prisão domiciliar prevista nos artigos 317[10] e 318[11] do CPP, também aquelas medidas cautelares diversas da prisão

---

II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados."

8 "Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.
§ 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.
§ 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei.
§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados."

9 "Art. 8º Quando entender necessário, poderá o conselho deliberativo solicitar ao Ministério Público que requeira ao juiz a concessão de medidas cautelares direta ou indiretamente relacionadas com a eficácia da proteção."

10 "Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial."

11 "Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:
I - maior de 80 (oitenta) anos;
II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;
III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
IV - gestante;
V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;
VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.
Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo."

previstas nos artigos 319[12] e 320[13] do CPP.

"(...) faz todo o sentido a crítica que ressalta o prejuízo ao réu no caso de ele, por estar incluído no programa de proteção, ver antecipado o seu interrogatório, de modo que a antecipação deve ser evitada ao máximo (...)."

Ademais, o art. 19-A da Lei nº 9.807/99[14] prevê a prioridade para a tramitação do inquérito policial e do processo criminal, havendo indiciado, acusado, vítima ou réu colaborador, inclusive prevendo a antecipação dos depoimentos a serem prestados por pessoas incluídas no programa de proteção, o que, aliás, na ótica de WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR,[15] não é o ideal, uma vez que o delator acaba sendo prejudicado pelo fato de prestar as suas declarações sem ter conhecimento de todas as provas produzidas contra si.

Nesse aspecto, é preciso reconhecer que o fato de o acusado no processo criminal ser interrogado ao final de toda a instrução, ou seja, após as oitivas da vítima, das testemunhas indicadas pela acusação e das testemunhas indicadas pela defesa, permite que ele possa melhor articular a sua defesa.

---

12 "Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:
I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial."

13 "Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas."

14 "Art. 19-A. Terão prioridade na tramitação o inquérito e o processo criminal em que figure indiciado, acusado, vítima ou réu colaboradores, vítima ou testemunha protegidas pelos programas de que trata esta Lei. Parágrafo único. Qualquer que seja o rito processual criminal, o juiz, após a citação, tomará antecipadamente o depoimento das pessoas incluídas nos programas de proteção previstos nesta Lei, devendo justificar a eventual impossibilidade de fazê-lo no caso concreto ou o possível prejuízo que a oitiva antecipada traria para a instrução criminal."

15 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Natal: OWL Editora Jurídica, 2015, p. 521.

Por isso, faz todo o sentido a crítica que ressalta o prejuízo ao réu no caso de ele, por estar incluído no programa de proteção, ver antecipado o seu interrogatório, de modo que a antecipação deve ser evitada ao máximo, apenas devendo ser operada em hipóteses nas quais se mostre verdadeiramente imprescindível.

É importante destacar que, embora o art. 7° da Lei nº 9.807/99[16] faça expressa menção às testemunhas e às vítimas, indicando um rol de medidas a serem aplicadas em seu favor, MARCOS PAULO DUTRA SANTOS entende que nada impede a aplicação das mencionadas medidas também ao indiciado ou ao réu colaborador, ressaltando que a analogia *in bonam partem* autoriza tal raciocínio.

> Embora voltadas às testemunhas e às vítimas, aplica-se ao colaborador, que estiver respondendo ao processo em liberdade, as medidas, de cunho administrativo, enumeradas no art. 7°, por analogia *in bonam partem*.[17]

De seu lado, para CLEBER MASSON e VINÍCIUS MARÇAL,[18] adotando-se o mesmo raciocínio, é possível aplicar ao indiciado ou ao acusado colaborador a norma do art. 9° da Lei nº 9.807/99[19], que prevê a possibilidade de alteração do nome completo da pessoa sob proteção e até a alteração dos nomes de seus familiares que com ela tenham convivência habitual, já que o seu § 1° faz expressa referência ao art. 2°, § 1°, do mesmo diploma legal.[20]

---

16 "Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:
I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;
II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;
III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;
IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais;
V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;
VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;
VII - apoio e assistência social, médica e psicológica;
VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;
IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.
Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro."

17 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: Juspodium, 2016, p. 162.

18 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 191.

19 "Art. 9º Em casos excepcionais e considerando as características e gravidade da coação ou ameaça, poderá o conselho deliberativo encaminhar requerimento da pessoa protegida ao juiz competente para registros públicos objetivando a alteração de nome completo.
§ 1º A alteração de nome completo poderá estender-se às pessoas mencionadas no § 1º do art. 2º desta Lei, inclusive aos filhos menores, e será precedida das providências necessárias ao resguardo de direitos de terceiros."

20 "Art. 2º A proteção concedida pelos programas e as medidas dela decorrentes levarão em conta a gravidade

Feito esse registro inicial alusivo às medidas que podem ser aplicadas ao indiciado ou ao acusado colaborador, cuja previsão extrapola a Lei nº 12.850/13, convém analisar a questão do sigilo de dados, especialmente porque o legislador externou preocupação nesse sentido em dois momentos, no art. 5°, II e V, do mesmo diploma legal.

Nesse aspecto, convém salientar que o art. 7° da Lei nº 12.850/13[21] prevê o sigilo do acordo de delação premiada até o recebimento da denúncia, a cujos autos só podem ter acesso o juiz, o Ministério Público, a autoridade policial e o defensor, este último apenas com relação aos elementos alusivos ao delator, a fim de que seja assegurada a observância ao princípio da ampla defesa.[22]

Além disso, o legislador, embora tenha previsto a quebra do sigilo no momento do recebimento da denúncia, teve a cautela de ressaltar que, mesmo após a mencionada quebra, devem ser observados os direitos previstos no art. 5° do mesmo diploma legal, que agora serão analisados.

Nesse sentido, DÉCIO FRANCO DAVID e LUIZA BORGES TERRA criticam o que nominam de "sigilo seletivo", afirmando que, no Brasil, muitas delações premiadas acabam sendo amplamente divulgadas na imprensa, inclusive antes do recebimento da denúncia, nos seguintes termos:

> Em que pese a clarividente disposição legal, o que vemos na prática é a divulgação midiática das negociações de acordo de delação premiada, inclusive antes do recebimento da denúncia, bem como a exposição completa do colaborador após o recebimento da exordial acusatória. Na prática, o que se nota é que a mídia acaba por oferecer um Direito Penal e um Processo Penal do espetáculo, em que as informações dos acusados e os acordos de delação premiada seguindo as formalidades descritas deixam de ser importantes.[23]

---

da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova.

§ 1º A proteção poderá ser dirigida ou estendida ao cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual com a vítima ou testemunha, conforme o especificamente necessário em cada caso."

21 "Art. 7° O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§ 1° As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 2° O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

§ 3° O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5°."

22 "Art. 5°, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

23 DAVID, Décio Franco; TERRA, Luiza Borges. "Sigilo e delação premiada: o tecer das teias da tarântula midiática". *In*: LEMOS, Bruno Espiñeira; CALDEIRA, Felipe Machado (Org.). **Delação premiada: estudos**

Comprovando a tese que sustentam no sentido de a mídia não respeitar o sigilo exigido pelo legislador, os citados autores trazem recortes de matérias jornalísticas com os seguintes títulos: "Dilma sabia tudo sobre Pasadena, afirma Cerveró em delação premiada", "Delação de Cerveró envolve 11 políticos e meio bilhão de reais em propina", "Em proposta de delação, Santana relata que Dilma sabia de tudo", "Em delação, Cerveró aponta falácia de Dilma sobre compra de Passadena", "Proposta de delação de João Santana promete mandar Dilma pra cadeia" e "João Santana e Mônica Moura assinam acordo para iniciar delação premiada".

Tais notícias veiculadas pela imprensa referem-se à chamada "Operação Lava-Jato", a qual teve e continua tendo grande destaque na mídia brasileira, justamente por conta do envolvimento de muitos parlamentares, o que, naturalmente, atrai a atenção de grande parte da população. Destaque-se que a aludida operação teve início no dia 17 de março de 2014, mais especificamente com a prisão do doleiro Alberto Youssef,[24] a partir da qual se desenvolveram diversas delações premiadas, sendo certo que, até os dias atuais, é noticiada a adoção do mencionado instituto.

De toda maneira, os aspectos políticos que envolvem as matérias acima mencionadas não interessam a este artigo, mas realmente se observa com tais exemplos, dentre muitos outros, que o sigilo previsto na Lei nº 12.850/13 nem sempre é observado na prática.

Em verdade, a imprensa pode colaborar nesse aspecto, deixando de veicular notícias indevidamente, sendo certo que uma conscientização da mídia nesse sentido evitaria a exposição indevida de muitas pessoas e, inclusive, auxiliaria as investigações, mas, ao que tudo indica, ao menos na realidade brasileira, isso está muito longe de acontecer.

Essa disposição da mídia em noticiar à exaustão tais delações premiadas, mencionando dados e informações que, a rigor, deveriam ficar no mais absoluto sigilo, não passou despercebida por RUBENS CASARA, que, enfrentando a questão, consignou o seguinte.

> Em meio aos vários espetáculos que se acumulam na atual quadra histórica, estão em cartaz os "julgamentos penais", em que entram em cena, principalmente, dois valores: a verdade e a liberdade. O fascínio pelo crime, em um jogo de repulsa e identificação, a fé nas penas apresentadas como remédio para os mais variados problemas sociais (por mais que todas as pesquisas sérias sobre o tema apontem para a ineficácia da "pena" na prevenção de delitos e na ressocialização de criminosos), somados a um certo sadismo (na medida em que aplicar uma "pena" é, em apertada síntese, impor um sofrimento), fazem do julgamento penal um objeto privilegiado de entretenimento.[25]

---

em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: D´Plácido, 2016, pp. 305-322.

24 NETTO, Vladimir. **Lava-jato: o juiz Sérgio Moro e os bastidores da operação que abalou o país**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016, pp. 14-49.

25 CASARA, Rubens. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, pp. 11-12.

De seu lado, FERNANDO TOURINHO NETO,[26] abordando aquilo que ele nomina de "direitos do traidor", após fazer a transcrição integral do art. 5° da Lei nº 12.850/13, faz contundente crítica à espetacularização das delações premiadas, inclusive chamando alguns delatores de "fanfarrões", já que denunciam com o propósito de obter o prêmio e também com o desejo de destruir o nome e a reputação dos adversários, muitas vezes inocentes.

"Lamentavelmente, não se tem notícia de qualquer projeto no sentido de melhorar a realidade carcerária brasileira, (...) evidenciando-se a dificuldade de haver um estabelecimento específico para a segregação dos delatores (...)."

Aliás, neste aspecto alusivo à preservação do nome, da qualificação, da imagem e das demais informações pessoais, prevista no art. 5°, II, da Lei nº 12.850/13, bem como no aspecto alusivo ao direito de o delator não ter a sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado sem sua prévia autorização por escrito, previsto no art. 5°, V, da mesma lei, é preciso lembrar que o legislador tipificou a conduta daquele que desrespeita tais normas, conforme o art. 18 do mesmo diploma legal.[27]

É possível sustentar que tal tipificação é inconstitucional por desrespeito à norma do art. 220, § 1°, da Constituição Federal[28], sendo certo que GUILHERME DE SOUZA NUCCI enfrentou tal linha de raciocínio da seguinte maneira.

> Há somente um conflito aparente de normas, pois a liberdade de informação jornalística cede espaço ao direito à intimidade, à vida privada e à imagem das pessoas (art. 5°, X, CF). Diante disso, é viável que a lei ordinária possa disciplinar algumas situações em que a liberdade de imprensa não é total. Ademais, não se trata unicamente de tutelar a imagem do delator, mas a sua segurança individual e também o interesse público em jogo.[29]

Ainda no que alude ao sigilo que deve envolver nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais do delator, MARCELO BATLOUNI MENDRONI[30] sustenta o ponto de vista no

---

26 TOURINHO NETO, Fernando. "Delação premiada (colaboração premiada): traição premiada; endurecimento das decisões judiciais; afronta à Constituição Federal; juiz justiceiro". *In*: LEMOS, Bruno Espiñeira; CALDEIRA, Felipe Machado (Org.). **Delação premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2016, pp. 499-525.

27 "Art. 18. Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa."

28 "Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV."

29 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 743.

30 MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à lei de combate ao crime organizado**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 66.

sentido de que sequer os advogados dos corréus devem ter acesso aos mesmos.

Esse radicalismo foi temperado por ROGÉRIO FILIPPETTO e LUÍSA CAROLINA VASCONCELOS CHAGAS ROCHA,[31] que sustentam a necessidade de a identidade do delator ser revelada após o recebimento da denúncia, embora afirmem que os demais dados possam ser omitidos para a preservação de sua integridade física e de sua vida.

Por outro lado, o delator também tem o direito de ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores ou partícipes, conforme dispõe o art. 5°, III, da Lei nº 12.850/13.

Esse comando dirigido ao Poder Executivo, que em regra é o responsável pelo transporte dos presos, tem a intenção de evitar qualquer pressão sobre o delator, o que poderia ocorrer no caminho do estabelecimento penal ao fórum ou vice-versa. Embora o legislador tenha mencionado a condução "em juízo", tal cautela deve ser empregada em qualquer hipótese de transporte do delator, inclusive no momento em que ele é transferido de uma unidade do sistema prisional para outra, já que também nesse caso a preocupação com a ocorrência de qualquer tipo de pressão se justifica.

Nesse aspecto, também não se pode deixar de lembrar as precárias condições das viaturas que fazem o transporte dos presos, muitas das quais operando em condições bastante ruins, de forma que a separação do delator dos demais presos, diante da realidade brasileira, exige certo esforço e, em alguns casos, até certa criatividade por parte das pessoas responsáveis pelo seu transporte.

Também com o propósito de preservar o delator, o art. 5°, IV, da Lei nº 12.850/13, prevê o seu direito de participar das audiências sem contato visual com os outros acusados.

Essa cautela, que ANTONIO SCARANCE FERNANDES[32] nomina de "testemunho oculto", não permite que se desconheça a identidade do delator, viabilizando apenas que ele, cuja identidade deve ser conhecida por todas as pessoas que participam do ato processual, não seja visto pelos demais acusados.

Embora próximas, a norma do art. 5°, IV, da Lei nº 12.850/13, é distinta da norma do art. 217 do CPP[33] porque esta exige que o juiz justifique a necessidade de retirada do acusado da sala de audiências, ao contrário daquela que dispensa a justificativa por presumir a sua necessidade.

---

31 FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. **Colaboração premiada: contornos segundo o sistema acusatório**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2017, p. 184.

32 FERNANDES, Antonio Scarance. "O equilíbrio na repressão ao crime organizado". *In*: _____; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Crime organizado: aspectos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 25.

33 "Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.
Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no *caput* deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram."

Por derradeiro, o art. 5°, VI, da Lei nº 12.850/13, encerra o rol de direitos do delator dispondo que ele deve cumprir a sua pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Também aqui fica evidenciado o propósito de evitar pressão sobre o delator ou qualquer tipo de represália em razão do teor de suas declarações ou por força da colaboração que tenha dado à investigação policial ou ao processo criminal. Embora a lei tenha se referido ao delator condenado, tal cautela também deve ser aplicada ao preso cautelar, sendo certo que o art. 15, § 1°, da Lei nº 9.807/99[34] previu essa possibilidade.

Para enfatizar a distância que, por vezes, existe entre as normas jurídicas em vigor e a realidade, não custa lembrar que o art. 19, *ipsa conteret caput tuum* da Lei nº 9.807/99[35] prevê a criação de estabelecimentos penais destinados especificamente para os delatores. Diante da realidade carcerária existente em nosso país, em que se verifica a falta de estabelecimentos penais para os criminosos não delatores, muitos dos quais estando em situação caótica, não deixa de ser curiosa a aludida previsão legal.

Esse aspecto de ordem prática não passou despercebido por EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE e MARCIUS TADEU MACIEL NAHUR, os quais registram o seguinte ponto de vista.

> Ofertar a então delação a alguém e dizer-lhe que teria uma redução de pena, mas que iria cumpri-la, ainda que reduzida, em um mesmo sistema que os demais corréus era uma piada de humor negro que qualquer operador do Direito sentiria vergonha em explicitar a um suspeito ou investigado. O que aconteceria seria que os demais corréus seriam condenados a penas de prisão, enquanto o delator seria formalmente condenado a uma pena de prisão minorada, mas material ou faticamente condenado à pena de morte.[36]

Atento à precária realidade carcerária existente em nosso país, HERÁCLITO ANTÔNIO MOSSIN e JÚLIO CÉSAR MOSSIN[37] admitem uma interpretação bastante elástica da norma do art. 5°, VI, da Lei nº 12.850/13, quando dispensam a existência de um estabelecimento penal específico para os delatores, contentando-se com a reserva de um local específico para o seu acautelamento.

---

34 "Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.
§ 1o Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos."

35 "Art. 19. A União poderá utilizar estabelecimentos especialmente destinados ao cumprimento de pena de condenados que tenham prévia e voluntariamente prestado a colaboração de que trata esta Lei.
Parágrafo único. Para fins de utilização desses estabelecimentos, poderá a União celebrar convênios com os Estados e o Distrito Federal."

36 CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **Criminalidade organizada & globalização desorganizada**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, p. 231.

37 MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César. **Delação premiada: aspectos jurídicos**. São Paulo: JHMizuno, 2016, p. 118.

Lamentavelmente, não se tem notícia de qualquer projeto no sentido de melhorar a realidade carcerária brasileira, a qual, nos últimos tempos, tem mostrado condições cada vez mais precárias, com o aumento significativo do número de presos, evidenciando-se a dificuldade de haver um estabelecimento específico para a segregação dos delatores, de modo que a única alternativa verdadeiramente possível no momento atual é mesmo a reserva de um local para o seu acautelamento no interior de algum estabelecimento prisional destinado a presos que não realizaram qualquer delação premiada.

O que se verifica, portanto, com o reconhecimento dos direitos do delator acima aludidos, é o chamado "sistema de controle positivo das provas", mais especificamente com relação às fontes pessoais, preservando-se o indiciado no inquérito policial ou o acusado no processo criminal, conforme apontado por VICTOR MORENO CATENA.[38]

Tais medidas atentam para a realidade existente no sentido de prevalecer a "cultura da supressão da prova", a qual tem lugar quando se trata de organizações criminosas, conforme ensina JOAQUÍN GIMENEZ GARCIA.

> Há que se ter em conta o realismo das situações a que, em certas ocasiões, podem estar submetidas testemunhas e peritos, singularmente nas hipóteses de delinquência organizada – cuja capacidade de atemorização é óbvia – e buscar fórmulas que, com respeito às garantias processuais essenciais, conceda também garantias eficazes para a vida e integridade de tais pessoas ante os riscos – certamente reais – que podem derivar-se contra eles e seus familiares como consequência dos testemunhos incriminatórios efetuados.[39]

Registre-se que, conforme apontado por EDUARDO ARAÚJO DA SILVA, o movimento do legislador brasileiro, no sentido de proteger o indiciado no inquérito policial ou o réu no processo criminal, vai ao encontro de uma política adotada em vários países que combatem as organizações criminosas, como Espanha, Itália, Alemanha e Estados Unidos, sendo também importante lembrar, a exemplo do que fez o autor acima referido, o que dispõe a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), adotada em 31 de outubro de 2003 e ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 5.687/06.[40]

> Cada Estado Parte adotará medidas apropriadas, em conformidade com seu ordenamento jurídico interno e dentro de suas possibilidades, para proteger de maneira eficaz contra eventuais atos de represália ou intimidação as

38 CATENA, Victor Moreno. "*La protección de los testigos y peritos en el proceso español*". *In*: FERRÉ, Juan Carlos; BORRALLO, Enrique Anarte (Org.). ***Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos***. Huelva: Universidade de Huelva, 1999, pp. 137-138.

39 GIMENEZ GARCIA, Joaquín. "*El testigo y el perito: su protección en el juicio oral*". ***Actualidad Penal***, Madri, nº 2, 1994, p. 726.

40 DA SILVA, Eduardo Araújo. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais penais da Lei 12850/13**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 79.

testemunhas e peritos que prestem testemunho sobre os delitos qualificados de acordo com a presente Convenção, assim como, quando proceder, a seus familiares e demais pessoas próximas.

3. CONCLUSÃO

Diante dos benefícios que podem ser reconhecidos ao delator, da sua situação vulnerável perante os demais membros da organização criminosa e dos direitos que lhe são deferidos para a preservação de sua integridade física e de sua vida, GUILHERME DE SOUZA NUCCI[41] afirma o seguinte: "em verdade, ser delator é um fardo; traz benefícios penais, mas também muitas preocupações", sendo certo que tal observação permite uma reflexão quanto ao tema.

Dessa maneira, o que se verifica claramente, diante de tantos dispositivos legais elaborados com o propósito de proteger o indiciado no inquérito policial ou o acusado no processo criminal propriamente dito, é o reconhecimento da condição de vulnerabilidade na qual se coloca o delator por oportunidade da celebração do acordo com o Ministério Público.

Convém registrar que, embora exista divergência quanto ao tema, adota-se neste artigo o ponto de vista de LEONARDO DANTAS COSTA[42] e de RODRIGO CAPEZ,[43] segundo o qual a delação premiada tem natureza jurídica de acordo processual, sendo esse uma espécie do gênero negócio jurídico processual, o qual estabelece obrigações recíprocas entre as partes, envolvendo diretamente a atividade probatória e o direito material aplicável.

Essa posição é importante assinalar porque, em se tratando de um acordo, é possível que se sustente que o Estado apenas tem a obrigação de proteger o delator se tais medidas restarem expressamente consignadas no termo de delação premiada, o que não condiz com a própria natureza da delação premiada.

Isso porque existem dois aspectos distintos.

O primeiro aspecto refere-se ao compromisso do indiciado ou do acusado de propiciar a obtenção de provas para o esclarecimento da dinâmica criminosa, o qual recebe, em contrapartida à sua colaboração, a atenuação de sua resposta penal ou, em casos extremos, até mesmo a supressão da resposta penal.

O segundo aspecto refere-se ao compromisso do Estado de resguardar a vida do delator como consequência do acordo por ele celebrado com o Ministério Público, sendo certo que o Estado não pode apenas homologar a delação premiada burocraticamente, fingindo ignorar a situação

41 NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 76.

42 COSTA, Leonardo Dantas. **Delação premiada: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 110.

43 CAPEZ, Rodrigo. "Polêmica em torno da colaboração premiada de preso é estéril". **Consultor Jurídico**, 21 jul. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-21/rodrigo-capez-polêmica-colaboração-premiada-preso-esteril>. Acesso em: 9 mar. 2018.

de vulnerabilidade na qual passa a se encontrar o indiciado no inquérito policial ou o acusado no processo criminal propriamente dito, a partir da celebração da delação premiada.

Foi possível visualizar tais aspectos em função do procedimento metodológico utilizado para a elaboração deste trabalho, consistente no exame de todos os dispositivos legais em vigor no Brasil que tratam das medidas de proteção ao delator e das análises feitas dos mesmos por parte dos doutrinadores que tratam do tema.

Diante disso, entende-se que o Estado tem a obrigação de adotar as medidas necessárias para a proteção do delator, mesmo que inexista qualquer previsão expressa no termo de delação premiada, sendo certo que o tipo de proteção e a sua intensidade há de ser regulada diante das circunstâncias de cada caso concreto.

Não custa lembrar que a verificação da necessidade de adoção de alguma medida de proteção pode surgir até mesmo após a celebração da delação premiada ou, dependendo do caso, pode ser possível a adequação das medidas eventualmente aplicadas, diante de fatos ocorridos após a celebração do acordo.

De toda maneira, mais importante do que a simples previsão de um grande rol de medidas a serem aplicadas é a sua efetiva aplicação, uma vez que o Estado não pode se dar o direito de apenas legislar um tema tão sensível, já que verdadeiramente exposta a vida do delator que traz informações prejudiciais aos seus companheiros de atividade criminosa, sem efetivamente adotar as medidas de proteção necessárias, monitorando, pelo tempo que for necessário, a sua eficácia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **Criminalidade organizada & globalização desorganizada**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

CAPEZ, Rodrigo. "Polêmica em torno da colaboração premiada de preso é estéril". **Consultor Jurídico**, 21 jul. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-21/rodrigo-capez-polêmica-colaboração-premiada-preso-esteril>. Acesso em: 9 mar. 2018.

CASARA, Rubens. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CATENA, Victor Moreno. "*La protección de los testigos y peritos en el proceso español*". *In*: FERRÉ, Juan Carlos; BORRALLO, Enrique Anarte (Org.). ***Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos***. Huelva: Universidade de Huelva, 1999.

COSTA, Leonardo Dantas. **Delação premiada: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça**. Curitiba: Juruá, 2017.

DA SILVA, Eduardo Araújo. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais penais da Lei 12850/13**. São Paulo: Atlas, 2015.

DAVID, Décio Franco; TERRA, Luiza Borges. "Sigilo e delação premiada: o tecer das teias da tarântula midiática". *In*: LEMOS, Bruno Espiñeira; CALDEIRA, Felipe Machado (Org.). **Delação premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. "O equilíbrio na repressão ao crime organizado". *In*: _____; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Crime organizado: aspectos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. **Colaboração premiada: contornos segundo o sistema acusatório.** Belo Horizonte: D´Plácido, 2017.

GIMENEZ GARCIA, Joaquín. ***El testigo y el perito: su protección en el juicio oral. Actualidad Penal***, Madri, n. 2, 1994.

LEITE FILHO, José Raimundo. "Testemunha sem rosto: anotações ao regime estabelecido na Lei 9807/99". *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **A prova do enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: Juspodium, 2015.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à lei de combate ao crime organizado**. São Paulo: Atlas, 2013.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César. **Delação premiada: aspectos jurídicos**. São Paulo: JHMizuno, 2016.

NETTO, Vladimir. **Lava-jato: o juiz Sérgio Moro e os bastidores da operação que abalou o país**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Organização criminosa**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: Juspodium, 2016.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Natal: OWL Editora Jurídica, 2015.

TOURINHO NETO, Fernando. "Delação premiada (colaboração premiada): traição premiada; endurecimento das decisões judiciais; afronta à Constituição Federal; juiz justiceiro". *In*: LEMOS, Bruno Espiñeira; CALDEIRA, Felipe Machado (Org.). **Delação premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2016.

SUMÁRIO

JUÍZO ARBITRAL - INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 136-A DA LSA

JORGE LOBO
Mestre em Direito da Empresa da UFRJ.
Doutor e Livre Docente em Direito Comercial da UERJ.
Advogado.

"*De la observación de que las creencias últimas son irreductibles he sacado la lección más grande de mi vida. He aprendido a respetar las ideas ajenas, a detenerme ante el secreto de cada conciencia, a compreender antes de discutir y a discutir antes de condenar*." (Bobbio)[1]

SUMÁRIO: I – Introdução. II – Cláusula compromissória estatuária. A) Normas constitucionais e legais. a) Normas constitucionais. b) Normas legais. B) Arbitragem, cláusula compromissória e cláusula compromissória estatutária. a) Conceito de arbitragem. b) Conceito de cláusula compromissória e de cláusula compromissória estatutária. c) Natureza jurídica da cláusula compromissória estatutária. C) A cláusula compromissória estatutária do art. 109, § 3º, da LSA. a) A favor da constitucionalidade do art. 109, § 3º, da LSA. b) Contra a constitucionalidade do § 3º do art. 109, da LSA. D) A cláusula compromissória estatutária do art. 136-A da LSA. a) A favor da constitucionalidade do art. 136-A da LSA. b) Contra a constitucionalidade do art. 136-A da LSA, III – O art. 136-A da LSA sob a ótica do juspositivismo. A) Os antipositivistas. B) O positivismo jurídico contemporâneo. C) Estrutura escalonada da ordem jurídica. D) O art. 136-A da LSA sob a ótica do juspositivismo. IV - O Art. 136-A à luz da Teoria dos princípios constitucionais. A) Princípios gerais do direito e princípios infraconstitucionais. a) Princípios gerais do direito. b) Princípios infraconstitucionais. B) Princípios constitucionais. a) A teoria dos princípios é hoje o coração das constituições. b) A inconstitucionalidade do art. 136-A da LSA.

RESUMO: Este artigo defende a tese de que o art. 136-A da LSA ofende a Constituição Federal, quer sob o ponto de vista do juspositivismo, quer à luz da teoria dos princípios constitucionais.

PALAVRAS-CHAVES: Arbitragem. Juspositivismo. Teoria dos Princípios Constitucionais.

UNCONSTITUTIONALITY OF ART. 136-A OF THE LSA

ABSTRACT: *This article defends the thesis that the art. 136-A of the LSA offends the Federal Constitution, both from the point of view of juspositivism and in light of the Theory of Constitutional Principles*.

KEYWORDS: *Arbitration. Juspositivism. Theory of Constitutional Principles.*

1 *Apud* Alfonso Ruiz-Miguel, *in* ***Filosofia y Derecho en Norberto Bobbio***, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 15.

I - INTRODUÇÃO

Quando o estudioso se dispõe a analisar, com espírito aberto e em profundidade, a arbitragem ou juízo arbitral, impõe-se-lhe reconhecer, como verdade absoluta — o *inconcussum* da teoria cartesiana —, que a vontade livre, consciente e soberana do indivíduo é a matriz da arbitragem e, em consequência, que o juízo arbitral só se instala com a emissão volitiva das partes e a escrupulosa observância dos princípios da autonomia da vontade, da liberdade de contratar, do consensualismo e da boa-fé.

Os defensores da constitucionalidade do art. 136-A da Lei das Sociedades por Ações (LSA) negam essa evidência com respaldo no princípio da maioria acionária e em juízos de fato, em juízos de realidade, *v.g.*, a arbitragem é célere, conduzida por especialistas, infensa a expedientes procrastinatórios, dotada de igual validade e idêntica eficácia da jurisdição estatal, etc., e, por conseguinte, a cláusula compromissória estatutária se aplica a todos os acionistas indistintamente, isto é, aos acionistas preferencialistas, aos que não compareceram à assembleia geral e, portanto, não participaram da discussão e deliberação de sua inserção no estatuto da companhia, aos presentes que se abstiveram de votar e aos que a ela se opuseram, porque, alardeiam, somente a institucionalização da arbitragem trará a indispensável estabilidade e a imprescindível segurança jurídica ao mercado de capitais e fomentará o interesse de megainvestidores externos, em especial fundos de pensão, a investir recursos financeiros em nosso incipiente mercado de ações e derivativos, mola mestra do desenvolvimento dos países em um mundo capitalista globalizado de acirrada e, as mais das vezes, predatória concorrência.

Ao ouvir, ler e reler estes argumentos, defendidos por juristas e especialistas em arbitragem, ocorrem-me duas observações.

Primeira: os opositores da tese da inconstitucionalidade do 136-A da LSA acoimam os que a sustentam de estarem provocando "instabilidade jurídica" e afastando investidores institucionais estrangeiros e nacionais interessados em adquirir ações de nossas companhias abertas.

Como se vê, troca-se o efeito pela causa: quem trouxe "instabilidade" foi o indigitado dispositivo da LSA; os que o increpam do maior dos vícios — o de afrontar a Constituição Federal (CF) — apenas emitem opiniões lastreadas em fundamentos de ordem constitucional, legal e doutrinária.

Segunda: os prosélitos da constitucionalidade da cláusula compromissória estatutária afirmam, no fundo, que tudo o que é útil e proveitoso para a empresa é legítimo, é direito, o que me faz a recordar a palestra "Cinco Minutos de Filosofia do Direito", de GUSTAV RADBRUCH, aos estudantes de Heidelberg, imediatamente após o término da 2ª. Guerra.

No primeiro dos cinco minutos, o então decano da Faculdade Jurídica daquela Universidade declara: "Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista".[2]

---

2 **Filosofia do Direito**, Coimbra, Editora Armenio Amado, 6ª ed., p. 415.

No segundo minuto, observa: "Pretendeu-se completar, ou antes, substituir este princípio[3] por estoutro: direito é tudo aquilo que for útil ao povo"[4], e, após breve explicação, arremata: "Não, não deve dizer-se: tudo o que for útil ao povo é direito; mas, ao invés: só o que for direito será útil para o povo".[5]

Parafraseando esse expoente da chamada Filosofia dos Valores, eu penso: Não, não se deve dizer: tudo o que for útil à empresa é direito; mas, ao invés: só o que for direito será útil para a empresa.

II - CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA

A interpretação do § 3º, do art. 109, e do art. 136-A da LSA, que disciplinam a cláusula compromissória estatutária, é objeto de longa e instigante discussão.[6]

De um lado, estudiosos da matéria, alicerçados, em especial, em razões de ordem prática e juízos de fato e no princípio da maioria, que rege as decisões das assembleias gerais de sócios ou acionistas das sociedades empresárias, sejam anônimas, sejam limitadas, declaram que ambos são constitucionais.

De outro, o Professor Modesto Carvalhosa, isolado e solitário,[7] doutrina que o § 3º do art. 109 e o art. 136-A da LSA são inconstitucionais por violarem o principio do pleno e irrestrito acesso à jurisdição estatal, expresso no art. 5º, XXXV, da CF, indiscutível cláusula pétrea por força do art. 60, § 4º, inc. IV, da CF, que veda, inclusive por emenda constitucional, a supressão dos direitos e garantias individuais do homem e do cidadão.

Para entender a controvérsia, é mister transcrever os artigos da CF, da LSA e da Lei nº 9.307 de 23.09.1996 (Lei de Arbitragem - LArb) pertinentes ao assunto.

A - Normas constitucionais e legais

(a) Normas constitucionais

Ao dispor sobre os "direitos e garantias fundamentais", o art. 5º da CF estabelece: "XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Na sessão dedicada ao "processo legislativo", embora permita emendas ao seu texto, a CF

3 "A lei vale por ser lei, e é lei sempre que tiver do seu lado a força para se impor" (*loc. cit.*).

4 Ob. cit., p. 416.

5 *Loc. cit.*

6 Vou resumir os argumentos dos que defendem a constitucionalidade de ambos os preceitos da LSA e as opiniões do Prof. MODESTO CARVALHOSA, que os refuta. A meu ver, *d.m.v.*, somente o art. 136-A fere a CF, por haver criado uma "arbitragem obrigatória", enquanto o § 3º do art. 109 da LSA apenas dela trata, embora desnecessariamente, pois, com base na LArb, os acionistas, que quiserem, podem recorrer ao juízo arbitral.

7 Recentemente, o Prof. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ e TUCCI, nos Comentários do art. 3ºdo NCPC, alinhou-se à opinião de CARVALHOSA, ao lecionar que o art. 5º, XXXV, da CF consagra o princípio da "inafastabilidade da jurisdição" e destacar "que o *caput* do art. 3º do CPC/2015 reitera essa mesma regra, reservando ao Estado-juiz o monopólio da jurisdição (CPC Anotado, GIZ Editora, 1ª ed., p. 4).

proíbe a votação, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, de proposta que vise suprimir os direitos e garantias individuais discriminados no seu art. 5º, *verbis*: "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: e § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais".

"Não, não se deve dizer: tudo o que for útil à empresa é direito; mas, ao invés: só o que for direito será útil para a empresa."

(b) Normas legais

A LArb, que criou e regula a arbitragem no país, faculta às pessoas físicas, capazes de contratar, e às pessoas jurídicas celebrar convenção para prevenir ou dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º), quer através de cláusula compromissória (art. 4º), quer através de compromisso arbitral (art. 9º), *verbis*: "Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". "Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato". "Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial".

A LSA, após elencar os direitos essenciais dos acionistas das companhias abertas e das anônimas fechadas e na esteira dos princípios da universalidade da jurisdição, do devido processo legal e da ampla defesa, dispõe no art. 109: "§ 2º Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembleia-geral".

Em 2001, a Lei nº 10.303 acrescentou o § 3º ao art. 109 da LSA, para instituir a convenção arbitral com a finalidade de prevenir ou solucionar conflitos entre acionistas e a companhia, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, *verbis*: "§ 3º O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar".

Para por fim às dúvidas quanto ao sentido e ao alcance e à validade e à eficácia da cláusula compromissória estatutária, a Lei nº 13.129 de 2015 acrescentou o artigo 136-A a LSA, *verbis*: "Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o *quorum* do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45". [8]

Em linguagem simples e direta, eis o comando do art. 136-A da LSA: "A convenção de arbi-

8 Em debate na FIESP, presentes os preclaros MODESTO CARVALHOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO e NELSON EIZIRIK, taxei essa redação de "tosca", isto é, malfeita, imperfeita, mal-apresentada. Evidentemente, não pretendi desmerecer o trabalho da laboriosa Comissão encarregada de atualizar a LArb, mas, exclusivamente, criticar o texto do art. 136-A da LSA, quiçá de maneira infeliz.

tragem, aprovada por metade, no mínimo, das ações com direito a voto, obriga aos acionistas que votaram a favor de sua inclusão no estatuto social, aos que votaram contra, aos que se abstiveram de votar, aos ausentes à assembleia geral e aos preferencialistas sem direito a voto, assegurado aos dissidentes o direito de recesso".

Infelizmente, não cessaram as divergências, porquanto, para uns, o § 3º do art. 109 e o art. 136-A da LSA não ofendem a CF; para outros, afrontam-na de forma flagrante e irremediável, por suprimirem a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição estatal.

A meu ver, o art. 136-A da LSA é inconstitucional, quer sob a ótica do juspositivismo, quer à luz da teoria dos princípios constitucionais, como diligenciarei demonstrar; antes, porém, é necessário abordar importantes noções preliminares sobre a matéria e, máxime, resumir as opiniões discordantes.

B - Arbitragem, cláusula compromissória e cláusula compromissória estatutária
(a) Conceito de arbitragem

Arbitragem é uma técnica, um mecanismo, um meio, um processo extrajudicial, acordada através de uma cláusula compromissória ou de um compromisso arbitral, de que se valem duas ou mais pessoas físicas, capazes de contratar, e/ou pessoas jurídicas, para prevenir ou dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.[9]

(b) Conceito de cláusula compromissória e de cláusula compromissória estatutária

O art. 4º da LArb ministra o conceito de cláusula compromissória: "Cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes de um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato".

Cláusula compromissória estatutária é o acordo de vontades de acionistas da companhia relativo à prevenção ou composição extrajudicial de direitos patrimoniais disponíveis objeto de divergências ou litígios potenciais ou concretos entre acionistas e a companhia ou entre acionistas controladores e minoritários.

(c) Natureza jurídica da cláusula compromissória estatutária

Na doutrina brasileira, para uns, trata-se de um contrato; para CARVALHOSA, de um con-

9 "Para JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM, a arbitragem é uma modalidade especial e parestatal de resolução de conflitos, estabelecida por pessoas naturais capazes ou pessoas jurídicas. CARLOS ALBERTO CARMONA conceitua o instituto como 'técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado [...]' (*apud*, "*A arbitragem no direito societário*", ALEXANDRE FERREIRA ASSUMPÇÃO ALVES, p. 10). JOSÉ ROGÉRIO CRUZ e TUCCI acentua que a arbitragem - "(...) é uma técnica de heterocomposição de controvérsias mediante intervenção de um ou mais árbitros, escolhidos pelas partes, a partir de uma convenção de natureza privada" ("Novo CPC traz mudanças na arbitragem, conciliação e mediação", **Consultor Jurídico**, dezembro de 2015).

trato plurilateral, pois integra o ato constitutivo da sociedade.

A meu ver, não obstante integre o estatuto da companhia, a cláusula compromissória estatutária é um ato conjunto ou ato coletivo ou ato complexo e não um contrato bilateral (quando há manifestação de vontade de duas partes em posições opostas, *v.g.*, compra e venda), nem, tampouco, um contrato plurilateral (quando há a participação de mais de duas pessoas, *v.g.,* constituição de sociedade empresária), eis que, na convenção de arbitragem, seja pactuada através de cláusula compromissória, seja de compromisso arbitral, não existem duas ou mais partes, mas sim duas ou mais pessoas, as quais emitem suas vontades livre e espontaneamente em uma única e mesma direção com idêntica finalidade.

A propósito da distinção entre ato (ou contrato) bilateral e ato conjunto, CAIO MARIO elucida: "(...) quando duas pessoas fazem uma declaração volitiva em direção única, constituem uma só parte, e o negócio não é, pelo só fato da participação plural ou coletiva de agentes, bilateral. Distinguem-se, desta sorte, o ato conjunto do ato bilateral".[10]

EDUARDO ESPÍNOLA, no festejado **Sistema do Direito Brasileiro**,[11] discorre sobre o ato conjunto, por ele denominado ato complexo ou ato coletivo, e, de início, adverte, com apoio em FADDA e BENSA, que, "por si só, a vontade coletiva não constitui um negócio jurídico e, quando entre neste, é apenas um elemento seu",[12] isto é, não é porque as partes de um contrato bilateral ou plurilateral fizeram constar do documento, em que formalizaram suas tratativas e objetivos, determinada cláusula ou condição, que esta cláusula ou condição possa ser considerada um contrato.

Depois, recorda que, para GIERKE, KUNTZE e CHIRONI e ABELLO, são: "(...) atos complexos ou coletivos os consistentes na ação reunida e simultânea de várias pessoas, para se alcançar um fim jurídico único em relação a terceiros (...). No ato complexo, diversamente do contrato, os sujeitos não estão um em oposição ao outro, mas ao lado do outro; não têm interesses opostos, mas convergentes, ainda que possam tê-los separados e diversos".[13]

Por fim, lembra que COVIELLO distingue o negócio jurídico bilateral ou contrato do ato complexo ou coletivo e preleciona: "Ato complexo, como o contrato, é a união de muitas vontades, mas difere pelo modo e a eficácia de tal união (...)[,] no contrato, há dois sujeitos, um contraposto ao outro; no ato complexo há mais de um sujeito, que agem como uma parte: lá há manifestação de vontades, que se cruzam; aqui há manifestação de vontades paralelas".[14]

Seja contrato bilateral, ou contrato plurilateral, ou ato conjunto, ou ato complexo, ou ato coletivo, a cláusula compromissória estatutária é fruto da exteriorização livre, espontânea e consciente da vontade dos acionistas e presidida pelos princípios da autonomia da vontade, da liberdade de contratar, do consensualismo e da boa-fé, e, por conseguinte, não pode ser imposta aos

10 **Instituições de Direito Civil**, Forense, 21ª ed., vol. I, pp. 496/7.

11 Ed. Conquista, 4ª ed., 2º vol.

12 Ob. e vol. citados, p. 246, nota 39.

13 *Idem*, p. 246.

14 *Idem*, p. 247.

acionistas que não quiserem submeter eventuais demandas ao juízo arbitral, não havendo dúvida de que a expressão "arbitragem obrigatória" é uma "*contradictio in terminis*", pois a arbitragem se inicia e se aperfeiçoa, sempre, inexoravelmente, com a manifestação soberana, espontânea e livre da vontade das partes, sob a égide dos princípios da liberdade de contratar, da autonomia da vontade, do consensualismo e da boa-fé; tornar a arbitragem compulsória é desnaturar o instituto, alterar a sua natureza, o seu caráter, deformá-lo, deturpá-lo, falseá-lo.

"Seja contrato bilateral, ou contrato plurilateral, ou ato conjunto, ou ato complexo, ou ato coletivo, a cláusula compromissória estatutária é fruto da exteriorização livre, espontânea e consciente da vontade dos acionistas (...)."

C - A cláusula compromissória estatutária do art. 109, § 3º, da LSA
(a) A favor da constitucionalidade do art. 109, § 3º, da LSA[15]

O Prof. HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, no artigo "Aspectos da Arbitragem no Direito Societário", anota: "(...) não se pode erigir os direitos essenciais dos acionistas à categoria ou à semelhança de direitos constitucionais, a serem resguardados como cláusulas pétreas do direito societário".[16]

---

15 Defendem a constitucionalidade: FERRES DA SILVA RIBEIRO, "Princípio da Inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal)", Capítulo do livro **Princípios Processuais Civis na Constituição**. Coord. Maria Elisabeth de Castro Lopes e Olavo de Oliveira Neto, Elsevier, 2008, pp. 47/78; BERNARDO VIEIRA KLUPPEL CARRARA, **Os efeitos do artigo 136-A da Lei das S.A. sobre a cláusula compromissória estatuária**, Monografia da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2017, pp. 2/73; BRUNA NOGUEIRA TOSTA MACHADO DE LIMA, "Arbitragem e o Direito Empresarial: alterações da Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015", artigo publicado no site **Jus.com.br**, Julho de 2015; FABIO DA ROCHA GENTILE, "Nova regra sobre arbitragem pode gerar abuso do controle acionário", artigo publicado no site **Conjur.com.br**, 21.11.2015; JOSÉ ROMEU GARCIA DO AMARAL, "Novas regras de arbitragem em S.A. podem prejudicar os minoritários", artigo publicado no site **Conjur.com.br**, 12.10.2015; ÉRICA GUERRA, "As repercussões da Lei 13.129/2015, que altera da Lei de Arbitragem, no direito de retirada das Sociedades Anônimas", artigo publicado no site **Jusbrasil.com.br**, 27.05.2015; MARCELLA BLOK, "A nova lei de arbitragem (Lei 13.129/2015) e suas implicações no direito societário", **Revista de Direito Privado**, Agosto/2016, vol. 68, pp. 183/208; BERNARDO VIEIRA KLUPPEL CARRARA, **Os efeitos do artigo 136-A da Lei das S.A. sobre a cláusula compromissória estatuária**, Monografia da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2017, capitulo III, pp. 74/92; ALEXANDRE FERREIRA DE ASSUMPÇÃO ALVES, "A arbitragem no direito societário", **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Dezembro de 2006, ano VII, nº 9, pp. 7/34; SILVIA FAZZINGA OPORTO e FERNANDO VASCONCELLOS, "Arbitragem comercial internacional", disponível em http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/080306t.pdf, pp. 1/49; PEDRO A. BATISTA MARTINS, "A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretensos fatores impeditivos para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas", artigo publicado no site do **Âmbito Juridico**; HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, "Aspectos da arbitragem no direito societário", **Revista de Direito Empresarial**, 2014, edição Nov.-Dez., vol. 6, pp. 251/259; RUI PEREIRA DIAS, "Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa)", **Revista de Arbitragem e Mediação**, 2013, n. 37, v. 10, pp. 457/471.

16 Art. cit., p. 254.

A seu ver, "(...) o início desta discussão reside na natureza jurídica da deliberação da assembleia de sócios como formadora da vontade social. Opera indubitavelmente em tais deliberações o princípio majoritário (...)".[17]

E conclui: "Em relação aos acionistas que não aprovaram decisões da maioria, os efeitos da mudança do contrato ou do **estatuto** os atingem regularmente, como também quanto aos que votaram em branco, aos ausentes e aos sócios passados e futuros".[18]

PEDRO A. BATISTA MARTINS, no artigo "A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretensos fatores impeditivos para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas",[19] frisa: "Penso que a deliberação assemblear, que aprova, por maioria, a inserção de cláusula compromissória estatutária, é válida, eficaz e vincula a todos os sócios, presentes, ausentes ou dissidentes (...) insere-se dentre os direitos fundamentais de todas as pessoas (...). A maioria reflete, por suposto, a vontade da coletividade. A minoria se sujeita à maioria por esta exprimir a manifestação da coletividade social. Trata-se, sem sombra de dúvida de um suposto democrático. O princípio majoritário é regra inderrogável do direito societário". [20]

NELSON EIZIRIK, no artigo "Cláusula compromissória estatutária – a arbitragem da companhia", [21] propõe que seja adotada "(...) a solução do direito italiano deve inspirar nosso legislador, permitindo a inclusão de cláusula compromissória no estatuto, porém conferindo aos dissidentes o direito de recesso".[22]

(b) Contra a constitucionalidade do § 3º, do art. 109, da LSA

Imediatamente após a promulgação da Lei nº 10.303 de 2001, o Prof. MODESTO CARVALHOSA, em notável conferência na EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, esclareceu que "(...) o juízo arbitral advém de renúncia a direito essencial do pactuante"[23] e advertiu: "(...) Não pode, assim, a sociedade ou a maioria dos acionistas impor a cláusula compromissória estatuária a quem não a tenha constituído ou aderido expressamente, por documento formal (...) o estatuto não pode privar os acionistas do direito que lhe é constitucionalmente assegurado (art. 5º, XXXV , da Constituição Federal) e reafirmado como direito essencial no próprio art. 109, cujo § 2".[24]

---

17 *Loc. cit.*

18 *Loc. cit.*

19 PEDRO A. BATISTA MARTINS, "A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretensos fatores impeditivos para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas", artigo publicado no site do **Âmbito Juridico**.

20 Art. cit., p. 3, item 3.3. p. 4, item 11, p. 5, item 12 e p. 7, item 20.

21 Migalhas, novembro de 2011. Entendo que as opiniões no livro **A nova Lei das S.A.**, Saraiva, 2002, pp. 183/5, de CARVALHOSA/EIZIRIK, são da pena do Prof. MODESTO CARVALHOSA. Em seu alentado **A Lei das S.A. Comentada**, Quartier Latin, 2ª ed., vol. II, pp. 483 e segs., a matéria não é comentada.

22 Art. cit.

23 Publicada *in* **Reforma da Lei de S.A.**, coord. Jorge Lobo, Forense, 2002, p. 332.

24 *Loc. cit.*

D - A cláusula compromissória estatutária do art. 136-A da LSA
(a) A favor da constitucionalidade do art. 136-A da LSA

Com a promulgação da Lei nº 13.129 de 2016, que criou o art. 136-A da LSA, aumentou a adesão à corrente da constitucionalidade da cláusula compromissória estatutária.

BERNARDO VIEIRA KLÜPPEL CARRARA, no artigo "Os efeitos do artigo 136-A da Lei das S.A. sobre a cláusula compromissória estatuária"[25], resume, com proficiência, a opinião majoritária e diz: "O princípio da maioria é norma angular de qualquer sociedade – empresária ou não. É inconcebível imaginar qualquer convivência social complexa em que a opção da maioria [não] seja levada em consideração – fora os regimes ditatoriais que em nada acrescentam para a construção da sociedade. Busca-se, através deste princípio, conferir caráter democrático às decisões sociais. Não se pretende dizer que a decisão da maioria será, em qualquer situação, a melhor opção para todos; contudo, será, sempre, a menos pior".[26]

Esgotada a análise do tema sob o ponto de vista do princípio majoritário, o autor passa a discorrer sobre "Ausência de violação ao art. 5º, XXXV, da CF/88 e a adequação da arbitragem ao § 2º, do art. 109, da Lei 6.404/76", quando assevera: "O direito essencial de acesso à justiça não possui natureza irrenunciável ou inafastável. Em verdade, o direito de ação deve ser compreendido como a faculdade de escolher entre a jurisdição estatal – cujo monopólio recai sobre o Poder Judiciário – e o juízo arbitral. Preservada essa prerrogativa, resguarda-se o direito essencial previsto pelo art. 5º, XXXV, da CF/88".[27]

(b) Contra a constitucionalidade do art. 136-A da LSA

Promulgada a Lei nº 13.129 de 2015, em palestra na FIESP, CARVALHOSA declarou: "O preceito do art. 136-A fere frontalmente o artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988, onde está que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito. Portanto, o direito individual de ter socorro estatal, uma cláusula pétrea, só pode ser modificada por nova constituinte".

Em seminário na Internacional Bar Association, lançou um repto: "E o faço para indagar se o legado fundamental da Magna Carta – as garantias individuais de acesso efetivo e universal à jurisdição – vem sendo asseguradas neste início do século XXI (...). Entre nós, a regra se encontra no art. 5º, XXXV, da Carta (...). E se trata de cláusula pétrea, por força do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, como corolário do Estado Democrático de Direito herdado da Magna Carta".

III - O ART. 136-A DA LSA SOB A ÓTICA DO JUSPOSITIVISMO[28]

25 Universidade de Brasília, 2017.

26 Ob. cit., p. 54.

27 *Idem*, p. 60.

28 Para demonstrar a inconstitucionalidade do art. 136-A da LSA sob a ótica do juspositivismo, creio ser indispensável discorrer rapidamente sobre a censura de que ele é vítima e, hoje, seria "peça do museu" da

A - Os antipositivistas[29]

Empedernidos detratores do positivismo jurídico, em especial alguns sectários da doutrina dworkiniana, propalam a derrocada e a autodestruição do juspositivismo, por ele, supostamente, sustentar:

a "onipotência do legislador";

(b) as leis formam um sistema formal e completo;[30]

(c) o juiz é a "boca da lei" e a atividade judicante é mecânica e acrítica, sem margem para interpretação criativa;

(d) a utopia de que o "direito posto" não apresenta ambiguidades (ele é certo e manifesto), nem antinomias (ele é coerente e harmônico), nem obscuridades (ele é claro e preciso), nem lacunas (ele é unitário e completo);

(e) o direito é axiomático, portanto, avalorativo, devendo o juiz empregar o método lógico-dedutivo ou lógico-formal ou subsuntivo, para assegurar a consecução do ideal de segurança jurídica, um dos principais valores do ordenamento positivo dos países democráticos;

(f) a moral e o direito se desenvolvem em linhas paralelas, etc.

Essas e outras críticas,[31] oriundas de juristas e jus filósofos, não abalaram os alicerces (os

---

História do Direito, o que é falso. O Min. LUIS ROBERTO BARROSO, no estudo "O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro", *in* **Temas de Direito Constitucional**, Renovar, 1ª ed., tomo III, pp. 6 e 7, faz as seguintes judiciosas observações sobre a atualidade do juspositivismo: "A idéia de uma nova interpretação liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o subsuntivo, fundado na aplicação de regras – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente".

29 PAULO BONAVIDES, *in* **Curso de Direito Constitucional**, Malheiros, 7ª ed., p. 264, e LUÍS ROBERTO BARROSO, ob. cit., p. 3, entre outros, quando se referem aos juristas e jus filósofos posteriores a HERBERT HART, os classificam de "pós-positivistas". Como entendo que o positivismo jurídico, modernizado pelos positivistas inclusivos, exclusivos e normativistas, segue indispensável para solução da imensa maioria dos casos levados aos tribunais, preferi denominar os seus opositores de "antipositivistas".

30 Sobre esta e outras críticas, veja-se o item C infra, no qual NORBERTO BOBBIO as rebate com indiscutível vantagem.

31 A doutora em Filosofia do Direito da Universidade de Salamanca, LOIANE PRADO VERBICARO, e a Assessora Jurídica junto à Procuradoria Geral do Estado do Pará, FLÁVIA GÓES COSTA RIBEIRO, *in* **A Renovação do Positivismo Jurídico sob a Perspectiva de sua Versão Inclusiva**, resultado de laboriosa e profícua pesquisa no Direito Comparado, esclarecem que "as considerações apresentadas na pesquisa" seriam "em torno da desmistificação do senso comum e dos discursos falaciosos sob a teoria positivista do direito, a qual é alvo de más compreensões e interpretações por parte da academia, de forma a demonstrar que tal doutrina, atualmente, a despeito dos questionamentos, não foi superada". O seu profícuo trabalho levou-as a anotar: "(...) as teorias partiram de incompreensões da teoria positivista (...)[,] o aparente ataque não realizou

verdadeiros alicerces) do positivismo jurídico, nem o seu prestígio (ele permanece o método hegemônico de interpretação e aplicação da lei), nem a sua utilização contínua e diuturna pelos operadores do direito, nem encontram respaldo quer na doutrina americana e europeia, quer na jurisprudência dos EUA, Reino Unido e Europa Continental.

Anote-se, por oportuno, que HANS KELSEN, já no prefácio da primeira edição da primorosa **Teoria Pura do Direito**, datado de maio de 1934, respondeu aos seus antagonistas, ao demonstrar que "os argumentos são dirigidos, não propriamente contra a teoria, mas contra sua falsa imagem, quase tornando supérflua uma refutação".[32]

LOIANE P. VERBICARO e FLÁVIA G. C. RIBEIRO, a partir da análise das diatribes dos adversários do juspositivismo, chegaram à idêntica conclusão: "(...) a maioria dos argumentos incorre na denominada *straw man fallacy,* visto dirigirem críticas à caricatura da teoria positivista e não, necessariamente, aos reais conteúdos adotados por seus defensores".[33]

Por igual, ANDRÉ COELHO, um dos mais abalizados doutores brasileiros em Filosofia do Direito, proclama que essa visão é "(...) limitada, distorcida, sistematicamente ligada à lei e à reprodução mecânica da lei, incapaz de reconhecer a atividade criativa do juiz, incapaz de admitir o papel dos princípios, incapaz de compreender a importância que a interpretação jurídica desempenha no direito, forma uma imagem equivocada do pensamento de KELSEN, HART e mais ainda em relação aos jus filósofos contemporâneos".[34]

---

nenhuma crítica real e efetiva ao positivismo, seja considerando a recuperação e/ou atualização do modelo positivista, para adequar-se e responder à tentativa de ataque desconstrutivista. Trata-se de modelo hegemônico no mundo anglo-saxão, dominado pela filosofia analítica". (**Revista Jurídica Cesumar**, 2017, vol. 17, nº 2, pp. 401/3).

32 Martins Fontes, 2018, p. XIII. KELSEN diz ainda que a "oposição, já a raiar pelo ódio, feita com uma paixão quase sem exemplo na história da ciência jurídica e que de forma alguma se pode explicar pelos contrastes de posições que nessa altura vieram à luz*"* (Ob. cit., pp. XI e XII), mas, sim, por "motivos políticos, e portanto, providos de elevada carga afetiva". (*Loc. cit.*), o que, de certa forma, já ocorrera em 1911, eis que KELSEN, "no calor das polêmicas com empiristas e sociólogos, assumiu, às vezes, uma atitude demasiadamente rígida, exagerando certas colocações lógico-formais de sua primeira obra fundamental" (MIGUEL REALE, **Filosofia do Direito**, Saraiva, 1987, 12ª ed., p. 456).

33 Art. cit., p. 403. As ilustres autoras, ao final do seu alentado trabalho, afirmam: "(...) o positivismo jurídico é uma doutrina mal compreendida, pois a identificação de tal Escola como sendo uma vertente legalista e conservadora não merece prosperar, visto que muitos positivistas – se não a maioria - não acreditam no primado de completude do sistema jurídico, decisão mecânica e subsuntiva, neutralidade avalorativa, em perfeição normativa, em segurança jurídica absoluta e em separação entre Direito e Moral". (Art. cit., p. 425). Sobre o tema, *vide* LUCAS DUARTE MEDEIROS, *in* "**A (sobre) vida do positivismo jurídico"**, que, após longo estudo do positivismo jurídico, do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, ressalta que "o positivismo jurídico sobrevive no período neoconstitucional, seja pela possibilidade de uma adoção como vertente filosófica, seja pela necessidade de criticá-lo de modo profundo e responsável". (**Revista Constituição e garantia de direitos**, 2016, v. 9, n. 2, p. 249 e, em especial, p. 268), e, também, "A crise do positivismo jurídico", de Rodrigo Martins Eustáquio, em especial p. 3827, *in* **Conselho Nacional de pesquisa e pós-graduação em Direito**, 2007, Belo Horizonte, Congresso Nacional do CONPEDI.

34 Conferência "O juspositivismo depois de Dworkin", disponível em https://www.youtube.com/watch?v=TsRNJzo-IkA

Com respaldo em prestigiada doutrina alienígena, ANDRE COELHO finaliza enfático e categórico: "No quadro da filosofia do direito em todo mundo, é pacífica a crença de que o juspositivismo é, sempre foi e continua a ser a abordagem hegemônica do direito, ao passo que a teoria de DWORKIN é pouco aceita e ocupa um espaço marginal, inclusive nos EUA e no Reino Unido".[35]

B – O positivismo jurídico contemporâneo

O positivismo jurídico não é, apenas, o positivismo sociológico-analítico de HERBERT HART, alvo de acirrado ataque de RONALD DWORKIN,[36] mas, também, o positivismo normativo ou prescritivo de JEREMY BENTHAN; o positivismo utilitarista e descritivo de JOHN AUSTIN; o positivismo descritivo e metodológico de HANS KELSEN; o positivismo, primeiro, estruturalista, depois, funcional, de NORBERTO BOBBIO; o positivismo hartiano pré-inclusivo de DAVID LYONS, PHILIP E. SOPER; LESLIE GREEN;[37] o positivismo inclusivo de JULES COLEMAN, KENNETH E. HIMA, WIL WALUCHOW, MATTHEW KRAMER;[38] o positivismo exclusivo de JOSEPH RAZ, ANDREI MARMOR, SCOTT J. SHAPIRO[39] e o positivismo normativo de NEIL MACCORMICK, TOM CAMPBELL, JEREMY WALDRON, FREDERICK SCHAUER.[40]

O juspositivismo é cada um deles (com certos e determinados reparos) e todos eles juntos (também com as necessárias reformulações / adaptações / atualizações), não obstante sempre irá existir, como em qualquer outra teoria das ciências humanas ou culturais, espaços a preencher, dúvidas a aclarar.

A propósito do assunto, sob a epígrafe "a insuficiência das teorias jurídicas e sua continuação", MARIO G. LOSANO, emérito Catedrático de Filosofia de Direito da Universidade de Piemonte Oriental, após lembrar que, na construção dos sistemas jurídicos, quer internos, quer externos, "sempre se chegou a resultados apenas em parte satisfatórios", pondera com sabedoria: "A evolução social faz justiça sumária de doutrinas e problemas. As teorias são abandonadas não

35 Conferência citada.

36 HERBET HARD, na primeira parte do pós-escrito do seu merecidamente famoso **O conceito de direito**, Martins Fontes, 2018, escreve que DWORKIN "sustentou que praticamente todas as teses que distinguem o presente livro estão radicalmente equivocadas", aduzindo que outros adversários "afirmaram haver, na exposição de algumas de minhas teses, não só obscuridades e imprevisões, mas, em alguns pontos, efetiva incoerência e contradição" (p. 308), admitindo, com a invejável humildade dos autênticos homens de bem, "que, num número incomodamente grande casos, meus críticos estavam certos (...)", "aproveitando o pós-escrito para tornar mais claro o que estava obscuro e para revisar o que havia escrito originalmente nos pontos incoerentes e contraditório" (Ob. cit., p. 309).

37 Positivismo hartiano pré-inclusivo: considera que as críticas de DWORKIN foram mal-entendidos e que não há nada para ser reelaborado na teoria original de HART.

38 Positivismo inclusivo: considera que sistemas jurídicos podem incluir critérios morais como parte da regra de reconhecimento.

39 Positivismo exclusivo: considera que sistemas jurídicos não podem incluir critérios morais como parte da regra de reconhecimento.

40 Positivismo normativo: considera que o positivismo não é uma descrição de como o direito é, e sim uma prescrição de como ele deveria ser para atender aos ditames de uma sociedade livre e democrática.

porque completamente esclarecidas – e isso seria, antes, um mérito que as tornaria irrenunciáveis –, mas porque os problemas dos quais se ocupam já não interessam. Outras teorias surgirão de suas ruínas, até que o pêndulo da história retorne à direção anterior, suscitando problemas não iguais, mas semelhantes, suscitados por interesses não iguais, mas análogos. Tal é a questão dos problemas 'eternos' do direito: sua eternidade consiste na perene incompletude e diversidade com que se apresentam, historicamente".[41]

Por isso, na esteira de CROCE,[42] deve-se distinguir o que, na teoria do positivismo jurídico, vive (pelo menos por enquanto) e o que morreu (até que vivifique com mudanças), ou o que "deve ser conservado e o que deve ser abandonado".[43]

Com efeito, NORBERTO BOBBIO leciona que, no juspositivismo, se deve "estabelecer aquilo que deve ser conservado e o que deve ser abandonado; é necessário não considerar esse movimento como um bloco monolítico, mas distinguir nele alguns aspectos fundamentais diferentes (...) que se distribuem em três planos diversos": "(a) como método para o estudo do Direito; (b) como teoria do Direito e (c) como ideologia do Direito".[44]

Após percuciente estudo, conclui que o positivismo jurídico como ideologia seria censurável pelos antipositivistas "somente a versão extremista", versão que foi "muito raramente sustentada pelos filósofos",[45] porém, não o "positivismo ético moderado", que "não levou em absoluto à estatolatria e ao totalitarismo político", observando que "a ideologia jurídica do nazismo era nitidamente contrária ao princípio juspositivista, segundo o qual o juiz deve decidir exclusivamente com base na lei",[46] e que, "na Itália, o princípio da legalidade é reivindicado pelos juspositivistas (por exemplo, por CALAMANDREI), não por sustentar o fascismo, mas por opor um obstáculo às suas arbitrariedades".[47]

Quanto ao positivismo como teoria, concorda que as críticas à teoria da coerência, da completude e da interpretação lógica ou mecânica do direito são fundadas, frisando, contudo, que essas "três concepções têm uma importância somente secundária"[48] no juspositivismo, enquanto as referentes à "teoria coativa, teoria legislativa e teoria imperativa do direito", que "constituem, na verdade, as suas três pilastras",[49] não se sustentam, eis que elas "permanecem intactas, na sua essência, mesmo depois que se deu conta das objeções a elas dirigidas".[50]

---

41 **Sistema e Estrutura no Direito**, Martins Fontes, 2010, vol. 2, p. 131.

42 Diz CROCE que se deve distinguir o que, na teoria, está vivo e o que está morto.

43 NORBERTO BOBBIO, **Positivismo Jurídico**, Icone Ed., 1995, p. 233.

44 Ob. cit., pp. 233/235.

45 *Loc. cit.*

46 Idem, p. 236.

47 *Loc. cit.*

48 *Idem*, p. 237.

49 *Loc. cit.*

50 *Loc. cit.*

Quanto ao positivismo jurídico como método, afiança que "não há distinções a serem feitas (...)[,] o método positivista é pura e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo se se quiser fazer ciência jurídica ou teoria do direito. Se não for adotado, não se fará ciência, mas filosofia ou ideologia do direito". [51, 52]

"Ao disciplinar o processo legislativo, a Constituição Federal fixou um limite material negativo à atuação do Congresso Nacional, ao proibi-lo de deliberar proposta de emenda à Constituição (...) tendente a abolir os direitos e garantias individuais (...)."

Entre as evidentes contribuições de KELSEN, leia-se, do juspositivismo, à Ciência do Direito, "a estrutura escalonada da ordem jurídica" tem indiscutível proeminência, por sua consistência teoria e frequente aplicação prática.

C - Estrutura escalonada da ordem jurídica[53]

Com esse sugestivo título, HANS KELSEN dá início ao capítulo V de sua obra seminal, que trata da "dinâmica do direito", e reitera[54] que o direito possui a notável capacidade de regular a sua própria criação: uma norma (de hierarquia) superior dita as condições de produção da norma (de hierarquia) inferior; as normas jurídicas não são dispostas no mesmo nível, umas ao lado das outras, mas escalonadas em diferentes graus ou camadas ou pisos, que formam uma unidade.[55]

A seguir, assevera: "Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão do direito positivo mais elevado".[56]

---

51 *Idem*, p. 238.

52 LOSANO destaca os pontos fundamentais na Teoria Pura do Direito de KELSEN: (a) todas as ciências visam construir uma unidade própria do objeto; (b) na ciência do direito, o objeto é o dever ser; (c) a norma fundamental da unidade do direito; (d) a validade do sistema jurídico depende de norma fundamental; (e) o direito interno e internacional se equivalem (Ob. e vol. cits., pp. 50/53). HERMES LIMA, na **Introdução à Ciência do Direito**, FREITAS BASTOS, 1ª ed., pp. 234/256, ensina: (1) A Teoria Pura do direito não considera no conceito de direito Positivo qualquer elemento estranho ao direito. (2) Importante é saber o que é e como é o direito e não como deve ser ou como elaborá-lo. (3) Embora considere importantes as condições sociológicas e ético-políticas, elas não devem ser objeto da Ciência Jurídica. (4) Direito é norma e norma nada mais do que isso. (5) Norma jurídica é "juízo hipotético", inclui-se na categoria do ver – ser e não ser. (6) A Ciência do Direito é normativa, sem que se precise valorizar as normas que valem não por seu conteúdo, mas porque forma ditadas pela autoridade competente. (7) O direito concretiza-se num "sistema gradual de normas", que formam a "ordem coativa exterior", que tem "unidade" através de "norma fundamental": pressuposto necessário. (8) O direito é a "organização do poder" (ob. cit., p. 237).

53 A "pirâmide de KELSEN" está escalonada da forma seguinte: normas constitucionais (no topo); normas infraconstitucionais (tratados internacionais ainda não incorporados à Constituição Federal); normas legais (leis ordinárias e leis delegadas); normas infralegais (decretos legislativos e executivos); normas regulamentares (resoluções, portarias etc. de órgãos com competência para sua edição); decisões judiciais e normas voluntárias (negócios jurídicos).

54 Digo "reitera" porque, ao longo do seu precioso trabalho, deixou isso patente em várias passagens.

55 **Teoria Pura do Direito**, Martins Fontes, p. 246/7.

56 *Idem*, p. 247. Conforme, aliás, dispõe a nossa Constituição (art. 59).

LUÍS ROBERTO BARROSO, ao aludir à "eficácia e efetividade dos direitos constitucionais",[57] reconhece que: "a Constituição é o primeiro documento da vida do Estado (...), hierarquicamente, é um documento dotado de superlegalidade, de superioridade jurídica em relação às demais normas."[58]

PAULO BONAVIDES assegura: "A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da 'superlegalidade' constitucional, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania".[59]

DANIEL SARMENTO e CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, ao dissertarem sobre a "supremacia constitucional", ensinam que "as leis só são válidas se estão de acordo com a Constituição",[60] acrescentando: "são dois os principais fundamentos invocados para afirmação da supremacia da Constituição. Um é substantivo e se liga ao conteúdo da Constituição; o outro é genético, dizendo respeito à sua origem".[61]

NORBERTO BOBBIO, calcado em KELSEN, explica: "As normas de um ordenamento não estão todas num mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As normas inferiores dependem das superiores (...) em virtude da presença de um ordenamento jurídico de normas superiores e inferiores, este apresenta uma estrutura hierárquica."[62]

Ao refletir sobre os *limites materiais* (ou de conteúdo) *e formais* (ou genéticos), NORBERTO BOBBIO esclarece que, "à medida que se percorre de alto a baixo a pirâmide, o poder normativo é sempre mais restrito (...)[,] os limites com os quais o poder superior restringe e regula o poder inferior são de dois tipos: (a) relativos ao conteúdo; (b) relativos à forma".[63]

Na sequência, sublinha que "os limites de conteúdo podem ser positivos ou negativos"[64]: aqueles, impõem ao legislador a elaboração de normas sobre específica matéria ("mandamento de mandar"); estes, vedam a elaboração de normas em determinadas situações ("proibição de mandar"), dando os seguintes marcantes exemplos: "quando a Constituição estabelece que o Estado deve prover a instrução até certa idade, atribui ao legislador ordinário um limite positivo; quando, ao contrário, atribui certos direitos de liberdade, estabelece um limite negativo, isto é, proíbe a edição de leis que reduzam ou eliminem aquela esfera de liberdade".[65]

Portanto, quando a Constituição Federal impõe limites ao Poder Legislativo, sejam limites

---

57 "Eficácia e efetividade do direito à liberdade", *in* **Temas de Direito Constitucional**, Renovar, 1ª ed., p. 79.

58 Ob. cit., p. 79.

59 **Curso de Direito Constitucional**, Malheiros, 17ª ed., p. 296.

60 **Direito Constitucional**, Ed. Forum, 2ª ed., 1ª reimpressão, p. 23.

61 Ob. cit., p. 25.

62 **Teoria do Ordenamento Jurídico**, Edipro, 2ª ed., 1ª Reimpressão, 2016, p. 59.

63 Ob. cit., p. 62.

64 *Idem*, p. 63.

65 *Loc. cit.*

materiais ou de conteúdo, sejam limites formais ou genéticos, sejam positivos, quando ordenam, sejam negativos, quando proíbem, a norma, que ultrapassar os limites, será expulsa do sistema,[66] por ser "nula, inaplicável, sem validade, inconsistente com a ordem estabelecida".[67]

À luz dessa doutrina infensa a contestações, passo a examinar a constitucionalidade do art. 136-A da LSA.

D - O art. 136-A da LSA sob a ótica do juspositivismo

Ao disciplinar o processo legislativo, a Constituição Federal fixou um limite material negativo à atuação do Congresso Nacional, ao proibi-lo de deliberar proposta de emenda à Constituição (e, é evidente, a toda e qualquer lei) tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV).

Entre esses direitos e garantias, destaca-se, por sua especial importância nos países democráticos, o do livre, pleno e irrestrito acesso do indivíduo ao Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, da CF).

Destarte, a Constituição Federal, ao fixar um limite negativo à atuação do Poder Legislativo, vedou a edição de norma jurídica capaz de impedir o exercício do princípio da universalidade da jurisdição pelo acionista, e, ao fazê-lo, deixou patente que a norma ordinária, portanto norma inferior, que exceder os limites materiais fixados pela norma superior, será eliminada, banida, abolida do sistema, por haver regulado a matéria de maneira diversa à prescrita.

Pelo que se leva dito, a norma do art. 136-A da LSA infringe a norma do art. 5º, XXXV, cláusula pétrea por força do art. 60, § 4º, da CF, e, em consequência, deve ser reputada nula, sem validade, inconsistente com a ordem estabelecida na Carta Magna.

IV - O ART. 136-A À LUZ DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A - Princípios gerais do direito e princípios infraconstitucionais

(a) Princípios gerais do direito

---

66 "Na passagem da norma constitucional para aquela ordinária, são frequentes e evidentes tanto os limites materiais quanto os limites formais. Quando a lei constitucional atribui aos cidadãos, digamos, o direito à liberdade religiosa, limita o conteúdo normativo do legislador ordinário, isto é, proíbe-o de editar normas que tenham por conteúdo a restrição e a supressão da liberdade religiosa. Os limites de conteúdo podem ser, portanto, *positivos* ou *negativos*, segundo a constituição imponha ao legislador ordinário editar normas em uma determinada matéria (mandamento de mandar), ou então o proíba de editar normas numa determinada matéria (proibição de mandar, ou mandamento de permitir). Quando uma constituição estabelece que o Estado deve prover a instrução até certa idade, atribui ao legislador ordinário um limite positivo; quando, ao contrário, atribui certos direitos de liberdade, estabelece um limite negativo, isto, proíbe a edição de leis que reduzam ou eliminem aquela esfera de liberdade". (BOBBIO, ob. cit., p. 63).

67 PAULO BONAVIDES, ob. cit.

Os princípios gerais do direito são uma herança do jusnaturalismo; importantes, para o legislador, no momento de discussão e elaboração das leis; fundamentais, para o juiz, quando, na omissão do direito positivo, deles se socorre, para cumprir o preceito do art. 140 do CPC.

Indispensáveis em um ordenamento sistemático e tendo por finalidades inspirar a formação das disposições singulares e coordenar os vários institutos que compõem uma lei ou um código, os princípios gerais do direito são erigidos com base nas "construções teóricas dos sábios, no estudo filosófico dos juristas e da jurisprudência (...) nas circunstância históricas",[68] ou, como ensina Carlos Maximiliano, "são princípios superiores", que constituem "as diretivas ideais do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica".[69]

Fonte mediata ou supletiva ou subsidiária, aplicáveis nas hipóteses de lacunas da lei, os princípios gerais do direito, hoje previstos no art. 4º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil, já constavam do Projeto Felício dos Santos (art. 53), do Projeto Coelho Rodrigues (art. 38 do Título Preliminar) e do art. 7º da Introdução da Lei nº 3.071 de 01.01.1916 (Código Civil), *verbis*: "Aplicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais do direito".

(b) Princípios infraconstitucionais

Os princípios infraconstitucionais são fonte direta e imediata e estão previstos, expressa ou implicitamente, em normas dos vários ramos do direito, *v.g.*, no Código Civil: (princípio do direito do cidadão (princípio da personalidade), art. 11; princípio da eticidade, art. 113; princípio da boa-fé objetiva, arts. 187, 113 e 422; princípio da liberdade contratual, art. 421; princípio da função social do contrato, art. 421; princípio da autonomia da vontade, art. 421; princípio da socialidade, art. 1.228, § 1º ao 3º; princípio da operalidade, art. 1228, § 4º e 5º), no Código de Processo Civil: (princípio do impulso processual, art. 2º; princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, art. 3º; princípio da boa-fé, art. 5º; princípio da cooperação, art. 6º; princípio do contraditório, arts. 7º, 9º e 10º; princípio da publicidade, art. 11; princípio da isonomia, art. 139, I; princípio da livre convicção, art. 371, e princípio do duplo grau de jurisdição, art. 496, I e II).

B - Princípios constitucionais

A teoria dos princípios constitucionais é o tema do momento aqui e alhures: ela, supostamente, é capaz de solucionar a maioria dos problemas difíceis, tanto os problemas teóricos, quanto os práticos.

O neoconstitucionalismo é assunto de que todos cuidam no país e no exterior: hoje, o Direito Civil, o Direito Comercial, o Direito Penal, o Direito Processual Civil e Penal, etc., devem ser interpretados à luz da Constituição ou consoante a chamada "nova hermenêutica constitucional", que gerou o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, Penal, Comercial, Processual Civil, etc.

---

68 EDUARDO ESPÍNOLA, ob. e vol. cit., p. 146.

69 **Hermenêutica e aplicação do direito**, FREITAS BASTOS, 1957, p. 366.

Os princípios constitucionais são o "coração das constituições" (PAULO BONAVIDES); a constituição, o centro do sistema jurídico.

Se, na "pirâmide" de HANS KELSEN, a constituição está no topo, no ápice; no neoconstitucionalismo, ela ocupa o centro do sistema jurídico, "imantando-o" (JOSÉ AFONSO DA SILVA).

Atualmente, "a concepção sistemática é a ideia – força de nosso tempo... a retomada de um sonho frustrado desde o século XIX, de que foi exemplo e modelo a filosofia de AUGUSTE CONTE: o de unidade da ciência, agora investigada e perquirida por novas vias (...)[,] 'teoria geral dos sistemas é uma dessa vias'",[70] porquanto, "apenas o sistema garante o conhecimento, garante cultura. Apenas no sistema é possível verdadeiro conhecimento, verdadeiro saber"[71] e, por isso, "a ciência do direito ou é sistemático ou não existe".[72]

O sistema jurídico,[73] por ser um conjunto ordenado e unitário, aberto e dinâmico, coerente e harmônico, de princípios[74] e regras,[75] orientados por valores, não admite – embora possam existir

70 PAULO BONAVIDES, ob. cit., p. 107.

71 CLAUS WILHELM CANARIS, **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, 2ª Edição, p. 5.

72 *Apud* CANARIS, *loc. cit.*

73 **O sistema é composto de normas jurídicas de que são espécies, os princípios e a regras, orientados por valores.**

74 Princípios têm alto grau de generalidade e abstração: "são as verdades primeiras", "premissas de todo sistema", que se desenvolvem "*more* geométrico", exprimem uma verdade universal" (PAULO BONAVIDES, *loc. cit.*); "são mandados de otimização" (ALEXY); "Os princípios representam as traves-mestras do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que radicam" (DANIEL SARMENTO, **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**, Lumen Juris, 2000, p. 42); "possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam"; "passam por um processo de concretização sucessiva até adquirirem um grau de densidade das regras" (*loc. cit.*, p. 42). "os princípios não são jamais incompatíveis entre si: são sempre concorrentes, ao contrário do que se dá com as regras jurídicas" (ob. cit., p. 47); "embora preteridos", no caso concreto não desaparecem"; podem entrar em contradição entre si e sofrer limitações/exceções: ex.: quanto à forma de contratar a compra e venda de bem imóvel (escritura pública) e da autonomia da vontade negocial: incapazes, consumidores, "testamentos". Os princípios (1) não valem sem exceção; (2º) podem entrar em oposição ou em contradição entre si; (3º) não têm a pretensão de exclusividade; enfim, (4º) não são absolutos, pois todos admitem exceções e limitações; (5º) necessitam, para sua realização, de uma concretização através de subprincípios e valores singulares". Ex. princípio da liberdade de contratar limitado pela forma dos contratos translativos do domínio ou princípio da autonomia negocial limitado por princípios do direito do trabalho, do direito das coisas, do direito das obrigações (procuração por instrumento público). Os princípios se situam entre regra e valor. Ex.: excedem os valores em termos de concretização, embora não atinjam o grau de intensidade das regras, pois estas são precisas para aplicação às hipóteses de incidência.

75 Só nos interessam aqui os princípios, em especial os princípios constitucionais. Não obstante, cumpre, enumerar, as distinções básicas entre princípios e regras. Segundo o "critério quantitativo", os princípios são mais genéricos, imprecisos, abstratos, dos que as regras, por isso admitem discricionariedade do juiz quando chamado a decidir uma demanda em que se depara com uma "colisão de princípios". Consoante o "critério qualitativo ou estrutural", a "colisão de princípios" se resolve em sua "dimensão de peso ou importância ou valor", mediante o método da ponderação e o princípio da proporcionalidade ou racionalidade em função do

e existam – que eventuais colisões de princípios ou conflitos de regras quebrem uma de suas principais características, quiçá a mais importante, a unidade.

Quando ocasionalmente venham a ocorrer, a doutrina e a jurisprudência têm meios eficazes para solucioná-los.

A colisão de princípios, na corrente de RONALD DWORKIN, aperfeiçoada por ROBERT ALEXY,[76] quando da mesma categoria ou grau hierárquico, se resolve através da ponderação de princípios, segundo sua dimensão axiológica ou de importância e de acordo com o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade em função do caso concreto.

A colisão de princípios, quando de patamares diferentes, *v.g.* princípio constitucional *versus* princípio infraconstitucional, se resolve com base no critério hierárquico: o princípio superior prevalece sobre o princípio inferior, isto é, prevalece sempre o princípio constitucional, por força da supremacia, da superioridade da Constituição.[77]

(a) A teoria dos princípios é hoje o coração das constituições

caso concreto; "no conflito de regras", adota-se o "processo lógico-formal de subsunção", a validade ou não é aferida conforme o método "tudo ou nada", ou "vale e vige", ou "não vale e é nula".

76 Em trabalho pioneiro, RONALD DWORKIN, informa que vai "lançar um ataque geral contra o positivismo" e usará "a versão H. L. A. HART como alvo", porquanto, argumenta, os juristas, quando examinam questões envolvendo "direitos e obrigações", em especial nos "casos difíceis", "recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas ou outros tipos de padrões". A partir daí, DWORKIN desenvolve suas promissoras ideias e sustenta que as normas jurídicas se subdividem em regras e princípios, ensinando PAULO BONAVIDES que as "insuficiências e imperfeições" da concepção (de DWORKIN) sobre os princípios e sua efetividade ou normatividade foram apontados, discutidos e corrigidos por ROBERT ALEXY, "ao fazer o necessário e indeclinável enriquecimento dos conteúdos materiais dos princípios cujo raio de abrangência se alargou, com maior rigor científico".

77 É o que se lê nas obras de eminentes constitucionalistas: "Se levarmos em conta que existem princípios constitucionais e princípios infraconstitucionais, não há grande dificuldade em perceber que aqueles são hierarquicamente superiores a estes. Pode-se mesmo dizer que os princípios constitucionais são o fundamento de validade dos princípios infraconstitucionais. Assim, por exemplo, o princípio da identidade física do juiz, inserto no art. 132 do CPC, buscaria fundamento de validade no princípio constitucional do juiz natural, disposto no art. 5º, LIII, da CF/88". (GEORGE MARMELSTEIN LIMA, **A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionai***s*, 2002, jus.com.br. https://jus.com.br/artigos/2625/a-hierarquia-entre-principios-e-a-colisao-de-normas-constitucionais; (b) "Por fim, devido a essa supremacia, nenhuma norma infraconstitucional irá subsistir validamente se for incompatível com a Constituição, ou seja, a Constituição é a norma que está acima de todas as outras, donde estas retiram sua validade formal e material sob pena de inconstitucionalidade e consequente expurgo do ordenamento jurídico" (MÁRCIO GIL TOSTES SANTOS, **Ponderação de interesses entre princípios processuais constitucionais**, 2006, 2003, Dissertação (Mestrado em direito) Universidade Vale do Rio Verde, 2006; (c) "Se houver conflito entre norma constitucional e norma infraconstitucional deve prevalecer a norma inscrita na Constituição." (RAMON ALONSO, **Conflito entre princípios processuais e sua incidência no Novo Código de Processo Civil**, Universitas, 2016, nº 16, fls. 107); (d) "Conflito (em sentido estrito) entre um princípio constitucional e um princípio infraconstitucional; O caso é resolvido de forma relativamente óbvia: aplica-se o critério hierárquico e invalida-se por completo a norma infraconstitucional" (THOMAS BUSTAMANTE, "Princípios, regras e conflitos normativo: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*, Direito, Estado e sociedade", 2010, n. 37, fls. 152/180. http://direitoestadossociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo7%20Thomas.pdf.

Sob o título "A pré-histórica constitucional brasileira",[78] LUÍS ROBERTO BARROSO anota que, da nossa independência até 1988, "a experiência política e constitucional do Brasil (...) é a melancólica história do desencontro de um país com a sua gente e com o seu destino",[79] ressaltando: "falta de efetividade das sucessivas constituições brasileiras (...)[,] decorrência do não reconhecimento da força normativa dos seus textos e da falta de vontade política de lhes dar aplicabilidade direta e imediata".[80]

A Constituição de 88, doutrina o eminente Ministro do STF, foi redigida e promulgada em consonância com "fórmulas originais de realização da vontade da Constituição".[81]

Não obstante a preservação dos elementos clássicos de hermenêutica jurídica, que mantém seu "relevante papel na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos",[82] surgiu uma "nova interpretação constitucional".

Ao estender-se sobre os "valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional",[83] o eminente Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ garante que os princípios constitucionais são o "centro do sistema", após "conquistarem o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam, uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata".[84]

Esse é o pensamento dominante, sintetizado na lição do eminente PAULO BONAVIDES, quando afirma, peremptoriamente, que, reconhecida a efetividade dos princípios, eles são hoje considerados "fonte primária da normatividade, pedra de toque ou critério em que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão mais elevada".[85]

E, também, de eméritos constitucionalistas estrangeiros, ao reconhecerem: "a imperatividade efetiva e a aplicabilidade das normas constitucionais" (CRISAFULLI); que "os princípios dizem o que deve ser e o que é permitido" (PECZENIK); que "o princípio exige que tanto a lei como o ato administrativo lhe respeitem os limites e que além do mais tenham o seu mesmo conteúdo, sigam a mesma direção, realizem o seu mesmo espírito" (GORDILLO)[86].

Com apoio em GORDILLO, PAULO BONAVIDES observa: "os princípios são a fonte material básica e primária com ascendência hierárquica sobre a lei e o costume, com a virtualidade para matizá-los, com força para gerá-los, com potencialidade para invalidá-los (...)[,] acabam por se

78 **Temas de Direito Constitucional**, Renovar, 2005, tomo III.

79 Ob. e tomo cits., p. 4.

80 *Loc. cit.*

81 Ob. e tomo cits., p. 5.

82 *Loc. cit.*

83 Ob. e tomo cits., p. 13.

84 *Loc. cit.*

85 Ob. cit., p. 283.

86 *Apud*, PAULO BONAVIDES, ob. cit., pp 286/8.

converterem, sem sombra de dúvida, numa 'super fonte', porquanto podem ser fonte das mesmas fontes",[87] para encerrar e concluir: "A teoria dos princípios é hoje o coração das constituições".[88]

(b) A inconstitucionalidade do art. 136-A da LSA

Com a normatização das disposições constitucionais, os princípios passaram a ter plena eficácia e coercitividade, supremacia ou superioridade hierárquica, predominando sobre os princípios infraconstitucionais.

No neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, a constituição reina soberana no centro do sistema jurídico e todas as normas (princípios e regras) só valem e produzem efeitos se aplicadas conforme a Constituição.

No embate entre o princípio constitucional da universalidade da jurisdição do art. 5º, XXXV, e o princípio infraconstitucional da maioria acionária do art. 136-A da LSA predomina o princípio constitucional por sua supremacia ou superioridade hierárquica.

87 *Idem*, p. 288.

88 *Idem*, p. 281.

SUMÁRIO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.101.926 – RJ

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL TÃO SOMENTE PARA EXCLUSÃO DA MULTA DO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/15. INSURGÊNCIA DA AUTORA.

1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento em julgamento de recurso repetitivo no sentido de que "Nos contratos de mútuo e financiamento, o devedor não possui interesse de agir para a ação de prestação de contas."(REsp nº 1.293.558/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, julgado em 11/03/2015, DJe 25/03/2015 - Tema 528).

2. A alteração da conclusão a que chegou a Corte de origem acerca da natureza da relação estabelecida entre as partes, de modo a acolher a tese da recorrente, demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, bem assim da interpretação de cláusulas contratuais, o que é vedado em sede de recurso especial, ante os óbices das Súmulas nº 5 e nº 7 do STJ.

3. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.101.926 – RJ em que acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros LUIS FELIPE SALOMÃO, RAUL ARAÚJO, MARIA ISABEL GALLOTTI e ANTONIO CARLOS FERREIRA (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2018. (Data do Julgamento)

MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA
Presidente

MINISTRO MARCO BUZZI
Relator

RELATÓRIO

O EXMO SR. MINISTRO MARCO BUZZI: Cuida-se de agravo interno, interposto por Vanessa Maira Gomes Fidelis, em face de decisão monocrática deste signatário (f. 191-193, e-STJ), que conheceu do agravo (artigo 1.042 do CPC/2015) manejado pela ora insurgente para dar provimento ao recurso especial, tão somente com o fim de excluir a multa imposta em sede de embargos de declaração.

O apelo extremo, fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, a seu turno, desafia acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sede de agravo interno, assim ementado (f. 77, e-STJ):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXIGIR CONTAS. CONTRATO DE CRÉDITO VINCULADOS A CONTA- CORRENTE.

Decisão monocrática deu provimento a recurso do Réu e reformou a sentença para julgar extinto o processo, ante a falta de interesse de agir na Ação de exigir contas por ser hipótese de crédito vinculado à conta corrente.

RECURSO DE AGRAVO INTERNO.

(Artigo 1.021 do Código de Processo Civil).

A Recorrente busca a restauração da sentença de procedência, mas incontroversa é sua falta de interesse de agir, uma vez que inadequada a via eleita, visto que na relação estabelecida com o banco não há a entrega de valores ou bens para serem administrados, mas apenas a utilização de limite de cheque especial.

Decisum prolatado na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sendo que os precedentes suscitados pela Recorrente não se amoldam ao caso.

DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Em suas razões de recurso especial (f. 91/115, e-STJ), a parte recorrente aponta violação dos arts. 668 do Código Civil; 550 e 1.026, § 2º, do CPC/2015 (correspondentes, respectivamente, aos arts. 917 e 538, parágrafo único, do CPC/73).

Sustenta, em síntese, haver legítimo interesse de agir do titular da conta corrente na prestação de contas pela instituição financeira acerca das operações sucessivas de lançamentos de créditos e débitos em conta corrente, devidamente discriminados, referente ao período delimitado na exordial, para apuração de eventual saldo. Defendeu o afastamento da multa, afirmando que os embargos de declaração foram opostos com a finalidade de prequestionamento.

Sem contrarrazões.

Inadmitido o apelo nobre na origem (f. 177/178, e-STJ), houve a interposição de agravo (artigo 1.042 do CPC/2015), ascendendo os autos a esta Corte.

Em decisão monocrática (f. 191/193, e-STJ), conheceu-se do agravo, para dar provimento ao recurso especial, tão somente com o fim de excluir a multa imposta em sede de embargos de declaração, mantendo-se o acórdão recorrido quanto ao mais, eis que proferido em conformidade com o entendimento desta Corte Superior, quanto à tese de que "Nos contratos de mútuo e financiamento, o devedor não possui interesse de agir para a ação de prestação de contas."(REsp nº 1.293.558/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, julgado em 11/03/2015, DJe 25/03/2015).

Nas razões de agravo interno (f. 197/213, e-STJ), a insurgente afirma ser legítimo o interesse de agir na ação de prestação de contas acerca dos lançamentos duvidosos efetuados pela Casa Bancária em conta corrente de sua titularidade, sustentando ser inaplicável a tese fixada no Recurso Especial nº 1.293.558/PR (Tema 528) à hipótese dos autos, por se tratar de contrato de adesão de cartão de crédito e não, de contrato de mútuo e de financiamento.

Impugnação apresentada a f. 308/309, e-STJ.

É o relatório.

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL TÃO SOMENTE PARA EXCLUSÃO DA MULTA DO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/15. INSURGÊNCIA DA AUTORA.

1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento em julgamento de recurso repetitivo no sentido de que "Nos contratos de mútuo e financiamento, o devedor não possui interesse de agir para a ação de prestação de contas."(REsp nº

1.293.558/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, julgado em 11/03/2015, DJe 25/03/2015 - Tema 528).

2. A alteração da conclusão a que chegou a Corte de origem acerca da natureza da relação estabelecida entre as partes, de modo a acolher a tese da recorrente, demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, bem assim da interpretação de cláusulas contratuais, o que é vedado em sede de recurso especial, ante os óbices das Súmulas nº 5 e nº 7 do STJ.

3. Agravo interno desprovido.

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator): O agravo interno não merece acolhida, porquanto os argumentos tecidos pela insurgente são incapazes de infirmar a decisão impugnada, a qual deve ser mantida, por seus próprios fundamentos.

1. Consoante ressaltado na decisão agravada, cuida-se de ação de exigir contas ajuizada por Vanessa Maira Gomes Fidelis contra Itaú Unibanco S.A, cujo pedido foi julgado procedente, em primeira fase, para condenar o réu a prestar as contas na forma adequada.

Interposto agravo de instrumento pela Casa bancária, essa decisão foi integralmente reformada, mediante pronunciamento monocrático do Relator, que julgou extinto o processo, ante o reconhecimento da falta de interesse de agir da autora/recorrente.

Os embargos de declaração opostos pela autora foram rejeitados com a imposição de multa, com base no artigo 1.026, § 2º, do CPC/2015.

Irresignada, a autora, ora agravante, interpôs agravo regimental, no julgamento do qual o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso, mantendo a decisão singular.

No apelo extremo, a insurgente afirmou haver legítimo interesse de agir como titular da conta corrente à prestação de contas pela instituição financeira acerca das operações sucessivas de lançamentos de créditos e débitos em conta-corrente devidamente discriminados, referente ao período delimitado na exordial, para apuração de eventual saldo.

O recurso foi inadmitido, subindo os autos por força de agravo (artigo 1.042 do CPC/2015).

Em decisão monocrática (f. 191/193, e-STJ), conheci do agravo, para dar provimento ao recurso especial, tão somente com o fim de excluir a multa imposta em sede de embargos de declaração, mantendo o acórdão recorrido quanto ao mais, eis que proferido em conformidade com o entendimento desta Corte Superior, nos seguintes termos:

A matéria veiculada no recurso em análise já teve o seu exame aferido por esta Corte Superior no bojo do REsp nº 1.293.558/RJ, representativo de controvérsia, no qual julgada a questão acerca da "existência de interesse de agir do consumidor para propor ação de prestação de contas, a fim de obter esclarecimentos a respeito da evolução do débito, assim também no tocante a certificação quanto à correção dos valores lançados e também apuração de eventual crédito a seu favor" (Tema 528) e firmada a tese de que "Nos contratos de mútuo e financiamento, o devedor não possui interesse de agir para a ação de prestação de contas."

Confira-se, a propósito, a ementa do referido julgado:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTRO-

VÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONTRATOS DE MÚTUO E FINANCIAMENTO. INTERESSE DE AGIR. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: "Nos contratos de mútuo e financiamento, o devedor não possui interesse de agir para a ação de prestação de contas." 2. No caso concreto, recurso especial não provido.

(REsp 1.293.558/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, julgado em 11/03/2015, DJe 25/03/2015).

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. PRIMEIRA FASE. CONTRATOS BANCÁRIOS. FINANCIAMENTO. EMPRÉSTIMO. CRÉDITO ROTATIVO. CONTA GARANTIDA. CARTÃO DE CRÉDITO. CARÊNCIA DE AÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE.

1. Nos contratos de mútuo e financiamento, o devedor não possui interesse de agir para a ação de prestação de contas. Precedentes.

2. Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no AREsp 601.939/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 06/09/2016, DJe 15/09/2016).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONTRATO DE MÚTUO BANCÁRIO. INTERESSE DE AGIR. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. (...)

2. A Segunda Seção, no julgamento do Resp nº 1.293.558/PR, submetido ao rito dos recursos repetitivos, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 25/03/2015, confirmou o entendimento de que nos contratos de mútuo e financiamento, o devedor não possui interesse de agir para a ação de prestação de contas.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1.488.091/PR, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 16/06/2016, DJe 23/06/2016).

Verifica-se, assim, que o acórdão recorrido encontra-se em consonância com o entendimento desta Corte Superior, razão pela qual impõe-se o desprovimento do reclamo.

Irresignada, a insurgente agrava da decisão, sustentando ser inaplicável a tese fixada no Recurso Especial nº 1.293.558/PR (Tema 528) à hipótese dos autos, por se tratar de contrato de adesão de cartão de crédito e não, de contrato de mútuo e de financiamento.

2. Da análise detida dos autos, verifica-se, contudo, que o Tribunal de origem, soberano na análise dos fatos e provas dos autos, ao solucionar a lide, reconheceu inexistente o interesse de agir da autora, haja vista tratar-se a hipótese de contratação de empréstimo de crédito vinculados à conta-corrente - cheque especial, para a qual o procedimento especial de prestação de contas não é o meio processual adequado para a pretensão almejada. Confira-se, a propósito, trecho do acórdão nesse sentido (f. 81-88, e-STJ):

(...)

Verifica-se que a Autora questiona contratos de empréstimo de crédito vinculados à conta corrente.

Data vênia, incontroversa é a falta de interesse de agir, pois inadequada a pretensão ajuizada.

(...)

Autora opôs Aclaratórios com alegação

de omissão, contradição e obscuridade, recurso que foi assim apreciado:

"Com base em entendimento do Superior Tribunal de Justiça, foi reformada a decisão de prestação de contas porque a Autora questiona rubricas referentes a mútuo. (...)

Data vênia, além de não caracterizar o defeito processual invocado, o argumento está em desacordo com a inicial:

Cumpre-nos observarmos, preliminarmente, ainda que seja abstraída a questão da cobrança de juros remuneratórios capitalizados mensalmente, correção monetária, taxa administrativas, impostos sobre operações financeiras e outros encargos cobrados pelo réu, a hipótese dos autos revela a total ausência de informações sobre lançamentos de débitos indicativos das fontes e dos índices dos juros remuneratórios, encargos e impostos débitos na c/corrente do autor.

Indubitavelmente, cumpre à instituição financeira, explicitar, de forma minuciosa, a origem do que cobra e entende devido, sendo incontestável que não se mostra licita a cobrança de encargos a título genérico, desacompanhado demonstrativo idôneo e capaz de respaldar os valores por ela lançados nos extratos da c/corrente.

(...)

Data vênia, incontroversa é a inadequação da via eleita para a pretensão ajuizada, uma vez que ela "pressupõe uma relação da qual resulte a guarda ou administração de bens, interesses ou negócios de outrem, não se prestando para a cobrança de crédito supostamente existente"[2], o que não é o caso dos autos, que versa sobre a mera contratação e utilização de limite de cheque especial pela Agravante, não havendo a entrega de recursos para a administração pelo Agravado.

E, nesse sentido, jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, explicita que não é possível a prestação de contas de forma mercantil quando não há a entrega de recursos financeiros, como é o caso dos autos, mas a utilização de limite de crédito:

(...)

E, data vênia, tratando-se de hipótese de supostas irregularidades na evolução do saldo devedor em decorrência da utilização de limite de crédito, outro não é o entendimento desta Corte de Justiça:

"APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONTA CORRENTE. DISCUSSÃO QUE PERPASSA POR PAGAMENTO DE EMPRÉSTIMOS E DE JUROS DE CHEQUE ESPECIAL IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO sob o fundamento de pedido genérico, sem especificação do período que pretende as contas. Recurso da parte autora. Controvérsia que tem melhor solução com a extinção do feito sem resolução do mérito, por manifesta falta de interesse de agir para pedir prestação de contas na forma mercantil, seja pelo motivo apontado na sentença *a quo* (pedido genérico), seja porque a questão envolve pagamento de empréstimos, juros de cheque especial, em que o procedimento especial de prestação de contas não é o meio processual adequado para a pretensão almejada. Em relação à discussão de pagamento de empréstimos, juros de cheque especial, por exemplo, não há obrigação da instituição financeira ré em prestar contas, posto que a relação estabelecida com a parte não é de administração ou gestão de bens alheios. Nessa esteira, em quaisquer das hipóteses que se aprecie o pedido autoral, não se tem como conceder guarida à autora apelante, por manifesta falta de interesse de agir, devendo o feito ser julgado extinto sem apreciação do mérito. Precedentes do STJ e desta Corte. Recurso a que se nega provimento. (0014855-09.2015.8.19.0210 - APELACÃO - DES. WILSON DO NASCIMENTO REIS - Julgamento: 18/05/2016 - Vigésima Quarta Câmara Cível Consumidor)

Dessa forma, em se tratando de discussão que envolve contratação de empréstimo de crédito vinculados à conta-corrente - cheque especial, inafastável a aplicação do entendimento firmado por esta Corte no julgamento do Recurso Especial sob o rito dos repetitivos, em que firmada a tese no sentido de que "Nos contratos de mútuo e financiamento, o devedor não possui interesse de agir para a ação de prestação de contas."

Confira-se, a propósito, a ementa do referido julgado:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONTRATOS DE MÚTUO E FINANCIAMENTO. INTERESSE DE AGIR. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: "Nos contratos de mútuo e financiamento, o devedor não possui interesse de agir para a ação de prestação de contas." 2. No caso concreto, recurso especial não provido.

(REsp 1.293.558/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, julgado em 11/03/2015, DJe 25/03/2015)

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. PRIMEIRA FASE. CONTRATOS BANCÁRIOS. FINANCIAMENTO. EMPRÉSTIMO. CRÉDITO ROTATIVO. CONTA GARANTIDA. CARTÃO DE CRÉDITO. CARÊNCIA DE AÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE.

1. Nos contratos de mútuo e financiamento, o devedor não possui interesse de agir para a ação de prestação de contas. Precedentes.

2. Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no AREsp 601.939/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 06/09/2016, DJe 15/09/2016).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONTRATO DE MÚTUO BANCÁRIO. INTERESSE DE AGIR. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. (...)

2. A Segunda Seção, no julgamento do Resp nº 1.293.558/PR, submetido ao rito dos recursos repetitivos, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 25/03/2015, confirmou o entendimento de que nos contratos de mútuo e financiamento, o devedor não possui interesse de agir para a ação de prestação de contas.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1.488.091/PR, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 16/06/2016, DJe 23/06/2016).

Revela-se, portanto, insubsistente a alegação da agravante.

Ademais, para derruir as conclusões do Tribunal a quo acerca da natureza da relação estabelecida entre as partes, somente seria possível mediante o reexame de fatos e provas dos autos, bem assim da interpretação de cláusulas contratuais, o que é vedado nesta instância especial, ante os óbices das Súmulas nº 5 e nº 7 do STJ.

De rigor, portanto, a manutenção da decisão agravada.

3. Do exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.472.844 - RJ (2014/0194656-6)

DECISÃO

Trata-se de Recurso Especial nº 1.472.844-RJ (2014/0194656-6), interposto pelo Recorrente: Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, em 07/04/2014, sendo Recorrido Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

"Agravo Inominado previsto no art. 557 do C.P.C. Recurso Instrumental provido por R. Decisão Monocrática do Relator. Ação Civil Pública. Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro ajuizando demanda em face do Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro - DETRAN/RJ em virtude do mau funcionamento dos serviços prestados, precipuamente no que tange ao agendamento e atendimento das vistorias anuais de veículos. R. Julgado a quo antecipando os efeitos da tutela pretendida.

I - Teses recursal suscitando a ilegitimidade ativa da Autora, pois os serviços prestados aos Administrados, não se configuram como uma relação de consumo. Violação ao disposto no artigo 460 da Lei de Ritos Civis. Impossibilidade do atendimento da tutela jurisdicional.

Obrigação sujeita a condições e termos imprevisíveis. Invasão de competência privativa do Poder Executivo. Princípio da Reserva do Possível.

II - Relatoria abdicando, *in casu*, da posição adotada em anteriores V. Julgados, segundo a qual entende se tratar de manifesta relação de consumo em sonância com a vasta jurisprudência neste Colendo Sodalício, bem como dos Tribunais Superiores, haja vista o R. Julgado do Egrégio Órgão Especial considerando não haver relação de consumo entre o DETRAN/RJ e os usuários dos serviços prestados pela Autarquia.

III - Atribuições da Parte Autora previstas no Regimento Interno da Casa Legislativa, em seu artigo 26 § 19. Analise dos institutos aplicáveis às demandas com escopo de tutelar os interesses coletivos e difusos. Para demonstração da admissibilidade da propositura, torna-se indispensável à existência da legitimidade da Demandante para figurar no polo ativo. Pertinência temática. Ausência depois de afastada à existência de relação de consumo a ser tutelada entre os Administrados e a Autarquia Agravante. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, bem como deste Colendo Sodalício conforme transcritos na fundamentação.

IV - Verificada a ilegitimidade ativa na hipótese dos autos, impende à extinção do processo, sem exame do mérito, como preceituado pelo inciso VI do artigo 267 do Digesto Processual Civil. Manifesta procedência do Recurso que autoriza a aplicação do § 1°- A do art. 557 do C.P.C. Negado Provimento" (f. 139/140e).

Nas razões do Recurso Especial, aduz a parte recorrente ofensa aos arts. 525 do CPC/73, 2º, 3º, 4º, 6º, VIII, e X, 20, 22, 81, 82, 83, 84, 90, 94, 95, 944 do Código Civil, 95 a 100 do CDC, ao argumento de que: (a) "no acórdão não foi mencionado o porquê do desembargador ter admitido um Agravo de Instrumento sem uma das peças necessárias para sua admissibilidade, qual seja a decisão atacada, bem como sobre sua decisão monocrática de extinguir o processo, limitando-se a justificar sua posição adotada anteriormente na qual existia sim uma relação de consumo entre a recorrente e o DETRAN-RJ" (f. 153/154e); (b) "na presente situação, já está consagrado na jurisprudência o entendimento de que se trata de inadmissível o Agravo quando da falta da decisão que se pretende agravar, por ser peça obrigatória do referido recurso" (f. 179e).

Requer, ao final, o provimento do recurso.

O Recurso Especial foi admitido pela decisão de f. 237/238e.

A irresignação merece acolhimento.

Na origem, "trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro - DETRAN/RJ em face da Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, hostilizando R. Decisão a quo antecipando os efeitos da tutela pleiteada em sede de Ação Civil Pública, intentada em razão do mau funcionamento dos serviços prestados pela Recorrente, precipuamente no que tange ao agendamento e atendimento das vistorias anuais de veículos" (f. 60e).

O Tribunal de origem decidiu o Agravo monocraticamente, dando "provimento ao presente recurso, para acolher a ilegitimidade ativa ad causam e, per via consequentiae, julgar extinto o processo sem exame do mérito, com base no inciso VI do art. 267 do Estatuto Processual Civil, revogando-se a liminar anteriormente deferida em sede a quo" (f. 69e).

Interposto Agravo Regimental pela ora recorrente, foi-lhe negado provimento nos seguintes termos:

"O inconformismo demonstrado no Agravo de Instrumento é alusivo a R. Julgado a quo antecipando os efeitos da tutela pleiteada em sede de Ação Civil Pública proposta por conta do mau funcionamento dos serviços prestados pela Autarquia, ora Recorrida, principalmente no que tange ao agendamento e atendimento das vistorias anuais de veículos.

Ab initio, cabe enfatizar que conforme certificado pelo Departamento de Registro e Autuação da Egrégia 1ª Vice-Presidência deste Colendo Sodalício, compulsando todo o processado, não obstante relacionada a f. 18 do Agravo de Instrumento, a cópia da R. Decisão Vergastada não foi trasladada e, assim, *a priori*, consoante o inciso I do artigo 525 do Digesto Processual, tal deficiência de instrução, conduz ao não seguimento do Recurso, diante da sua manifesta inadmissibilidade.

Por outro lado, tal vício não impediu a compreensão do R. Julgado *a quo* e, assim, por amor ao debate e em respeito aos Litigantes, esta Relatoria passou a analisar o mérito do inconformismo deduzido pela Autarquia, precipuamente em razão do V. Aresto do Colendo Órgão Especial, expressamente consignando não se fazer presente relação de consumo entre o DETRAN/RJ e os usuários dos seus serviços.

Assim, consoante consulta ao Sistema de Informática deste E. Tribunal de Justiça, e, conforme cópia do mandado de intimação do R. *Decisum* ora Vergastado trasladado por cópia no Anexo 01 - documento 00001 deste Recurso Instrumental (f. 162/163 dos autos originários), verifica-se possuir o seguinte teor, *in litteris*:

(...)

Neste diapasão, insta afirmar que este Relator abdica, *in casu*, da posição adotada em anteriores V. Julgados deste Egrégio Órgão Fracionário, segundo a qual entende se tratar de manifesta relação de consumo em sonância com a vasta jurisprudência neste Colendo Sodalício, bem como dos Tribunais Superiores, haja vista o R. Julgado de f. 53/57, considerando não haver relação de consumo entre o DETRAN/RJ e os usuários dos serviços prestados pela Autarquia, res-

tando assim ementado, *in verbis*:

(...)

De fato, admitindo não se tratar de relação de consumo as hipóteses elencadas na peça vestibular, resta evidente a ilegitimidade ativa da Comissão de Defesa do Consumidor da ALERJ, em sonância com suas atribuições previstas no Regimento Interno da Casa Legislativa, em seu artigo 26, § 19, *in litteris*:

(...)

Impende consignar que, analisando os institutos aplicáveis às demandas com escopo de tutelar os interesses coletivos e difusos, depreende-se a manifesta ilegitimidade ativa da Parte Autora, repita-se, uma vez afastada a tese e existência de relação de consumo.

Isto porque, a Ação Civil Pública é instrumento típico de proteção jurisdicional dos interesses coletivos *lato sensu*, com a finalidade de tutelar o meio ambiente, o consumidor e a moralidade administrativa - direitos fundamentais da coletividade - consolidados na Lei Federal nº 7.347/85, na busca de resgatar os anseios mais legítimos da população.

Por outro lado, cediço que o direito de ação é um poder conferido ao cidadão pelo Estado Moderno, a viabilizar a apresentação das demandas perante os órgãos judicantes, haja vista o reservado exercício da Função Jurisdicional pelo Ente Estatal.

Destarte, o Princípio do Devido Processo Legal é o alicerce que sustenta o direito de ação através de sua força constitucional e dimensão processual, garantindo a todos o acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural, a paridade de armas processuais, a decisão judicial fundamentada e o direito aos recursos disponíveis.

Não obstante, estreme de dúvida a inércia da Jurisdição e o Estado somente irá movimentar o aparelho judiciário se preenchidas, previamente, as condições da ação.

Na hipótese em comento, para demonstração da admissibilidade da propositura, torna-se indispensável à existência da legitimidade da Parte Autora para figurar no polo ativo.

A defesa dos direitos difusos e coletivos deve ser realizada de modo pleno e eficaz, seja pela abrangência ou urgência, fazendo-se necessária a designação dos legitimados, que possuem a obrigação de agir para proteger ou reparar e, quando necessário, também, requerer a indenização àqueles que suportam os riscos e prejuízos da violação de tais bens jurídicos.

Desta forma, a legitimidade para a defesa dos interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) é concorrente e cada legitimado tem autonomia para atuar, sem a participação dos outros co-legitimados.

Noutro giro, alguns dos legitimados, especificamente as associações civis e os órgãos públicos, precisam demonstrar que possuem a condição de representatividade adequada, exigindo-se para as primeiras, sua pré-constituição há mais de um ano e, para os últimos, a denominada pela Jurisprudência 'pertinência temática'.

Vale ressaltar que o Eminente Professor HUGO NIGRO MAZZILLI, em sua obra 'A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo' 16ª edição, 2003, Editora Saraiva, página 260, enfatiza 'a pertinência temática é a adequação entre o objeto de ação e a finalidade institucional.' E, assim, a Recorrida não preencheu tal requisito.

Nesta linha de raciocínio, não se verifica a necessária pertinência temática para a propositura da presente Ação Civil Pública, depois de afastada a existência de relação de consumo a ser tutelada entre os Administrados e a Autarquia Agravante.

(...)

Em suma, no concernente aos Órgãos

Públicos, mesmo que não possuam personalidade jurídica, foram legitimados pelo art. 82, III do Código de Defesa do Consumidor para a defesa dos interesses transindividuais e, também eles, à semelhança das associações, somente podem ser representantes adequados para a defesa de interesses para os quais tem destinação específica e, essa pertinência não pode ser dispensada pelo Juiz, por ser exigência legal, sendo uma forma de associar a vocação do órgão com a representação satisfatória.

Destarte, verificada a ilegitimidade ativa na hipótese dos autos, impende à extinção do processo, sem exame do mérito, como preceituado pelo inciso VI do artigo 267 do CPC.

Destarte, fora a R. Decisão ora vergastada bem lançada e, em atenção às normas processuais aplicáveis à espécie, deu provimento ao Agravo de Instrumento interposto, vez que manifestamente procedente, consoante demonstrado em linhas anteriores" (f. 148e).

O Tribunal *a quo* assentou que, no ato da interposição do Agravo de Instrumento, de fato, "conforme certificado pelo Departamento de Registro e Autuação da Egrégia 1ª Vice-Presidência deste Colendo Sodalício, compulsando todo o processado, não obstante relacionada a f. 18 do Agravo de Instrumento, a cópia da R. Decisão Vergastada não foi trasladada". Contudo, entendeu não ser o caso de não conhecimento do recurso, sob o fundamento de que "tal vício não impediu a compreensão do R. Julgado a quo e, assim, por amor ao debate e em respeito aos Litigantes, esta Relatoria passou a analisar o mérito do inconformismo deduzido pela Autarquia".

Tal entendimento, todavia, encontra-se em dissonância com entendimento firmado pelo STJ, quanto à impossibilidade de conhecimento do Agravo de Instrumento quando ausente peça obrigatória para a sua formação, nos termos do art. 525 do CPC/73, inadmitido o suprimento dessa irregularidade em fase posterior.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados:

"TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INTEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA AFASTADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PEÇAS ESSENCIAIS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA DO STJ.

I - Não há a alegada violação do art. 535 do CPC/73, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da leitura do acórdão recorrido, que enfrentou e decidiu, motivadamente, a controvérsia posta em debate.

II - O Tribunal de origem ainda cuidou de refutar a existência da alegada omissão, conforme se extrai do trecho do voto do acórdão que apreciou os embargos (f. 307): 'Por fim, revela notar que a oposição de embargos de declaração em face da decisão de f. 173 a torna integrativa daquela proferida nos aclaratórios, sendo, por essa razão peça obrigatória que deveria ser apresentada na sua integralidade no momento da interposição do recurso de agravo de instrumento, sob pena de ocorrência da preclusão consumativa [...]'

III - Quanto à questão de fundo, a orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que a cópia da decisão agravada em sua íntegra é peça obrigatória à formação do agravo de instrumento, a teor do disposto no art. 525, *caput* e inciso I, do Código de Processo Civil, sendo inaplicável o princípio da instrumentalidade das formas. Nesse sentido: AgRg no AREsp 226.383/MS, Rel. Minis-

tro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 13/11/2012, DJe 11/12/2012; AgRg no Ag 1.314.359/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, julgado em 01/09/2011, DJe 15/09/2011.)

IV - Ademais, inviável nesta instância a análise da essencialidade da peça em questão por demandar revolvimento do conjunto fático dos autos, o que é vedado pelo teor da Súmula nº 7/STJ.

V - Agravo interno improvido" (STJ, AgInt no AREsp 962.689/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, DJe de 18/12/2017).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TERMO DE INVENTARIANÇA. PEÇA OBRIGATÓRIA. JUNTADA POSTERIOR. INADMISSÍVEL. ENTENDIMENTO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA Nº 83/STJ.

1. É dever da parte instruir o agravo de instrumento, do art. 525 do CPC/73, com todas as peças essenciais bem como aquelas que forem necessárias à compreensão da controvérsia, sob pena de não conhecimento do recurso.

2. O acórdão recorrido que adota a orientação firmada pela jurisprudência do STJ não merece reforma" (STJ, AgInt no AREsp 510.026/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe de 21/11/2016).

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO INTERNO NA ORIGEM CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PEÇA OBRIGATÓRIA PREVISTA NO ART. 525, I DO CPC. PROCURAÇÃO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA CADEIA DE SUBSTABELECIMENTOS. SÚMULA Nº 83 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. Recebo os embargos de declaração como agravo regimental, em nome dos princípios da economia e da celeridade processual e da fungibilidade recursal.

2. A cópia da procuração do agravante é peça obrigatória constante do rol descrito no art. 525, I do CPC, a qual deve ser apresentada no momento da propositura do agravo de instrumento previsto no art. 522 do CPC, acompanhada da cadeia de substabelecimentos. Precedentes.

3. Não merece reparos a decisão hostilizada, pois o acórdão recorrido julgou no mesmo sentido da jurisprudência desta Corte Superior. No caso concreto, as razões recursais encontram óbice na Súmula nº 83 do STJ, que determina a pronta rejeição dos recursos a ele dirigidos, quando o entendimento adotado pelo e. Tribunal de origem estiver em conformidade com a jurisprudência aqui sedimentada.

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental ao qual se nega provimento" (STJ, EDcl no AREsp 744.003/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe de 10/09/2015).

Destarte, aplica-se, ao caso, entendimento consolidado na Súmula nº 568/STJ, *in verbis*: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema".

Em face do exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, dou provimento ao Recurso Especial, para não conhecer do Agravo de Instrumento interposto na origem, ante a falta de peça de traslado obrigatório, nos termos do art. 525 do CPC/73.

Brasília (DF), 27 de abril de 2018.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.132.236 - RJ (2017/0165689-3)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA.

1. A teor do que dispõem o art. 1.021, § 1º, do CPC/2015 e a Súmula nº 182 do STJ, a parte deve infirmar, nas razões do agravo interno, todos os fundamentos da decisão atacada, sob pena de não ser conhecido o seu recurso.

2. Hipótese em que o recorrente não se desincumbiu do ônus de impugnar, de forma clara e objetiva, os motivos da decisão ora agravada.

3. Agravo interno não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.132.236 - RJ (2017/0165689-3) em que são Agravante: DIEM – Veículos Ltda – ME e Agravado: Município do Rio de Janeiro, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto -vista do Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, por unanimidade, não conhecer do agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (voto-vista) (por fundamento diverso), BENEDITO GONÇALVES, SÉRGIO KUKINA e REGINA HELENA COSTA (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de junho de 2018 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de agravo interno manejado por DIEM - VEÍCULOS LTDA. - ME para desafiar decisão da lavra da Presidência deste Tribunal, proferida a e-STJ f. 595/596, em que não conheceu do agravo em recurso especial, com fulcro no art. 21-E, V, do RISTJ, visto que a parte agravante deixou de impugnar especificamente os fundamentos da decisão agravada, notadamente a aplicabilidade da Súmula nº 7 do STJ.

No presente agravo interno, sustenta-se, a e-STJ f. 600/608, que, ao contrário do consignado, foram infirmados os fundamentos da decisão de inadmissibilidade do recurso especial.

Requer-se, assim, a reconsideração do *decisum* impugnado ou a submissão do feito ao Órgão colegiado.

Impugnação a e-STJ f. 612/617.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

A teor do disposto no art. 1.021, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015, bem assim da Súmula nº 182 do STJ, o agravante deve infirmar, nas razões do agravo interno, todos os fundamentos da decisão impugnada, sob pena de não ser conhecido o seu recurso.

Na hipótese dos autos, o *decisum* ora impugnado não conheceu do agravo interposto, com fulcro no art. 21-E, V, do RISTJ, visto que a agravante não se insurgiu contra os fun-

damentos do juízo de prelibação negativo do recurso especial, no caso, a incidência da Súmula nº 7 do STJ.

Da leitura das razões do agravo interno, observa-se que, mais uma vez, a parte deixou de impugnar os fundamentos do *decisum* agravado, sem contrapor, específica e concretamente, a decisão ora agravada.

No caso, limitou-se a alegar que infirmou os fundamentos da decisão de inadmissibilidade do recurso especial, sem, contudo, apontar eventual ataque específico a tais óbices processuais nas razões de agravo em recurso especial (e-STJ f.608):

Não há como se negar que a r. decisão agravada é absolutamente dissociada da realidade formal do processo.

Tanto o Recurso Especial quanto o Agravo interposto contra a r. decisão que lhes negou admissibilidade promoveram cotejo analítico à saciedade.

Nenhum deles pretende simples reexame de matéria fática.

A simples leitura dos referidos recursos afasta a fundamentação da r. decisão agravada.

A alegada violação ao §3º do artigo 85 do CPC se encontra explicitamente confrontada com o julgado da segunda instância do TJ/RJ.

Do mesmo modo a divergência jurisprudência alegada se encontra plenamente confrontada com o v. acórdão que ensejou a interposição do Recurso Especial.

Seja pelos acórdãos trazidos a cotejo, seja pelos informativos de jurisprudência do STJ igualmente confrontados com o v. acórdão que ensejou o a interposição do Recurso Especial.

Desse modo, forçosa é a incidência da Súmula nº 182 deste Tribunal.

Sobre o tema, cito os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 182/STJ E DO ART. 932, III, DO CPC/2015.

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

II - Razões de agravo interno que não impugnam especificamente os fundamentos da decisão agravada, o que, à luz do princípio da dialeticidade, constitui ônus do Agravante. Incidência da Súmula nº 182 do STJ e aplicação do art. 932, III, do CPC/2015.

III - Agravo interno não conhecido.

(AgInt no AREsp 884.901/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 27/05/2016)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. ART. 544, § 4º, I, DO CPC/73 (ATUAIS ARTS. 932, III, DO CPC/2015 E 253, PARÁGRAFO ÚNICO, I, DO RISTJ) E SÚMULA Nº 182/STJ, POR ANALOGIA. AGRAVO INTERNO. RECURSO QUE NÃO IMPUGNA, ESPECIFICAMENTE, OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA Nº 182/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO CONHECIDO.

I. Trata-se de Agravo interno, interposto em 19/04/2016, contra decisão monocrática, publicada em 14/04/2016, na vigência do CPC/2015.

II. No caso, o Recurso Especial não foi admitido, na origem, pela ausência de omissão no acórdão recorrido, pela incidência das Sú-

mulas nos nº 284 e nº 356/STF e nos 7 e 83/STJ, bem como porque ausente a demonstração da divergência jurisprudencial invocada. O Agravo em Recurso Especial interposto não impugnou todos os óbices, o que conduziu ao seu não conhecimento, nos termos do art. 544, § 4º, I, do CPC/73 (atuais arts. 932, III, do CPC/2015 e 253, parágrafo único, I, do RISTJ), cuja decisão ora é agravada regimentalmente.

III. No presente Agravo interno, a parte recorrente apresenta razões outras, deixando de impugnar, novamente, os fundamentos da decisão agravada.

IV. Interposto Agravo interno sem infirmar, especificamente, os fundamentos da decisão agravada e apresentando, ainda, outra fundamentação, dela dissociada, constitui óbice ao conhecimento do inconformismo a Súmula nº 182 desta Corte, em face do art. 1.021, § 1º, do CPC/2015.

V. Renovando-se, no Agravo interno, o vício que comprometia o conhecimento do Agravo em Recurso Especial, inarredável a edição de novo juízo negativo de admissibilidade.

VI. Agravo interno não conhecido.

(AgInt no AREsp 866.675/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016)

Por fim, no tocante à aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015,
não considero que o recurso manejado pelo agravante seja manifestamente inadmissível, motivo pelo qual, por ora, deixo de aplicar a multa processual correspondente.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do agravo interno.

É como voto.

VOTO-VISTA

(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO NA POSSE NÃO EFETIVADA. DECRETO EXPROPRIATÓRIO REVOGADO. DEMANDA EXTINTA POR PERDA SUPERVENIENTE DE SEU OBJETO. PROCESSO QUE DUROU UM ANO E MEIO. VERBA HONORÁRIA MAJORADA EM SEDE DE APELAÇÃO DE R$ 400,00 PARA R$ 10.000,00, QUANTIA REPUTADA PROPORCIONAL PELA CORTE LOCAL FACE ÀS PECULIARIDADES MENCIONADAS. APELO RARO OBSTADO PELA APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 7/STJ QUANTO À ALÍNEA A E PELA AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO QUANTO À ALÍNEA C. RECURSO ESPECIAL QUE INSISTE NA NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO DO MONTANTE, SEM ATACAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DENEGATÓRIA. AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DA PRESIDÊNCIA QUE APLICOU A SÚMULA Nº 182/STJ QUE REVEICULA OS MESMOS FUNDAMENTOS MERITÓRIOS. VEICULAÇÃO DE RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS DO FUNDAMENTO DA DECISÃO RECORRIDA. VOTO DO EMINENTE RELATOR NÃO CONHECENDO DO RECURSO INTERNO, O QUAL ACOMPANHO, PORÉM DIVIRJO DA SUA FUNDAMENTAÇÃO, PARA, NO MEU ENTENDIMENTO, APLICAR A SÚMULA Nº 284/STF, DADO O DESALINHAMENTO ENTRE AS RAZÕES RECURSAIS E O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA.

1. Trata-se de Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial interposto por Diem-Veículos Ltda-ME contra decisão da lavra da eminente Ministra Presidente deste STJ, LAURITA VAZ, que não conheceu do Agravo em Recurso Especial pela ausência

de impugnação ao fundamento da decisão denegatória.

2. O eminente Ministro Relator, GURGEL DE FARIA, trouxe o Recurso Interno ao julgamento desta egrégia 1ª Turma/STJ, votando pela manutenção da decisão agravada. Sua proposta trouxe a seguinte fundamentação:

Na hipótese dos autos, o decisum ora impugnado não conheceu do agravo interposto, com fulcro no art. 21-E, V, do RISTJ, visto que a agravante não se insurgiu contra os fundamentos do juízo de prelibação negativo do recurso especial, no caso, a incidência da Súmula nº 7 do STJ.

Da leitura das razões do agravo interno, observa-se que, mais uma vez, a parte deixou de impugnar os fundamentos do decisum agravado, sem contrapor, específica e concretamente, a decisão ora agravada.

No caso, limitou-se a alegar que infirmou os fundamentos da decisão de inadmissibilidade do recurso especial, sem, contudo, apontar eventual ataque específico a tais óbices processuais nas razões de agravo em recurso especial (e-STJ f.608):

(...)

Por fim, no tocante à aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, não considero que o recurso manejado pelo agravante seja manifestamente inadmissível, motivo pelo qual, por ora, deixo de aplicar a multa processual correspondente.

Ante o exposto, não conheço do agravo interno.

3. Por ocasião da realização da sessão de julgamentos, pedi vista dos autos, para aprofundar o exame da questão, verificando a possibilidade de seu conhecimento.

4. É o relatório.

5. A causa dos autos traz hipótese de Ação de Desapropriação ajuizada pelo Município do Rio de Janeiro/RJ, em maio de 2013, ocasião em que foi oferecido, a título de indenização, a quantia de R$ 13,9 milhões.

6. Em dezembro de 2014, publicou-se sentença (f. 466) de perda superveniente do interesse processual, porquanto o decreto expropriatório fora revogado pela Administração Municipal.

7. Em decisão de Aclaratórios opostos contra a sentença, o Juízo monocrático fixou a verba honorária sucumbencial no valor de R$ 400,00.

8. A parte expropriada apelou apenas em relação à quantificação da verba honorária, tendo o egrégio TJRJ, majorado-os para o montante de R$ 10.000,00, forte nos seguintes argumentos:

2. Com efeito, trata-se de ação expropriatória, de imóvel que seria utilizado para a construção de unidades imobiliárias de programa habitacional popular;

3. A pretensão foi deduzida em maio de 2013, e posteriormente, em 24/09/2014, houve a desistência do ato expropriatório, face ao elevado valor do imóvel apurado pericialmente. Antes não houvera a imissão provisória na posse;

4. Daí adveio sentença extintiva do processo em 11/12/2014, quando então os honorários foram fixados em valor irrisório, d.m.v.;

5. Pretensão recursal, todavia, é incabível;

6. Não se pode, na espécie, aplicar-se o percentual desejado, sobre o primitivo valor oferecido;

7. No caso, como o processo teve vida curta, e sem muita complexidade, e portanto,

aplicando-se as regras dos arts. 26 e do § 4º do art. 20 do CPC, é bem razoável, que no caso concreto, se fixem os honorários advocatícios no valor de R$ 10.000,00.

8. Em sendo assim, dá-se provimento parcial ao recurso para o fim acima especificado (f. 506/507).

9. Interposto o Recurso Especial, sob argumento de violação do art. 85 do CPC/2015, por se tratar de valor irrisório da verba honorária, este teve seu trâmite denegado pela decisão de f. 557/559, aos fundamentos de incidência da Súmula nº 7/STJ no tocante à alínea a e de ausência de cotejo analítico, quanto à alínea c.

10. Ocorre que, no Recurso de Agravo (f. 568/573), a parte expropriada olvida-se de impugnar não apenas a Súmula nº 7/STJ, mas também o óbice aplicado quanto à alegada divergência, cingindo-se apenas a reveicular as razões pelas quais entende que devem os honorários ser majorados.

11. Tal conduta caracteriza, a meu ver, a hipótese prevista na Súmula nº 284/STF, por veiculação de razões recursais dissociadas dos fundamentos da decisão recorrida, reconhecida de maneira cotidiana na jurisprudência deste STJ. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO CONFIGURADA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284/STF. MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC/1973 AFASTADA.

1. Não se pode falar que houve violação do art. 535 do CPC/1973, uma vez que o Tribunal de origem enfrentou integralmente o caso e solucionou, de maneira amplamente fundamentada, a controvérsia, como lhe foi apresentada.

2. No tocante à multa aplicada diante da apresentação dos Embargos de Declaração, o STJ cristalizou, por meio da Súmula nº 98, o entendimento segundo o qual é descabida a multa disposta no parágrafo único do art. 538 do CPC/1973, quando previsível o intuito de prequestionamento e ausente o interesse em procrastinar o andamento do feito, ainda que não configurada nenhuma das hipóteses de cabimento dos Embargos de Declaração.

3. No caso, verifica-se que a oposição dos Declaratórios teve o fim de instar a Corte Regional acerca dos dispositivos que seriam veiculados nos recursos aos Tribunais Extraordinários. Deve ser afastada, portanto, a multa imposta pelo Tribunal de origem.

4. Quanto à questão de fundo, não houve demonstração clara e precisa sobre quais artigos de lei federal teriam sido malferidos, o que impede a análise do apelo nobre, ante a deficiência da sua fundamentação. Aplica-se por analogia, portanto, a Súmula nº 284/STF, a qual afirma que "é inadmissível o Recurso Extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

5. Ademais, "é inadmissível o recurso especial que apresenta razões dissociadas do quadro fático e das premissas jurídicas expostos no acórdão recorrido. Incidência da Súmula nº 284/STF ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia."). (AgRg no AREsp 208.137/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, julgado em 05/03/2013, DJe 11/03/2013).

6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente pro-

vido (REsp. 1.690.156/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 11/10/2017).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 282 DO STF. IRRESIGNAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA Nº 284 DO STF. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7 DO STJ.

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

2. Não enfrentada no acórdão recorrido a ofensa ao dispositivo legal tido por violado (art. 8º, III, da Lei nº 6.830/1980), carece o apelo nobre do indispensável prequestionamento, a teor do disposto na Súmula nº 282 do STF.

3. A deficiência das razões recursais, porquanto dissociadas do que foi efetivamente decidido pelo acórdão recorrido, enseja o não conhecimento do apelo especial, nos termos da Súmula nº 284 do STF.

4. A revisão do julgado estadual sob a alegação de que a citação editalícia ocorrera dentro do prazo prescricional pressupõe reexame de matéria fática, inviável no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do STJ.

5. Agravo interno não provido (AgInt no AREsp. 910.286/PB, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 21/11/2017).

12. Ante o exposto, constato a impossibilidade de adentrar ao mérito da questão, porquanto o Agravo em Recurso Especial veiculou matéria diversa daquelas constantes na decisão denegatória, razão pela qual, embora entenda correta a posição do eminente Relator, neste caso, e, louvando o seu brilhante voto, o acompanho na conclusão, mas por fundamento diverso, porquanto verifico ser hipótese de incidência da Súmula nº 284/STF. Assim, não conheço do Agravo Interno da expropriada. É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 437.143 - RJ (2018/0034110-1)

EMENTA

***HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. REITERAÇÃO DELITIVA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A SEGREGAÇÃO PREVENTIVA E PENA PROVÁVEL. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.**

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a

análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.

3. A prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada, com base em elementos concretos, a periculosidade do agente e a necessidade de se evitar a reiteração delitiva, pois, apesar de não ser das mais expressivas a quantidade de drogas apreendidas, o paciente possui anotações anteriores pela prática de delitos da mesma natureza, o que, somado às circunstâncias do delito, em que usuários de drogas declararam que haviam ido até a residência do acusado para adquirir os entorpecentes, e à apreensão de uma arma de fogo com o denunciado, demonstra risco ao meio social, recomendando- se a sua custódia cautelar para garantia da ordem pública.

4. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.

5. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.

6. Não há falar em desproporcionalidade entre o decreto prisional preventivo e eventual condenação, tendo em vista ser inadmissível, em habeas corpus, a antecipação da quantidade de pena que eventualmente poderá ser imposta, menos ainda se iniciará o cumprimento da reprimenda em regime diverso do fechado.

***Habeas corpus* não conhecido.**

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos de *Habeas Corpus* nº 437.143-RJ (2018/0034110-1) em que é Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Paciente: Wesley Pinheiro Amaro (Preso),

Os Srs. Ministros FELIX FISCHER, JORGE MUSSI, REYNALDO SOARES DA FONSECA e RIBEIRO DANTAS votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 26 de junho de 2018. (Data do Julgamento)

Ministro Joel Ilan Paciornik
Relator

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de Wesley Pinheiro Amaro, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento do HC nº 0071482-13.2017.8.19.0000.

Extrai-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico de entorpecentes) e art. 12 da Lei nº 10.826/2003 (posse de arma de uso permitido). Referida custódia foi convertida em preventiva.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, o qual denegou a ordem nos termos de acórdão que

restou assim ementado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS EXTRAÍDAS DO FLAGRANTE. CABIMENTO. 1. Na espécie, encontra devidamente fundamentado o decreto de prisão preventiva em elementos concretos, notadamente a prisão em flagrante do paciente e a apreensão de pequenas quantidades de maconha e cocaína supostamente destinadas à venda, além de um revólver calibre 32mm. 2. Presente, no caso, o *fumus comissi delicti,* já que existem indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas, diante das provas que serviram de base para a propositura da ação penal, extraídas da regular prisão em flagrante do paciente, bem como das circunstâncias de sua captura. 3. Da mesma forma está presente o *periculum libertatis* pois tais elementos, à luz da pacífica jurisprudência dos Tribunais Superiores, são idôneos para determinar a prisão preventiva, ante a gravidade in concreto dos fatos. Neste contexto, a legalidade da custódia do Paciente evidencia-se pela necessidade de se interromper ou diminuir sua atuação como agente difusor da substância espúria, enquadrando-se, portanto, no conceito de garantia da ordem pública. 4. A existência de condições subjetivas favoráveis por si não afastaria o cabimento da prisão preventiva, posto que presentes seus requisitos autorizadores. 5. Por derradeiro, afigura-se especulativo asseverar a imposição, em caso de condenação, de pena alternativa, haja vista que o paciente é acusado de tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo de uso permitido. Por outro lado, a verificação de preenchimento dos requisitos para eventual reconhecimento de privilégio e substituição de pena privativa de liberdade apenas se dará quando da prolação de eventual decreto condenatório, após exame exauriente do caso. Ordem denegada (f. 61).

Na presente impetração, sustenta a existência de constrangimento ilegal na segregação do paciente. Assevera a inidoneidade do decreto de prisão preventiva, salientando a ausência de fundamentação concreta apta a demonstrar a presença dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP.

Afirma que o paciente é primário e com ele foram encontradas apenas 11g de maconha. Diz que a gravidade abstrata do delito não constitui fundamento apto a justificar a custódia cautelar.

Requer, em liminar e no mérito, a revogação da prisão preventiva do paciente e, subsidiariamente, a aplicação das medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do CPP.

Liminar indeferida a f. 72/74.

Informações prestadas a f. 82/87, 91/92.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (f. 94/95).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Busca-se, no presente *writ*, a revogação da prisão preventiva do paciente.

Por oportuno, segue a transcrição da decisão do Juízo de primeiro grau que converteu a prisão em flagrante em preventiva:

Compulsando os autos verifico que o custodiado foi preso em flagrante delito pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/06 e art. 12 da Lei nº 10.826/03. A regularidade do flagrante se mostra presente uma vez que observadas as formalidades legais não havendo, pois, que se falar em relaxamento prisional. Passo a análise da necessidade da custodia cautelar. É sabido que a segregação cautelar, por força do princípio do estado de inocência, só tem lugar em hipóteses excepcionais, as quais são taxativamente previstas no art. 312, *caput*, do CPP. No caso concreto se verifica que a prisão é necessária para garantia da ordem pública uma vez que o delito, em tese, praticado pelo custodiado é de gravidade concreta uma vez que o custodiado foi flagrado na posse de arma de fogo e na posse de 07 sacolés de maconha e 07 sacolés de cocaína, fato é que ainda, que a quantidade de droga apreendida não seja tão elevada a mesma estava acondicionada pronta para venda, além do que segundo o relato dos policiais militares e das testemunhas Marcelo e Sidney, que prestaram declarações em sede policial, o custodiado havia acabado de vender maconha à testemunha Marcelo e a testemunha Sidney foi abordada pelos policiais e encaminhado à delegacia logo após chegar à casa do custodiado Wesley para adquirir cocaína, havendo, portanto, fundado risco de reiteração delitiva não sendo razoável submeter-se toda a sociedade a tal risco. É de se mencionar que a segregação cautelar do custodiado se faz igualmente necessária como forma de garantia da instrução criminal na medida em que as testemunhas deverão ser chamadas à Juízo para prestar depoimento sendo natural que a liberdade do custodiado promova temor às mesmas quanto a depor em Juízo. Por fim a prisão cautelar do custodiado se mostra também necessária para assegurar a aplicação da lei penal tendo em vista que até o presente momento não há comprovação suficiente do vínculo do flagrado com o distrito da culpa. Veja-se ainda, que a aplicação das medidas previstas no art. 319 do CPP, não é suficiente no caso sob exame, ao menos de acordo com as informações até agora trazidas, nada impedindo, por motivos óbvios, que o juízo natural volte a analisar a questão em destaque. É de se mencionar que restam presentes os requisitos para decretação da prisão preventiva nos termos do art. 312 e 313 I do CPP. Outrossim de se mencionar que até o momento não há comprovação de residência ou emprego lícito e o custodiado Wesley tem anotações anteriores por delitos da mesma natureza sem, contudo, já haver em sua FAC notícia de condenação. (f. 26).

O Tribunal de origem, ao julgar o *writ* originário, manteve a custódia antecipada do paciente nos seguintes termos:

Extrai-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante por policiais militares, em via pública, quando vendia drogas a terceiros. Observa-se do auto de prisão em flagrante acostado no anexo que os policiais montaram campana e observaram o paciente vendendo drogas e no momento da abordagem o paciente dispersou uma sacola contendo seis sacolés de cocaína. Também foi preso um usuário que portava um sacolé de maconha recém comprado do paciente. Após a captura, os militares foram até a casa do paciente e a prima do paciente deu permissão para realizarem busca domiciliar e lograram em apreender no quarto do paciente um revólver calibre 32mm e seis sacolés com maconha.

O usuário preso, Marcelo Vailant, confirmou em sede policial a narrativa dos policiais, declarando que de fato comprou um sacolé de

maconha com o seu vizinho, o paciente Wesley.

Já Sidiney da Silva que também foi conduzido à delegacia, disse em sede policial que foi até a casa de Wesley comprar cocaína.

A comunicação do flagrante ocorreu em 05/12/2017, e a prisão em flagrante foi convertida em preventiva no dia 07 nos seguintes termos:

[...]

No que tange à necessidade da prisão preventiva, a despeito da defesa técnica afirmar o contrário, mostram-se presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar.

A decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva aponta de forma inequívoca o *periculum libertatis,* consubstanciado na necessidade de garantir a ordem pública, evitando-se a prática de novos delitos e acautelamento do meio social, o que encontra justificativa ante a gravidade em concreto dos fatos, bem como ante a diversidade de entorpecentes arrecadados e apreensão de arma de fogo, o que encontra apoio na jurisprudência dos Tribunais Superiores (HC 134.689 AgR, Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 17/03/2017).

Igualmente presente no caso o *fumus comissi delicti*, imprescindível para a manutenção da prisão cautelar, já que existem indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas, diante das provas que serviram de base para a propositura da ação penal, extraídas da prisão em flagrante do paciente, na posse de cocaína, sendo certo que após a realização de buscas em sua residência foram encontradas mais drogas e um revólver.

Com efeito, observa-se que a decisão que converteu a prisão em flagrante encontra-se devidamente fundamentada em elementos concretos, fazendo referência expressa ao grau de reprovabilidade da conduta, ao ressaltar a apreensão das drogas, arma e principalmente o risco de reiteração delitiva, consubstanciado nas declarações de dois usuários de drogas que foram até a casa do paciente adquirir entorpecentes, o que revela a gravidade diferenciada da conduta e a possível dedicação do agente à prática delitiva.

Tais elementos, à luz da pacífica jurisprudência dos Tribunais Superiores, são idôneos para determinar a prisão preventiva, ante a gravidade *in concreto* dos fatos, pois tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça vêm entendendo o risco à ordem pública quando ocorrem condutas configuradoras dos delitos do artigo 35 ou mesmo aqueles tipificados no artigo 33, ambos da Lei nº 11.343/06, na hipótese de apreensão de grande quantidade de entorpecentes, envolvimento de menores ou uso de armas (RHC 122.872 AgR, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04/11/2014, Public. 19/11/2014; HC nº 108.100, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 13/08/2013, Public. 03/12/2013; RHC 53.387/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 12/02/2015, DJe 24/02/2015) HC nº 298.168/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 26/08/2014, DJe 05/09/2014; RHC 8.158/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 16/02/2012, DJe 02/03/2012).

[...]

Noutro giro, condições pessoais favoráveis, como residência fixa e atividade laborativa não infirmam a necessidade da custódia, uma vez presentes seus pressupostos e requisitos autorizadores.

[...]

Por derradeiro, a possibilidade de ao paciente vir a ser imposta meramente pena alternativa constitui, à esta altura, verdadeira elucubração, haja vista que o paciente é acusado de tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo e a verificação de preenchimento dos requisitos ensejadores da aplicação da causa especial de diminuição de pena contida no parágrafo § 4º do art. 33 da Lei de nº 11.343/06 apenas se

dará quando da prolação de eventual decreto condenatório, através de um exame exauriente da espécie, o que descarta o reconhecimento de qualquer ilegalidade a esta altura.

[...]

Assim, analisadas em conjunto, as circunstâncias descritas formam panorama inequívoco quanto à presença do *fumus delicti comissi* e o p*ericulum libertatis*, indispensáveis para a manutenção da medida extrema, não sendo recomendada a substituição da custódia cautelar do paciente por medida diversa da prisão. (f. 63/67).

O Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento segundo o qual, considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição e manutenção quando evidenciado, de forma fundamentada em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP.

Convém, ainda, ressaltar que, considerando os princípios da presunção da inocência e a excepcionalidade da prisão antecipada, a custódia cautelar somente deve persistir em casos em que não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, de que cuida o art. 319 do CPP.

No caso dos autos, verifico que a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada, com base em elementos concretos, a periculosidade do agente e a necessidade de se evitar a reiteração delitiva, pois, apesar de não ser das mais expressivas a quantidade de drogas apreendidas (4,90 gramas de cocaína e 6,10 gramas de maconha), o paciente possui anotações anteriores pela prática de delitos da mesma natureza, o que, somado às circunstâncias do delito, em que usuários de drogas declararam que haviam ido até a residência do acusado para adquirir os entorpecentes, e à apreensão de uma arma de fogo com o denunciado, demonstra risco ao meio social.

Nesse contexto, forçoso concluir que a prisão processual está devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, não havendo falar, portanto, em existência de evidente flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação e tampouco em aplicação de medida cautelar alternativa.

A propósito, vejam-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

2. No caso dos autos, apesar da pequena quantidade de entorpecente apreendida, entendo que a prisão preventiva do recorrente está suficientemente fundamentada no fato de registrar antecedentes criminais, pois, segundo o decreto preventivo, ele responde a outras ações penais, inclusive por tráfico de drogas, circunstância que justifica sua segregação provisória para garantia da ordem pública, como forma de evitar a reiteração delitiva.

3. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido (RHC 85.260/BA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/08/2017, DJe 28/08/2017).

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS COR-*

PUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

3. No caso dos autos, apesar da pequena quantidade de droga apreendida - 2 gramas de cocaína -, verifica-se que a prisão em flagrante teria ocorrido após diversas denúncias anônimas de que a paciente estaria traficando. Além disso, conforme consignado, a paciente seria conhecida nos meios policiais, possuindo anotações em sua folha de antecedentes. Tais circunstâncias justificam sua segregação cautelar para garantia da ordem pública, inclusive como forma de evitar a reiteração delitiva.

4. *Habeas Corpus* não conhecido (HC nº 397.695/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/08/2017, DJe 28/08/2017).

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. RECEPTAÇÃO. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. USO DE DOCUMENTO FALSO. IDENTIFICAÇÃO DE ARMA DE FOGO RASPADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. SÚMULA Nº 52 DESTA CORTE. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, evidenciada na reiteração delitiva, quando o magistrado de piso faz referência ao fato de que os pacientes são reincidentes, por causa de sentença condenatória pela prática do crime de roubo majorado, não há que se falar em ilegalidade do decreto de prisão preventiva.

3. "Encerrada a instrução criminal, fica a superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo"- Súmula nº 52/STJ.

2. *Habeas Corpus* denegado (HC nº 394.672/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017).

Ressalto que a presença de condições pessoais favoráveis, como primariedade, bons antecedentes e residência fixa, não impede a decretação da prisão preventiva. Confira-se:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A prisão cautelar é medida excepcional, uma vez que, por meio dela, se priva o réu de sua liberdade antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. A segregação provisória do paciente restou fundamentada ao menos para garantir a ordem pública, por conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal.

2. Foram apreendidos com o recorrente 200g de maconha, 82g de crack e 700g de solvente organoclorado, quantidade e diversidade que, aliadas às circunstâncias em que se deu o flagrante, justificam o encarceramento cautelar para garantia da ordem pública.

3. Circunstâncias pessoais favoráveis, por si sós, não impedem a decretação da prisão cautelar. (Precedentes.)

4. Recurso ordinário em *habeas corpus* não provido (RHC nº 67.524/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 30/03/2016).

Ademais, o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para manutenção da ordem pública.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE *MODUS OPERANDI* DO DELITO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. [...]

4. Consoante pacífico entendimento deste Superior Tribunal, a quantidade e a natureza, bem como a diversidade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos aptos a justificar o decreto de prisão preventiva.

5. As condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, entre outras, não têm o condão de, por si sós, garantirem ao recorrente a revogação da prisão preventiva, se há, nos autos, elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar, como é o caso desta hipótese.

6. É "indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando esta encontra-se justificada na gravidade concreta do delito e na periculosidade social do réu, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública" (HC nº 315.151/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 28/4/2015, DJe de 25/5/2015.

7. *Habeas Corpus* não conhecido (HC nº 293.355/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 16/05/2017, DJe 19/05/2017).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE PRÉVIA OITIVA DO INDICIADO. NULIDADE DA PROVA. LEITURA DE CONVERSAS EM APLICATIVO NO CELULAR DO PACIENTE. EXCESSO DE PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DO FEITO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ART. 312 DO CPP. *PERICULUM LIBERTATIS*. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. As questões atinentes à ilegalidade da conversão da prisão em flagrante em custódia preventiva, diante da ausência de prévia oitiva do acusado, à nulidade das provas obtidas pela leitura de conversas em aplicativo instalado no celular do paciente e ao excesso de prazo para o encerramento do feito não foram examinadas no acórdão recorrido, de modo que sua apreciação diretamente por esta Corte Superior implicaria indevida supressão de instância.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em assinalar que a determinação de segregar cautelarmente o réu deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

3. O Juízo singular apontou a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, em especial a garantia da ordem pública, evidenciada pela gravidade concreta da conduta delitiva, ao ressaltar a grande quantidade de entorpecentes apreendidos - cerca de 3 kg de maconha -, a denotar o envolvimento do réu com a prática habitual de delitos de tal natureza.

4. Por idênticas razões, as medidas cautelares diversas da prisão não constituem instrumentos eficazes para obstar a reiteração da conduta delitiva.

5. Ordem denegada (HC nº 383.625/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017).

Cumpre ressaltar, ainda, que não é possível afirmar que a medida excepcional se mostra desproporcional em relação à eventual condenação que o paciente venha sofrer no fim do processo, porquanto, em *habeas corpus*, é inviável concluir a quantidade de pena que poderá ser imposta, tampouco se lhe será fixado regime diverso do fechado.

Confiram-se:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. DESPROPORCIONALIDADE DA CUSTÓDIA. NÃO OCORRÊNCIA. MEDIDAS CAUTELARES. INSUFICIÊNCIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A prisão cautelar é medida excepcional, uma vez que, por meio dela, se priva o réu de sua liberdade antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. A segregação provisória dos pacientes restou fundamentada ao menos para garantir a ordem pública, por conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal.

2. Foram apreendidos com o recorrente 718g maconha, quantidade, que, aliada às circunstâncias em que se deu o flagrante, justifica o encarceramento cautelar para garantia da ordem pública.

3. Não se pode dizer que a prisão preventiva é desproporcional em relação à eventual condenação que poderá sofrer ao final do processo, pois não há como, em sede de *habeas corpus*, concluir que o réu fará jus à pena mínima do delito em tela, especialmente em se considerando as circunstâncias do caso.

4. Resta clara a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que sua aplicação não se mostraria adequada e suficiente para reprimir a atividade ilícita desenvolvida pelas partes acusadas. (Precedentes.)

5. Circunstâncias pessoais favoráveis, por si sós, não impedem a decretação da prisão cautelar. (Precedentes.)

6. Recurso ordinário em *habeas corpus* não provido. (RHC nº 67.461/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 30/03/2016).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. FURTO SIMPLES. PRISÃO EM FLAGRANTE. REVOGAÇÃO PELO JUÍZO SINGULAR. RECURSO EM SEN-

TIDO ESTRITO DA ACUSAÇÃO. PROVIMENTO. DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA À LUZ DO ART. 312 DO CPP. HISTÓRICO PENAL DO RÉU. REITERAÇÃO CRIMINOSA. PROBABILIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE SOCIAL. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA CONSTRITIVA. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES MAIS BRANDAS. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, que passou a não ser mais admitido nesta Corte Superior para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico, ressalvado os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Não há o que se falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, diante do vasto histórico penal do acusado.

3. O fato do paciente ostentar diversas outras passagens criminais, contando inclusive com três condenações definitivas (uma por porte ilegal de arma de fogo, a outra por tráfico de entorpecentes e a última por furto qualificado), estando respondendo, ainda, pela prática de roubo majorado (cujo processo se iniciou em 12/02/2015), além do delito ora em apreciação, é circunstância que revela a inclinação à criminalidade, demonstrando periculosidade social e a real possibilidade de que, solto, volte a cometer infrações penais de idêntica natureza, autorizando a preventiva.

4. Inviável afirmar que a medida extrema é desproporcional em relação a eventual condenação que o paciente sofrerá ao final do processo que a prisão visa a acautelar.

(...)

7. *Habeas corpus* não conhecido. (HC nº 323.853/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 30/03/2016).

Nesse contexto, não verifico a presença de constrangimento ilegal capaz de justificar a revogação da custódia cautelar do paciente.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*.

***HABEAS CORPUS* Nº 441.444 - RJ (2018/0062405-9)**

EMENTA

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, dos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável à demonstração de em que consiste o *periculum libertatis.*

2. Segundo o disposto no art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal, "o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta".

3. No caso, foi negado o direito de apelar em liberdade, apesar de o paciente ter respondido solto ao processo. Destacou-se na sentença a presença de condenação prévia, considerada motivo suficiente para decretar a custódia cautelar.

4. Contudo, verifica-se que o paciente respondeu solto ao processo, por fato praticado há mais de três anos. Por outro lado, os fundamentos invocados para a decretação

da prisão não apresentam relação de contemporaneidade com a fase em que se encontra o feito. Ou seja, não se trata de fato novo, conforme exige a jurisprudência firmada por esta Corte.

5. "Em hipóteses nas quais o acusado responde ao processo em liberdade, a Sexta Turma deste Superior Tribunal tem decidido que a decretação da prisão cautelar na sentença pressupõe a existência de fatos novos capazes de comprovar a imprescindibilidade do recolhimento ao cárcere" (RHC nº 60.565/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 06/08/2015, DJe 26/08/2015).

6. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de Habeas Corpus nº 441.444 - RJ (2018/0062405-9)em que são Impetrante: Antônio José da Silva Malhano e Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, ROGERIO SCHIETTI CRUZ e NEFI CORDEIRO votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de agosto de 2018 (data do julgamento).

MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EVERTON DIAS DE BARROS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (HC nº 0007765-90.2018.8.19.0000 - Relator Des. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 155, § 4º, II e IV, do CP, às penas de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime semiaberto, e 11 dias-multa, à razão mínima legal. Na sentença, foi-lhe negado o direito de recorrer em liberdade.

Irresignada, a defesa impetrou *Habeas Corpus* perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem, em acórdão assim ementado (e-STJ f. 15/19):

HABEAS CORPUS. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO (ABUSO DE CONFIANÇA E CONCURSO DE AGENTES). ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM FACE DA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE, NO MOMENTO DA EXPEDIÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. ALEGA A DEFESA QUE O PACIENTE RESPONDEU SOLTO AO PROCESSO, SENDO ILEGAL A DECRETAÇÃO DA PRISÃO TÃO SOMENTE POR FORÇA DO ÉDITO CONDENATÓRIO. O remédio heroico não encontra forças a prosseguir jornada. O paciente foi condenado pela realização da conduta fática comportamental descrita no art. 155, § 4º, II e IV, do CP, às penas de 2 anos e 4 meses de reclusão, no regime semiaberto e 11 DM, à razão mínima legal. De fato, respondeu ao processo em liberdade, mas a decisão que, na sentença, decretou a sua prisão preventiva está devidamente motivada na garantia da ordem pública, isto é, para evitar a reiteração criminosa e está em sintonia com a orientação emanada tanto do Superior Tribunal de Jus-

tiça quanto do Supremo Tribunal Federal. O paciente é reincidente a aquela primeira Corte *ad quem* assentou o entendimento segundo o qual: "Embora tenha o paciente permanecido em liberdade durante todo o processo, diante da concessão de liberdade provisória, a preventiva decretada na sentença, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade, está bem justificada, nos termos dos arts. 312 e 387, § 1º, do CPP, uma vez que sobreveio aos autos a folha de antecedentes criminais do acusado atestando o risco efetivo de reiteração delitiva. Não há o que se falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública diante do histórico penal do acusado. " (HC nº 348.746/SP e HC nº 76.349/CE). O Supremo Tribunal Federal não discrepa de tal orientação jurisprudencial (HC nº 112.783/SP). Volvendo à *quaestio* em julgamento, vê-se que o magistrado assim se pronunciou sobre a negativa do recurso em liberdade: "Após minuciosa análise dos autos, constatou-se que o acusado não se furtou ao cometimento de crime, mesmo após ter sido condenado, por sentença transitada em julgado. Percebe-se, portanto, que a periculosidade em concreto do réu é latente, sendo certo que não se trata de mero exercício de adivinhação, mas da constatação de que este poderá continuar praticando novos delitos, razão pela qual é imperiosa a necessidade de se preservar a ordem pública, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Frise-se, ainda, que, analisando atentamente o rol das medidas cautelares diversas da prisão constante do artigo 319 do Código de Processo Penal, não há, neste momento e neste caso, qualquer medida a ser imposta com efetividade. " O art. 387, § 1º, do CPP dispõe que o juiz deve decidir, por ocasião da prolação da sentença, de maneira fundamentada, acerca da manutenção ou, se for o caso, da decretação da prisão preventiva ou a imposição de outra medida cautelar diversa da prisão. No caso dos autos não há constrangimento ilegal a ser sanado, uma vez que a vedação do apelo em liberdade encontra-se devidamente justificada com base no art. 312, do CPP, diante da necessidade de acautelamento do paciente, especialmente, em razão da garantia da ordem pública, evidenciada pela reincidência, condição indicativa do risco efetivo de reiteração de práticas delitivas. Ademais, ainda que assim não fosse, o presente *writ* está precariamente instruído, nem mesmo a FAC do paciente e o momento do seu encarte aos autos logrou a Defesa fazer prova, sendo certo que não restou elidida a presunção de legalidade da decisão judicial. Em outras palavras, o impetrante não instruiu esta ação autônoma de impugnação com elementos capazes de demonstrar que o julgador, conhecendo a condição de reincidente do paciente, em momento anterior, deixou de decretar a sua prisão preventiva ou a relaxou, olvidando tal pecha e a reputando desimportante. Por derradeiro, restou também incomprovada a alegação de que a condenação que deu ensejo ao reconhecimento da reincidência teria sido afetada pelo marco temporal previsto no art. 64, I, do CP. Mais uma vez, diante do vazio de instrução deste *habeas corpus* prevalece a presunção de legalidade do deciso atacado, ao afirmar que: "observa-se que o acusado praticou o crime em tela após o trânsito em julgado da sentença condenatória proferida nos autos do Processo 0026431-91.2009.8.19.0021, e antes do decurso do prazo depurador previsto no artigo 64, I, do Código Penal, razão pela qual lhe deve ser aplicada a agravante da reincidência prevista nos artigos 61, I, e 63, ambos do Código Penal". Constrangimento ilegal inocorrente. Ordem conhecida e denegada.

Na presente impetração a defesa assere que "atualmente o paciente encontra-se exercendo atividade laboral na função de estampador, conforme documentação acostada (MEI e fotos do local de trabalho), sendo, portanto, um retrocesso na vida de Everton o retorno ao cárcere, eis que aquele busca sua reintegração

à sociedade, e certamente a cadeia não auxiliará, esperando assim a concessão da ordem" (e-STJ f. 2).

Diante disso, pleiteia a defesa, em tema liminar e no mérito, a revogação da prisão decretada em desfavor do paciente.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ f. 75/78).

Informações prestadas a e-STJ f. 83/91.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* em parecer assim ementado (e-STJ f. 93):

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES. PELO NÃO CONHECIMENTO E, NO MÉRITO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

O objeto do presente pleito cinge-se à verificação da existência de fundamentação na sentença condenatória no ponto em que nega o direito de recorrer em liberdade ao paciente.

Insta consignar, preliminarmente, que a regra, em nosso ordenamento jurídico, é a liberdade. Assim, a prisão de natureza cautelar revela-se cabível tão somente quando, a par de indícios do cometimento do delito (fumus commissi delicti), estiver concretamente comprovada a existência do periculum libertatis, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Decorre de comando constitucional expresso que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI). Portanto, há de se exigir que o decreto de prisão preventiva esteja sempre concretamente fundamentado.

No caso, estes foram os fundamentos esposados pela sentença condenatória, in verbis (e-STJ f. 70):

Por tais motivos, fixo a pena base em 02 anos de reclusão, e 10 dias-multa. No segundo momento, verifico inexistirem atenuantes. No entanto, observa-se que o acusado praticou o crime em tela após o trânsito em julgado da sentença condenatória proferida nos autos do Processo 0026431-91.2009.8.19.0021, e antes do decurso do prazo depurador previsto no artigo 64, I, do Código Penal razão pela qual lhe deve ser aplicada a agravante da reincidência prevista nos artigos 61, I, e 63, ambos do Código Penal. Desta forma, agravo a pena em 1/6 (um sexto), passando a dosá-la em 02 anos e 04 meses de reclusão, e 11 dias-multa Por fim, no terceiro momento, observo inexistirem causas de diminuição e/ou aumento de pena. Desta forma, passo a dosar a pena e torná-la definitiva em 02 anos e 04 meses de reclusão, e 11 dias-multa.[...]

Desta forma, observando-se o disposto no artigo 33, §§2° e 3o do Código Penal, fixo os seguintes regimes para o início do cumprimento das penas dos acusados: 1 - Regime Semiaberto para o acusado Everton tendo em vista ser reincidente em crime, o que denota a maior reprovabilidade da conduta do referido acusado justificando a fixação de um regime mais gravoso do que aquele estabelecido pela pena fixada; 2 - Regime aberto para a acusada Marilene. Deixo de substituir a pena privativa

de liberdade pela restritiva de direitos no caso do acusado Everton, tendo em vista ser o mesmo reincidente em crime doloso conforme a FAC de f. 36/38, o que impede a concessão do benefício, nos termos do artigo 44, II, do Código Penal. Deixo aplicar a suspensão condicional da pena no caso do acusado Everton tendo em vista ser o mesmo reincidente em crime doloso, conforme a concessão do benefício, nos termos do artigo 77, I, do Código Penal. Tendo em vista que a Ré Marilene é primária e de bons antecedentes, substituo as penas privativas de liberdade de ambos os acusados por duas penas restritivas de direitos, na forma do disposto no artigo 44 § 2o, 2ª parte do Código Penal, sendo uma de prestação pecuniária no valor de 3 (três) salários mínimos vigentes à época do pagamento, e outra de prestação de serviços à comunidade, nos termos dos artigos 43, I e IV, 45, §1° e 46, todos do diploma legal acima mencionado. Fica deferido, desde já, o pagamento da prestação pecuniária em 10 (dez) parcelas iguais. A pena de prestação de serviços à comunidade será cumprida em instituição cadastrada neste Juízo, a ser indicada na fase de execução pela Central de Penas e Medidas Alternativas da Comarca - CPMA, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, limitadas a 7 (sete) horas semanais. Com relação à necessidade de decretação da prisão preventiva do acusado Everton, na forma do artigo 387, §1° do Código de Processo Penal, cabe mencionar que o réu vinha respondendo ao processo em liberdade. Ocorre que, finda a instrução e analisados os autos de maneira aprofundada, nota-se que a soltura não é a medida mais adequada a salvaguardar a ordem pública sendo imprescindível a decretação da prisão preventiva dos réus. Efetivamente, para a decretação da segregação cautelar e necessária a presença dos requisitos previstos nos artigos 282, §6°, 312 e 313 do Código de Processo Penal, bem como do Princípio da Homogeneidade entre a prisão cautelar e a pena privativa de liberdade. Após minuciosa análise dos autos, constatou-se que o acusado não se furtou ao cometimento de crime mesmo após ter sido condenado, por sentença transitada em julgado. Percebe-se portanto que a periculosidade em concreto do réu é latente, sendo certo que não se trata de mero exercício de adivinhação mas da constatação de que este poderá continuar praticando novos delitos, razão pela qual ó imperiosa a necessidade de se preservar a ordem pública, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal Frise-se, ainda, que analisando atentamente o rol das medidas cautelares diversas da prisão constante do artigo 319 do Código de Processo Penal, não há, neste momento e neste caso, qualquer medida a ser imposta com efetividade. Por todo o exposto, decreto a prisão preventiva do réu Everton Dias de Barros, na forma do artigo 282, § 6°, do artigo 312, bem como do artigo 387. §1°, todos do Código de Processo Penal. expeçam-se mandados de prisão em desfavor do réuEverton Dias de Barros,. (Grifei.)

Consoante se depreende da sentença condenatória, a despeito da invocação dos maus antecedentes, não há na decisão fundamento idôneo a amparar a recusa do direito de apelar em liberdade.

Isso porque se verifica que o paciente respondeu solto ao processo por fato praticado há mais de três anos. Por outro lado, os fundamentos invocados para a decretação da prisão não apresentam relação de contemporaneidade com a fase em que se encontra o feito. Ou seja, não se trata de fato novo, conforme exige a jurisprudência firmada por esta Corte:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 312 DO CPP. PRISÃO PREVENTIVA ANTERIORMENTE RELAXADA POR EXCESSO DE PRAZO. INDEFERIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDA-

DE. INDICAÇÃO DE FATOS NOVOS. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO.

1. Revogada a prisão cautelar por excesso de prazo, nova segregação só se legitima na hipótese da superveniência de fatos inéditos e posteriores à soltura que a justifiquem. Precedentes.

2. O recorrente - solto durante a instrução criminal, em decorrência de excesso de prazo para o término da instrução criminal - teve indeferido o direito de apelar em liberdade sem justificativa lastreada em fatos novos.

3. Recurso provido para que, ratificada a liminar, o recorrente possa aguardar em liberdade o desfecho do processo (Ação Penal nº 0049389-55.2013.8.06.0001), se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo da possibilidade de nova decretação da prisão preventiva, se efetivamente demonstrada sua necessidade com base em fatos novos, ou da imposição de medida alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.

(RHC 65.320/CE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 19/05/2016, DJe 31/05/2016)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. QUADRILHA. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

[...]

2. Dispõe o art. 387, § 1.º, do CPP, que, na sentença, "o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta".

3. "Em hipóteses nas quais o acusado responde ao processo em liberdade, a Sexta Turma deste Superior Tribunal tem decidido que a decretação da prisão cautelar na sentença pressupõe a existência de fatos novos capazes de comprovar a imprescindibilidade do recolhimento ao cárcere" (RHC 60.565/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 06/08/2015, DJe 26/08/2015).

4. É evidente o constrangimento ilegal se o paciente foi colocado em liberdade em razão do reconhecido excesso de prazo e o magistrado de primeiro grau, ao condená-lo, lhe negou o direito de recorrer em liberdade com alusão à garantia da ordem pública, sem apontar qualquer fato concreto que demonstre a imprescindibilidade da medida, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

5. Ordem concedida para que o paciente possa aguardar em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, ressalvada a possibilidade de decretação de nova prisão, ou de medidas cautelares alternativas, caso demonstrada a necessidade.

(HC 347.034/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 12/04/2016, DJe 22/04/2016)

Dessarte, era necessário, na linha da orientação dessa Corte, que fossem apontados dados concretos contemporâneos à prolação da sentença e extraídos de elementos obtidos nos autos, os quais demonstrassem a necessidade de imposição da prisão provisória, situação não verificada na espécie.

Ante o exposto, concedo a ordem, para garantir ao paciente Everton Dias de Barros o direito de permanecer em liberdade até o julgamento da apelação, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta, bem como de que sejam impostas outras medidas cautelares constantes do art. 319 do Código de Processo Penal pelo Juízo local, caso demonstrada sua necessidade.

É como voto.

MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 – 30 ANOS

A Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB completou 30 anos em 2018. Promulgada em 5 de outubro de 1988, pela Assembleia Nacional Constituinte, sob a presidência do Deputado Federal ULYSSES GUIMARÃES, tornou-se o principal símbolo do processo de redemocratização nacional. Depreende-se de seu preâmbulo que a Constituição nasce, após um longo período de ditadura militar, com a promessa de "instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias".[1]

Segundo o Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal (STF), CARLOS AYRES BRITTO, "o texto é um dos melhores do mundo. Essa Constituição nos torna um país juridicamente primeiro-mundista. Se temos andado mal das pernas é porque temos andado de costas para esta Constituição. Nós não precisamos morar em outro país. Precisamos morar em outro Brasil e vamos chegar lá".[2]

Batizada de "Constituição Cidadã", a Carta atual ampliou direitos e garantias individuais em várias áreas, e, a par de haver recuperado os direitos civis e políticos da população, em seu art. 5º garantiu a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais,[3] estabelecendo que todos os brasileiros são iguais perante a lei e têm direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. Dentre os princípios fundamentais da República, a Carta incorporou expressamente em seu texto a cidadania e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III).

Com relação aos avanços importantes conquistados pela Lei Maior, destacam-se a garantia de direitos fundamentais, como saúde, educação, moradia e transporte, além do sistema de previdência social para a população, que também passou a contar com o Sistema Único de Saúde (SUS), o qual universalizou os serviços de saúde para todos. Apesar de receber muitas críticas, o SUS é considerado um dos maiores e melhores sistemas de saúde pública do mundo.

Também houve inovação na forma de se reconhecer uma entidade familiar: não somente aquela constituída através do casamento formal, mas também pela união estável entre homem e mulher, que passou a ser protegida pelo Estado, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (artigo 226, § 3º). A CRFB/88 também menciona a possibilidade de a família ser constituída por

1 Ver em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

2 Ver em https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/08/02/constituicao-brasileira-e-de-pais-de-primeiro-mundo-diz-ayres-britto.

3 "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)".

qualquer dos pais e seus descendentes (artigo 226, § 4º), reafirmando, assim, a igualdade entre o homem e a mulher na sociedade conjugal (artigo 226, § 5º).

No âmbito da educação, de acordo com o Capítulo III da CFRB, em seus arts. 205, 206 e 212, o acesso a esse bem tornou-se um direito de todos os cidadãos e um dever da família e do Estado, inclusive com a destinação de um percentual mínimo obrigatório anual de, nunca menos de 18%, por parte da União, e nunca menos de 25%, por parte dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da receita resultante de impostos. Além disso, a educação rural foi ampliada, na medida em que a educação, como um todo, tornou-se um direito público subjetivo, independentemente de as pessoas residirem nas áreas urbanas ou rurais. Nossa Constituição também estabeleceu o atendimento educacional especializado a crianças com deficiência, bem como às populações indígenas.

A defesa do consumidor foi introduzida como um direito fundamental. O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995) foram elaborados por determinação expressa da Lei Maior, conforme preconizam os artigos 48 do ADCT, 5º, inciso XXXII; 170, inciso V – este último assegurou a tutela do consumidor como princípio geral da atividade econômica –; 24, X; e 98, inciso I.

A Carta Magna também reconheceu a importância da biodiversidade, dedicando o capítulo VI ao meio ambiente, além de haver incentivado a elaboração de novas legislações sobre o tema, a exemplo da Lei das Águas (Lei nº 9.433/1997) e da Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998).

Como bem acentuou o constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA, em sua obra **Direito Ambiental Constitucional**, "a Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental", trazendo mecanismos para sua proteção e controle, o que levou parte da doutrina a chamar a CRFB de "Constituição Ambiental ou Constituição Verde".[4]

A consagração da igualdade jurídica formal entre mulheres e homens também foi trazida pela Lei Maior (art. 5º, inciso I, e art. 226, parágrafo 5º), a qual garantiu a condição de equidade de gênero, bem como a proteção dos direitos humanos da mulher, que passou a ser considerada um sujeito político e social.

No tocante à área penal, houve uma inovação prevista no art. 226, ressaltando que o Estado pode e deve intervir nas situações de violência doméstica e familiar. Isso levou à formulação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), uma legislação pensada de forma ampla, capaz de articular as necessidades de prevenção e atenção à integridade física e psicológica das mulheres, ao mesmo tempo em que traz diversas possibilidades de solução dos conflitos envolvidos na questão da violência doméstica. Destaque-se, ainda, o avanço, no plano dos direitos fundamentais, com o advento de remédios constitucionais, como: *Habeas Corpus, Habeas Data*, Mandado de Injunção, Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública.

Contudo, há muitas críticas ao texto constitucional. A questão da judicialização das políticas públicas é um tema caro, pois transferiu para o Judiciário a missão da efetivação dos direitos

4 SILVA, José Afonso da**. Direito Ambiental Constitucional**. 5a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.460.

previstos na Constituição. Isso leva a uma litigiosidade excessiva que vem sobrecarregando o Judiciário, o qual, todavia, não se furta a resolver as demandas que lhe são trazidas pela população que dele necessita.

A Jurisprudência Temática da Revista de Direito nº 76, em 2008, tratou dos "Vinte Anos da Constituição e a Efetividade dos Direitos Fundamentais". Na apresentação do tema, elaborado pela equipe técnica, o enfoque se voltou para a questão da judicialização dos direitos que a Constituição deveria proteger. De acordo com a citação transcrita na *Revista*, o Ministro do STF, CELSO DE MELLO, em seu voto no Ag. Reg. no REx. 410.715-5/SP, afirmou: "(...) impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes (...) vierem a comprometer (...) a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional (...)".[5]

O Ministro ALEXANDRE DE MORAES, do STF, considera um "defeito" da Constituição o fato de a CFRB tratar de muitos temas que não precisariam ser constitucionais. Para ele, esse é o caso dos 119 dispositivos que ainda não foram regulamentados: "Se 30 anos depois, não foram regulamentados, é que não estão fazendo falta para o país". A exceção, na opinião do Ministro, diz respeito ao que se refere à greve no serviço público, que precisa de regulamentação.[6]

Em evento no qual personalidades do mundo jurídico analisaram os 30 anos da Constituição Federal, suas conquistas e desafios, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) LUÍS FELIPE SALOMÃO, analisou o comportamento da mídia e a cobertura dos julgamentos sob o enfoque constitucional. Segundo notícia acerca do evento, para o magistrado, é preciso buscar o equilíbrio entre reportar os fatos, esclarecer a sociedade e respeitar princípios como o da dignidade da pessoa humana.[7] Já para o Ministro BENEDITO GONÇALVES, também do STJ, que discorreu acerca da implementação forçada das políticas públicas pelo Poder Judiciário, é a Justiça que exerce o controle jurisdicional e administrativo das políticas públicas, sobretudo na esfera federal: "Uma política pública sem legislação aplicada é uma política vazia, sem sentido", declarou, na ocasião.[8]

A Constituição Federal de 1988 trouxe estabilidade política ao país, resgatou a democracia e promoveu grandes avanços na conquista da cidadania. Desde então, nossa Carta Magna vem sofrendo diversas alterações, com o intuito de absorver novos temas e de se adequar às mudanças econômicas e sociais. Segundo o Desembargador RICARDO RODRIGUES CARDOZO, Diretor-Geral da EMERJ: "Ajustes, são necessários. Daí, talvez, tantas emendas à Constituição. Hoje, em número de 99. Melhor que as haja, sempre na busca de um caminho melhor, mais saudável, que atenda à sociedade brasileira com soluções para seus problemas, ao invés de rupturas

5 Ver na **Revista de Direito** nº 76, Jurisprudência Temática, p. 82.

6 Senado Notícias, ver em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/08/10/constituicao-permitiu-evoluir-no-combate-a-corrupcao-diz-alexandre-de-moraes

7 Matéria publicada pela Assessoria de Imprensa. Ver em http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5554771.

8 *Idem.*

antidemocráticas."[9]

Por fim, vale destacar o balanço feito pelo Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, no aniversário de 30 anos da Constituição Federal: "Foi a Constituição que nos ajudou a fazer a travessia bem-sucedida de um país autoritário, intolerante e, muitas vezes, violento, para um Estado constitucional e democrático". Com relação a algumas das principais conquistas trazidas pela Constituição Cidadã, o Ministro BARROSO ainda citou, como exemplos, "a estabilidade monetária, a inclusão social e o aumento da escolaridade, da renda e da expectativa de vida."[10]

9 Ver em: http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5954234. Artigo do diretor-geral da EMERJ sobre os 30 anos da Constituição Federal é destaque no jornal **O Fluminense**.

10 Notícia publicada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, acerca do evento que debateu os 30 anos da Constituição Brasileira Ver em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/noticias_todas/nao-e-o-momento-de-se-discutir-u.

Jurisprudência Temática

EXTORÇÃO MEDIANTE SEQUESTRO. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. NÃO CABIMENTO. MATERIAL PROBATÓRIO DOCUMENTAL, PERICIAL E TESTEMUNHAL. MANUTENÇÃO DO ATO IMPUGNADO. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*.

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO, ROUBO MAJORADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO. ALEGADAS NULIDADES NO CURSO DA AÇÃO PENAL. PEDIDO DE PERÍCIA INDEFERIDO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. NULIDADE SANADA. ART. 570 DO CPP. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. DESNECESSIDADE. OFENSA AO JUIZ NATURAL E AO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. NÃO VERIFICAÇÃO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, após a prolação da sentença condenatória, torna-se preclusa a alegação de inépcia da denúncia. Isso porque "a prolação de sentença condenatória esvai a análise do pretendido reconhecimento de inépcia da denúncia. Isso porque, se, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos ao longo da instrução criminal, já houve um pronunciamento sobre o próprio mérito da persecução penal (denotando, ipso facto, a plena aptidão da inicial acusatória), não há mais sentido em se analisar eventual inépcia da denúncia." (REsp 1.370.568/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 30/0/2017).

3. A República Federativa do Brasil, fundada, entre outros, nos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania, consagra como garantia "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, (...) o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

4. "O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido", assim, "compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu" (HC 91.474/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 02/08/2010).

5. O art. 570 do CPP estabelece que "A falta ou nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada desde que o interessado compareça, antes de o ato consumar-se, embora declare que o faz para o único fim de argui-la".

6. Hipótese em que se encontra sanada a alegada nulidade por ausência de intimação, em razão do comparecimento da defesa nos atos processuais posteriores ao indeferimento do pleito de perícia.

7. No que se refere ao aventado cerceamento de defesa do paciente ante o indeferimento da realização da perícia requerida, tem-se que, sem embargos acerca do amplo direito à produção das provas necessárias a dar embasamento às teses defensivas, ao magistrado, mesmo no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, outrossim, à parte requerente demonstrar a real imprescindibilidade na produção da prova requerida, o que não ocorreu no presente caso.

8. Para uma melhor aferição acerca da concreta indispensabilidade da prova requerida, necessária seria uma profunda incursão em todo o acervo fático-probatório dos autos, providência incompatível com a via eleita.

9. No caso em exame, o advogado do paciente foi devidamente intimado do despacho que indeferiu a reabertura da instrução processual, tendo sido publicado no Diário da Justiça, em 02/09/2005, inclusive com a abertura de prazo para apresentação das alegações finais (art. 500 do CPP), razão pela qual inexiste a alegada nulidade.

10. O inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal assegura o sigilo das comunicações telefônicas, de modo que, para que haja o seu afastamento, torna-se imprescindível ordem judicial, devidamente fundamentada, segundo o comando constitucional estabelecido no artigo 93, inciso IX, da Carta Magna.

11. O art. 5º da Lei nº 9.296/1996 determina, quanto à autorização judicial de interceptação telefônica, que "a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".

12. A alegação de ausência de autorização para a interceptação telefônica do paciente mostra-se improcedente, uma vez que as instâncias ordinárias afirmaram a existência de decisão autorizando as escutas constantes no relatório da autoridade policial.

13. Consoante afirmado no acórdão impugnado, "não se incluiu no sigilo de comunicação a degravação de fitas de áudios apreendidas durante a investigação de crime de extorsão mediante sequestro, assim como a escuta de ligações telefônicas dirigidas aos familiares da vítima e a identificação de chamadas através do bina", além de que "a condenação dos apelantes não se deu em razão de interceptação telefônica".

14. Esta Corte Superior consolidou o seu entendimento no sentido da desnecessidade de autorização judicial prévia para que a gravação ambiental, realizada por um dos interlocutores, seja utilizada como meio de prova no processo penal, na busca da verdade real. Precedentes do STJ e STF.

15. Em relação à alegada ofensa ao juiz natural, tem-se que o princípio da identidade física do juiz não se reveste de caráter absoluto, possuindo exceções em casos de motivos legais que impeçam o magistrado que presidiu a instrução sentenciar o feito, hipótese em que o processo-crime será validamente julgado pelo sucessor. Aplicação analógica do art. 132 do CPC/73.

16. No que concerne à alegada violação do princípio da verdade real, do exame dos julgados proferidos pelas instâncias ordinárias, verifica-se que a condenação se deu diante do farto material probatório, seja documental e pericial (laudos de exames papiloscópicos, de degravação das negociações e de recognição visuográfica, o qual retrata o cativeiro onde a vítima permaneceu encar-

cerado, além do laudo de exame de corpo de delito da vítima), bem como testemunhal.

17. Segundo entendimento pacífico desta Corte Superior, a vigência no campo das nulidades do princípio *pas de nullité sans grief* impõe a manutenção do ato impugnado que, embora praticado em desacordo com a formalidade legal, atinge a sua finalidade, restando à parte demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo, o que não ocorreu no caso.

18. *Habeas Corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de *Habeas Corpus* nº 283.746-SP, em que são Impetrante: Wagner Paulo da Costa e Outros e Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros JOEL ILAN PACIORNIK, JORGE MUSSI e REYNALDO SOARES DA FONSECA votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro FELIX FISCHER.

Brasília (DF), 22 de maio de 2018 (data do julgamento).

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de SILAS BATISTA DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 23 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes descritos nos arts. 288, parágrafo único, 157, § 2°, I, II e V, 159, §§ 1° e 2°, c/c os arts. 29 e 69, todos dos Código Penal.

Inconformados, defesa e Ministério Público apelaram perante o TJSP, que deu parcial provimento ao apelo defensivo, nos termos da seguinte ementa:

"EMENTA - Apelação I - Crime de roubo qualificado e de ou bando armado - Concurso material - Admissibilidade - Inocorrência de bis in idem. 3. Extorsão mediante sequestro cometido por quadrilha ou bando armado - Concurso material - Possibilidade em termos. Os membros do bando somente responderão pelos crimes praticados pela quadrilha para os quais concorreram, uma vez que referido crime é autônomo e independente daqueles que vierem a ser praticados pelo grupo." (e-STJ, f. 370).

A condenação transitou em julgado aos 7/1/2010 (e-STJ, f. 4).

Neste *writ*, aduzem os impetrantes as seguintes nulidades no curso da ação penal, por desconsideração das teses da defesa: a) inépcia de denúncia; b) violação do contraditório e da ampla defesa, por ausência de intimação sobre o despacho que indeferiu a realização de exame toxicológico; c) existência de provas ilícitas por falta de autorização judicial para as interceptações realizadas; d) ausência de autos de interceptação telefônica; e) ausência das mídias com os autos captados; f) violação do juiz natural; e g) violação do princípio da verdade real (e-STJ, f. 1-36).

Pugnam, assim, pela concessão da ordem, para que seja anulado *ab initio* o processo e a

imediata colocação do paciente em liberdade.

Liminar indeferida (e-STJ, f. 883-885).

Informações prestadas (e-STJ, f. 902-922).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, f. 1.227-1.238).

É o relatório.

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO, ROUBO MAJORADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO. ALEGADAS NULIDADES NO CURSO DA AÇÃO PENAL. PEDIDO DE PERÍCIA INDEFERIDO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. NULIDADE SANADA. ART. 570 DO CPP. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. DESNECESSIDADE. OFENSA AO JUIZ NATURAL E AO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. NÃO VERIFICAÇÃO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, após a prolação da sentença condenatória, torna-se preclusa a alegação de inépcia da denúncia. Isso porque "a prolação de sentença condenatória esvai a análise do pretendido reconhecimento de inépcia da denúncia. Isso porque, se, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos ao longo da instrução criminal, já houve um pronunciamento sobre o próprio mérito da persecução penal (denotando, *ipso facto*, a plena aptidão da inicial acusatória), não há mais sentido em se analisar eventual inépcia da denúncia." (REsp nº 1.370.568/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 30/05/2017).

3. A República Federativa do Brasil, fundada, entre outros, nos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania, consagra como garantia "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, (...) o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

4. "O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido", assim, "compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu" (HC nº 91.474/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, quinta turma, DJe 02/08/2010).

5. O art. 570 do CPP estabelece que "A falta ou nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada desde que o interessado compareça, antes de o ato consumar-se, embora declare que o faz para o único fim de

argui-la".

6. Hipótese em que se encontra sanada a alegada nulidade por ausência de intimação, em razão do comparecimento da defesa nos atos processuais posteriores ao indeferimento do pleito de perícia.

7. No que se refere ao aventado cerceamento de defesa do paciente ante o indeferimento da realização da perícia requerida, tem-se que, sem embargos acerca do amplo direito à produção da provas necessárias a dar embasamento às teses defensivas, ao magistrado, mesmo no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, outrossim, à parte requerente demonstrar a real imprescindibilidade na produção da prova requerida, o que não ocorreu no presente caso.

8. Para uma melhor aferição acerca da concreta indispensabilidade da prova requerida, necessária seria uma profunda incursão em todo o acervo fático-probatório dos autos, providência incompatível com a via eleita.

9. No caso em exame, o advogado do paciente foi devidamente intimado do despacho que indeferiu a reabertura da instrução processual, tendo sido publicado no Diário da Justiça, em 02/09/2005, inclusive com a abertura de prazo para apresentação das alegações finais (art. 500 do CPP), razão pela qual inexiste a alegada nulidade.

10. O inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal assegura o sigilo das comunicações telefônicas, de modo que, para que haja o seu afastamento, torna-se imprescindível ordem judicial, devidamente fundamentada, segundo o comando constitucional estabelecido no artigo 93, inciso IX, da Carta Magna.

11. O art. 5º da Lei nº 9.296/1996 determina, quanto à autorização judicial de interceptação telefônica, que "a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".

12. A alegação de ausência de autorização para a interceptação telefônica do paciente mostra-se improcedente, uma vez que as instâncias ordinárias afirmaram a existência de decisão autorizando as escutas constantes no relatório da autoridade policial.

13. Consoante afirmado no acórdão impugnado, "não se incluiu no sigilo de comunicação a degravação de fitas de áudios apreendidas durante a investigação de crime de extorsão mediante sequestro, assim como a escuta de ligações telefônicas dirigidas aos familiares da vítima e a identificação de chamadas através do bina", além de que "a condenação dos apelantes não se deu em razão de interceptação telefônica".

14. Esta Corte Superior consolidou o seu entendimento no sentido da desnecessidade de autorização judicial prévia para que a gravação ambiental, realizada por um dos interlocutores, seja utilizada como meio de prova no processo penal, na busca da verdade real. Precedentes do STJ e STF.

15. Em relação à alegada ofensa ao juiz natural, tem-se que o princípio da identidade física do juiz não se reveste de caráter absoluto, possuindo exceções em casos de motivos legais que impeçam o magistrado que presidiu a instrução sentenciar o feito, hipótese em que o processo-crime será validamente julgado pelo sucessor. Aplicação analógica do art. 132 do CPC/73.

16. No que concerne à alegada violação do princípio da verdade real, do exame dos julgados proferidos pelas instâncias ordinárias, verifica-se que a condenação se deu diante do farto material probatório, seja documental e pericial (laudos de exames papiloscópicos, de degravação das negociações e de recognição visuográfica, o qual retrata o cativeiro onde a vítima permaneceu encarcerado, além do laudo de exame de corpo de delito da vítima), bem como testemunhal.

17. Segundo entendimento pacífico desta Corte Superior, a vigência no campo das nulidades do princípio pas de nullité sans grief impõe a manutenção do ato impugnado que, embora praticado em desacordo com a formalidade legal, atinge a sua finalidade, restando à parte demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo, o que não ocorreu no caso.

18. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

No caso, não se evidencia manifesto constrangimento ilegal a justificar a concessão da ordem de ofício.

Em relação ao tema nulidade, não se pode olvidar que "toda matéria relativa às nulidades deverá ser guiada pela necessidade de preservação dos interesses tutelados pela jurisdição penal, aferidos a partir da atuação de cada um dos sujeitos do processo no seu regular desenvolvimento. As formas processuais e procedimentais existem unicamente para benefício dos litigantes e do magistrado, de cuja atividade se espera a construção do provimento final acerca da matéria penal levada a juízo. As nulidades funcionariam, portanto, como consequência jurídica resultante da violação da forma prescrita em lei para a realização de determinado ato processual. Todavia, não há como deixar de reconhecer, sobretudo da perspectiva do processo, instrumento da jurisdição e, assim, da aplicação do direito, que todos os atos processuais previstos na lei têm uma finalidade específica. Existem em razão de um fim, que, em última análise, será a aplicação do direito cabível à hipótese concreta, na teoria do processo, costuma-se dizer que o processo é meio, e não fim, o que não deixa de ser verdadeiro também em relação ao processo penal, embora, em relação a este, deva-se salientar que as garantias processuais fundamentais estão previstas na própria Constituição, configurando verdadeiro direito material. Fala-se em instrumentalidade das formas (*pas de nullité sans grief*) para realçar exatamente a função que se lhe atribui a legislação: a função de meio, de instrumento, e não do próprio direito. Por isso, se do ato nulo não tiver decorrido qualquer prejuízo para a atuação das partes ou da jurisdição, não haverá razão alguma para o reconhecimento e declaração da nulidade, nos exatos termos do art. 563, pedra de toque do sistema de nulidades. Na mesma linha de desdobramento, não se reconhecerá a nulidade (ou considerar-se-á sanada) de ato praticado de outra forma, não prevista em lei quando tiver ele alcançado o seu fim, sem prejuízo a nenhum dos litigantes, conforme se observa do disposto no art. 572, II, do CPP" (Oliveira, Eugênio Pacelli de; **Curso de Processo Penal**; Ed. Lumen Juris, 2008; pp. 674-675).

Com efeito, o reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*), o que não se verifica no caso em exame.

Há muito essa Corte assim se manifesta:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. RECEPTAÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO.

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS PRORROGAÇÕES. NECESSIDADE COMPROVADA. RECONHECIMENTO PESSOAL. NULIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.

I - Não se divisa qualquer ilegalidade nas escutas telefônicas, ou nas provas delas derivadas, quando as instâncias ordinárias, de acordo com a complexidade do caso, evidencia a necessidade de sua autorização ou prorrogação, desde que atendidos os requisitos legais e em estreita observância aos critérios de indispensabilidade e razoabilidade.

II - A declaração de nulidade de ato processual não pode prescindir da demonstração do prejuízo, em face do princípio pas de nullité sans grief, previsto no art. 563 do Código de Processo Penal.

III - Não há que se falar em ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal quando as instâncias ordinárias, apresentando fundamentação concreta, concluem que as circunstâncias do crime revelam sua gravidade concreta, exigindo resposta penal mais contundente.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 567.997/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 19/08/2016).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. AD HOC. ADVOGADO CONSTITUÍDO PELO RÉU NÃO LOCALIZADO. VIOLAÇÃO AO ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. INEXISTENTE. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. PRINCÍPIO DO P*AS DE NULLITÉ SAINS GRIEF*.

1. Cabível a nomeação de defensor dativo para substituir o advogado constituído pelo réu, que, intimado, não comparece para os atos processuais.

2. É imprescindível a demonstração do prejuízo para que seja declarada a nulidade por cerceamento de defesa decorrente da nomeação de defensor dativo, o que não foi feito no presente caso.

3. Agravo regimental desprovido". (AgRg no AREsp 539.327/BA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe 15/08/2016).

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA. AUSÊNCIA DO ADVOGADO DE DEFESA. ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA. REDESIGNAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS. NÃO INTIMAÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO. NULIDADE PROCESSUAL INEXISTENTE. DESIGNAÇÃO RESTRITA À PRIMEIRA AUDIÊNCIA. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO DATIVO DEVIDAMENTE NOMEADO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO CONCRETO. RECURSO IMPROVIDO.

1 - Em momento anterior à instituição da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina, foi nomeado, nos autos do processo criminal, advogado dativo para a defesa da acusada, inexistindo nos autos, até a realização da audiência de oitiva de testemunhas, qualquer menção à sua destituição, tampouco à nomeação da Defensoria Pública para atuar no feito.

2 - Seguindo o princípio *pas de nullité sans grief,* adotado pelo Código de Processo Penal (art. 563), não comprovado efetivo prejuízo ao réu, não há que se declarar a nulidade do processo.

3 - Recurso ordinário improvido." (RHC 62.397/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 19/08/2016).

Sobre as nulidades alegadas pela defesa, colho o seguinte trecho do acórdão impugnado:

"A denúncia não se revela inepta. Elaborada com base nos elementos de provas coligidos nos autos do inquérito policial e com total obediência aos requisitos do artigo 41, do Código de Processo Penal, nela não só foram descritos os fatos com todas as suas circunstâncias, como também apontada a qualificação jurídico penal que o seu ilustre subscritor entendeu adequada, tanto isso é exato que os nobres defensores, sem nenhuma confusão ou perplexidade, desenvolveram com eficiência as contrariedades. Certo que não foi explicitada a atividade correspondente ao vínculo subjetivo que une todos os denunciados aos autores materiais do fato. Porém, não é menos certo que, na impossibilidade de se explicitar desde logo na denúncia, em face das circunstâncias dos fatos, a atividade material caracterizadora da colaboração dos coautores, que tem contra si indícios de terem, de alguma forma, participado do crime, não há que se falar em inépcia da inicial. Nesse sentido, aliás, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça: 'Não é inepta a denúncia que atribui o fato conjuntamente a coautores, na impossibilidade de particularizar a atuação de cada um, nas circunstâncias em que o crime foi cometido' (RHC nº 2504-2 - Rel. ASSIS TOLEDO - DJU 03/05/93, p. 7.804).

A r. sentença também não se ressente de nenhum vício, especialmente o da omissão. Nela, ao contrário do alegado, foram apreciadas todas as questões suscitadas pelas partes, fundando-se a conclusão lógica e jurídica desfavorável aos apelantes no exame e análise das provas existentes nos autos. Lembre-se que o Julgador não está obrigado a registrar, na decisão, tudo quanto viu e leu nos autos, mas tão-somente os pontos relevantes.

[...]

É verdade que hoje, por força das alterações realizadas pela Lei nº 11.719/08, o Código de Processo Penal passou a adotar o princípio da identidade física do juiz, consoante dispõe o parágrafo 2º, do seu art. 399, que tem a seguinte redação: 'O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.' Ao tempo da sentença, porém, prevalecia o entendimento segundo o qual: "Embora consectário lógico dos princípios da concentração, oralidade e imediatidade adotados pelo legislador pátrio, o princípio da identidade física do juiz não tem no processo criminal a obrigatoriedade com que se traduz no processo civil, por força de dispositivo expresso' (RT 414/259). No mesmo sentido: JUTACRIM 28/305, 36/54, 39/248, 51/372 e 62/287).

Logo, não houve desrespeito aquele princípio, nem tampouco aos também invocados princípios do contraditório, da ampla defesa e da verdade real. De fato, com estrita obediência às normas de regência, dos atos praticados no presente processo sempre se deu a audiência bilateral das partes, de sorte que o juiz em momento algum subtraiu dos litigantes a oportunidade de um se manifestar sobre os atos praticados pelos outros e pelo próprio juízo. Todos tiveram oportunidade de produzir provas em seu favor, sendo indeferidos apenas os requerimentos relativos à prova que a própria parte poderia produzir ou que, por sua inutilidade, como aquela relativa à exame toxicológico, não era mesmo devida. Até porque dispensável para a apuração da verdade. Afinal, como é da jurisprudência: "Cabe ao Juiz, na condução do processo, nos termos do artigo 251 do Código de Processo Penal, prover a sua regularidade e, dentro desse poder, deve indeferir a realização de prova que entenda desnecessária, sem que isso redunde em cerceamento de defesa" (RJDTACRIM 21/88 - Relator MÁRIO BÁRTOLI).

De resto, também não houve produção de prova ilícita. Primeiro, não se incluiu no sigilo de comunicação a degravação de fitas de áudios apreendidas durante a investigação de crime de extorsão mediante sequestro, assim como a escuta de ligações telefônicas dirigidas aos familiares da vítima e a identificação de chamadas através do bina. Claro que as

interceptações telefônicas exigem, para a sua validade, autorização judicial, nos termos da Lei nº 9.296/96, que não foi exibida nos presentes autos, provavelmente por omissão policial, uma vez que a Autoridade Policial encarregada da investigação afirmou, sem que haja motivo para desmenti-la, a existência daquela autorização. De qualquer forma, como se verá quando do exame do mérito, a condenação dos apelantes não seu deu em razão de interceptação telefônica e, [...]" (e-STJ, f. 372-376).

Inicialmente, cumpre registrar que esta Corte Superior firmou o entendimento de que, após a prolação da sentença condenatória, torna-se preclusa a alegação de inépcia da denúncia. Isso porque "a prolação de sentença condenatória esvai a análise do pretendido reconhecimento de inépcia da denúncia. Isso porque, se, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos ao longo da instrução criminal, já houve um pronunciamento sobre o próprio mérito da persecução penal (denotando, *ipso facto*, a plena aptidão da inicial acusatória), não há mais sentido em se analisar eventual inépcia da denúncia." (REsp 1.370.568/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/05/2017).

A corroborar esse entendimento:

"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. 1. CRIME SEXUAL. ART. 217-A C/C O ART. 226, II, DO CP. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. 2. AUSÊNCIA DE DATA ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. LAPSO TEMPORAL. CRIME COMETIDO EM AMBIENTE FAMILIAR CONTRA CRIANÇA. 3. PRISÃO PROVISÓRIA. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO. PAI/AVÔ DA VÍTIMA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. NECESSIDADE DE RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA. 4. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* IMPROVIDO.

1. O trancamento da ação penal na via estreita do *habeas corpus* somente é possível, 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 a superveniência da sentença, referidas alegações ficam enfraquecidas, uma vez que a prolação de sentença denota a aptidão da inicial acusatória para inaugurar a ação penal, implementando-se a ampla defesa e o contraditório durante a instrução processual, que culmina na condenação lastreada no arcabouço probatório dos autos. Portanto, não se pode falar em ausência de aptidão da denúncia nos casos em que os elementos carreados aos autos autorizam a prolação de sentença.

[...]

4. Recurso em *habeas corpus* improvido." (RHC 87.653/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017).

Ora, a República Federativa do Brasil, fundada, entre outros, nos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania, consagra como garantia "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, (...) o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

Nesse aspecto, "o devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido", assim, "compete aos operado-

res do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu" (HC 91.474/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, DJe 2/08/2010).

Quanto ao indeferimento da perícia toxicológica e à ausência de intimação da defesa acerca da negativa do pedido, colho da sentença condenatória que, "após aquele indeferimento (f. 359), a Defesa esteve presente à instrução (f. 477 e 521), teve oportunidade de se manifestar na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal, dando-se, assim, por intimada de todos os atos processuais até então praticados". Concluiu, ainda, o magistrado que, "posteriormente, a Defesa dos réus Eliseu, Jesué e Silas teve oportunidade de manifestar-se nos autos (f. 548-550, 551, 578 e 845), além de ter participado da audiência para a oitiva das testemunhas da Defesa (f. 555), bem como foi intimado pela imprensa a se manifestar nos autos (f. 848), decorrendo disto ter se dado por intimado de todos os atos processuais já praticados, inclusive daquele indeferimento, sem que esteja presente o alegado cerceamento da defesa" (e-STJ, f. 346-347).

O art. 570 do CPP estabelece que "A falta ou nulidade da citação, da intimação ou notificação, estará sanada desde que o interessado compareça, antes de o ato consumar-se, embora declare que o faz para o único fim de argui-la".

Assim, encontra-se sanada a alegada nulidade por ausência de intimação, em razão do comparecimento da defesa nos atos processuais posteriores ao indeferimento do pleito de perícia.

Segundo entendimento pacífico desta Corte Superior, a vigência no campo das nulidades do princípio *pas de nullité sans grief* impõe a manutenção do ato impugnado que, embora praticado em desacordo com a formalidade legal, atinge a sua finalidade, restando à parte demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo, o que não ocorreu no caso.

Lado outro, no que se refere ao aventado cerceamento de defesa do paciente ante o indeferimento da realização da perícia requerida, tem-se que, sem embargos acerca do amplo direito à produção das provas necessárias a dar embasamento às teses defensivas, ao magistrado, mesmo no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, outrossim, à parte requerente demonstrar a real imprescindibilidade na produção da prova requerida, o que não ocorreu no presente caso.

Nessa linha, destaco que "embora se cuide de direito, isso não impede que o juiz da causa examine a pertinência da prova requerida (ver, por exemplo, art. 400, §1º, CPP), tendo em vista que cabe a ele a condução do processo, devendo, por isso mesmo, rejeitar as diligências manifestamente protelatórias." (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; *in*: **Curso de Processo Penal.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 294).

Nesse sentido é o entendimento desta Corte:

"*HABEAS CORPUS.* IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

CALÚNIA. IMUNIDADE PROFISSIONAL DO PACIENTE. OFENSAS PRATICADAS POR MEIO DA INSERÇÃO DE DECLARAÇÕES FALSAS EM DOCUMENTO

PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE DE SE AFERIR SE GUARDARIAM RELAÇÃO COM O EXERCÍCIO PROFISSIONAL OU SE ESTARIAM DE ACORDO COM A DEFESA DOS INTERESSES DE SEU CLIENTE EM JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO § 2º DO ARTIGO 7º DA LEI Nº 8.906/1994.

(...)

INDEFERIMENTO MOTIVADO DE PROVA PERICIAL REQUERIDA PELA DEFESA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

1. Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, do requerimento de produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF.

2. Na hipótese em apreço, verifica-se que o togado singular indeferiu o pedido de perícia fundiária porque não teria competência para rever ou anular decisão proferida pelo Juiz da Vara do Meio Ambiente, sendo que a prova em questão seria dispensável para o deslinde da controvérsia, que se cingiria à inserção de declarações falsas em documento particular.

3. Verifica-se, assim, que foram declinadas justificativas plausíveis para a negativa da diligência almejada pela defesa do acusado, sendo certo que, para se concluir que seriam indispensáveis para a comprovação das teses suscitadas em favor do réu, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência incompatível com a via eleita. Precedentes.

4. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 352.390/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 01/08/2016).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP NÃO CARACTERIZADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO. ART. 109, IV, C/C ART. 115 DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA. EAREsp 386.266/SP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. PEDIDO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DE E. A. INDEFERIDO.

1. Não é omisso ou carente de fundamentos o acórdão recorrido que decide de modo integral a controvérsia, apreciando todos os argumentos apresentados pelos litigantes, apenas extraindo conclusão diversa da almejada pela parte.

2. Segundo a orientação desta Corte, a produção de provas é ato orientado pela discricionariedade do julgador. Assim, compete a ele, a partir da análise dos fatos e das provas, sopesar e decidir, fundamentadamente, quais as diligências necessárias, indeferindo aquelas que considerar desnecessárias ou meramente protelatórias.

3. Na hipótese, a testemunha já havia dado o seu depoimento e esclarecido os fatos, não ficando claro qual o objetivo da nova oitiva requerida pelas partes. Segundo o acórdão recorrido, a diligência era meramente protelatória, e conclusão em sentido contrário encontra óbice na Súmula n° 7 desta Corte.

4. Demonstrar a inexistência de provas para a condenação ou de ausência de dolo na conduta, considerando as afirmações do acórdão e da sentença condenatória em sentido contrário, demandaria ampla e demorada incursão no acervo fático-probatório carreado aos autos, providência inadmissível na via eleita, nos termos da Súmula n° 7/STJ.

5. Conforme recentemente assentado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência no Agravo em Recurso Especial 386.266/SP, a decisão que confirma a negativa de seguimento do recurso especial, por ausência dos pressupostos legais e constitucionais, não tem o condão de obstar o trânsito em julgado, o qual,

dessarte, já se implementou.

6. Agravo regimental desprovido e indeferido o pedido de extinção da punibilidade pela prescrição feito por E A."

(AgRg no AREsp 638.795/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 22/06/2016).

O Supremo Tribunal Federal também adota o mesmo entendimento:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 400, § 1º, DO CPP. LEITURA DO DOCUMENTO EM PLENÁRIO DO JÚRI. POSSIBILIDADE. ARTS. 422 E 479 DO CPP. EXCEÇÃO DE SUPEIÇÃO. INEXISTÊNCIA, EM REGRA, DE EFEITO SUSPENSIVO. ART. 111 DO CPP.

1. Cabe ao juízo ordinário indeferir as diligências consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (CPP, art. 400, § 1º), sendo inviável, na via do *habeas corpus*, avaliar a necessidade, ou não, do que requerido pela defesa. Precedentes.

(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento."

(RHC 126.204 AgR, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe 09/09/2015).

"Constitucional e Processo Penal. Agravo regimental em RHC. Crime de pornografia infantil (art. 241, *caput*, da Lei nº 8.069/90, com a redação dada pela Lei nº 10.764/03). Testemunha desconhecedora dos fatos e do réu. Indeferimento da oitiva. Decisão fundamentada (artigo 400, § 1º, do CPP): Testemunha habilitada em informática e/ou direito eletrônico. Oportunidade de juntada de documento pertinente a tais conhecimentos técnicos. Ausência de afronta à ampla defesa. Decisão monocrática que nega seguimento a pedido ou recurso em contrariedade com a jurisprudência do Tribunal (artigos 21, § 1º, e 192 do RISTF). Precedentes.

1. O princípio do livre convencimento racional, previsto no § 1º do art. 400 do CPP, faculta ao juiz o indeferimento das provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Precedentes: HC nº 106.734, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, 1ª Turma, DJe de 04/05/2010; HC nº 106.734/PR, Primeira Turma, Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 04/05/11; HC nº 108.961, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJe de 08/08/2012; AI nº 741.442/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 15/06/11; AI nº 794.090/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro GILMAR MENDES, DJe de 10/02/11; e AI nº 617.818/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 22/11/10 e RHC 115.133/DF, Rel. Min. LUIZ FUX.

2. *In casu*, o recorrente foi condenado a 2 anos e 11 meses de reclusão pela prática do crime de pornografia infantil (art. 241, *caput*, da Lei nº 8.069/90 com a redação dada pela Lei nº 10.764/03), sendo que a defesa arrolara três testemunhas, das quais duas figuraram como assistentes técnicos, restando apenas uma como testemunha na acepção do termo, tendo o magistrado indeferido sua oitiva, fundado em que "versaria exclusivamente sobre matéria de informática e/ou direito eletrônico", uma vez que não detinha conhecimento dos fatos e, por não conhecer o réu, não apresentaria informações relativas aos seus antecedentes, ressalvando, contudo, que o teor do seu relato, adstrito a conhecimentos técnicos em informática e/ou direito eletrônico, poderia ser documentado nos autos, à critério da defesa.

3. Deveras, tendo o magistrado indeferido fundamentadamente a oitiva, não cabe a esta Corte imiscuir-se em seu juízo de conveniência para aferir se a oitiva da testemunha era perti-

nente ou não ao interesse da defesa.

(...)

6. Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido."

(RHC 126.853 AgR, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 15/09/2015).

No caso em comento, a sentença afastou a referida nulidade, nos seguintes termos:

"Sem razão, ainda, a Defesa, ao sustentar a violação do contraditório e da ampla defesa quando do indeferimento de realização de perícia toxicológica, uma vez que não há nos autos qualquer elemento probatório que a justifique, revelando-se providência inútil e procrastinatória. Que não guarda relação com as condutas criminosas imputada aos réus.

Ademais, não viu a vítima H. as pessoas que faziam uso de substância entorpecente enquanto ele permanecia em cativeiro, de foi ma que a produção daquela prova nada acrescentaria à busca da verdade real e ao Juiz, como destinatário imediato da prova, incumbe o poder-dever de indeferir aquelas que se revelem, desde logo inúteis e procrastinatórias, mormente em se tratando de processo de réus presos." (e-STJ, f. 346).

Como se vê, para uma melhor aferição acerca da concreta indispensabilidade da prova requerida, necessária seria uma profunda incursão em todo o acervo fático-probatório dos autos, providência incompatível com a via eleita. Ilustrativamente:

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CORREIÇÃO PARCIAL. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS PARA A DEFESA (SEGUNDO MOMENTO) ANTERIORMENTE DEFERIDAS PELO JUÍZO (PRIMEIRO MOMENTO). APONTADA PRECLUSÃO *PRO JUDICATO*. INOCORRÊNCIA. PODER INSTRUTÓRIO DO MAGISTRADO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. OBSERVÂNCIA. PRINCÍPIO DA LIVRE APRECIAÇÃO MOTIVADA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 400, § 1º, DO CPP. DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO MAGISTRADO NA APRECIAÇÃO DA PROVA. IMPRESCINDIBILIDADE DAS DILIGÊNCIAS REQUERIDAS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NECESSIDADE DE INCURSÃO APROFUNDADA NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA DOS AUTOS. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

I - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem firme entendimento no sentido de que em matéria de instrução probatória não há se falar em preclusão pro judicato, isto porque os princípios da verdade real e do livre convencimento motivado, como fundamentos principiológicos da etapa probatória do processo penal, pelo dinamismo a ele inerente, afasta o sistema da preclusão dos poderes instrutórios do juiz.

II - 'O fato de a juíza sentenciante ter julgado a lide, entendendo desnecessária a produção de nova prova pericial anteriormente deferida, não implica preclusão '*pro judicato*', pois, em questões probatórias, não há preclusão para o magistrado" (AgRg no REsp 1.212.492/MG, Quarta Turma, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe de 02/05/2014).

III - O devido processo legal assegura às partes a produção das provas que entendem necessárias para comprovar a sua tese, seja defensiva ou acusatória; entretanto, esse direito, inserido nesse mesmo espectro legal esquematizado em atos processuais, não é ilimitado, incondicionado, subjetivo ou arbitrário. Direcionado que é para o magistrado, na formação do seu convencimento quanto à existência (ou não) da responsabilidade penal, caso as entenda irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, poderá indeferi-las, motivadamente, em observância à norma constitucional insculpida no art. 93, IX, da CF. Inteligência do art. 400, §

1º, do CPP.

IV - 'Não obstante o direito à prova, consectário do devido processo legal e decorrência lógica da distribuição do ônus da prova, tendo o processo penal brasileiro adotado o sistema do livre convencimento motivado, ou da persuasão racional, compete ao magistrado o juízo sobre a necessidade e conveniência da produção das provas requeridas, podendo indeferir, fundamentadamente, determinada prova, quando reputá-la desnecessária à formação de sua convicção, impertinente ou protelatória, cabendo ao requerente da diligência demonstrar a sua imprescindibilidade para a comprovação do fato alegado' (HC 219.365/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, DJe 21/10/2013).

V - A alegada imprescindibilidade da realização das diligências requeridas para comprovação da inocência do paciente, por demandar cotejo minucioso de matéria fático-probatória, não encontra campo nos estreitos limites do writ, ação de índole constitucional, marcado por cognição sumária e rito célere, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder.

VI - 'Ainda que houvesse elementos específicos, trazidos para comprovar a imprescindibilidade da diligência requerida, sua apreciação seria incabível nos estreitos limites do habeas corpus, visto ser evidente a inadequação da via eleita para a satisfação da pretensão deduzida' (HC 306.886/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, DJe de 06/04/2015). *Habeas corpus* denegado."

(HC 294.383/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, quinta turma, DJe 03/08/2015).

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. JUÍZES QUE ATUARAM NO INQUÉRITO POLICIAL ARROLADOS COMO TESTEMUNHA DE DEFESA. EXCLUSÃO DO ROL APRESENTADO NA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. PERÍCIA. INDEFERIMENTO MOTIVADO. PROVAS IRRELEVANTES. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O indeferimento fundamentado da produção de prova irrelevante, impertinente ou protelatória para o julgamento da causa não constitui cerceamento de defesa, mas providência coerente com o devido processo legal e com o princípio da razoável duração do processo, máxime porque o magistrado deve fiscalizar a estratégia processual adotada pelas partes e velar para que a relação processual seja pautada pelo princípio da boa-fé objetiva.

2. É possível, excepcionalmente, a exclusão de pessoas do rol de testemunhas da defesa (juízas que atuaram no início do inquérito), quando, de forma motivada, foi reconhecida a irrelevância da prova, na medida em que nada sabiam sobre os fatos em apuração e nem sequer conheciam o recorrente.

3. O indeferimento de perícia considerada desnecessária é ato norteado pela discricionariedade regrada do juiz, consoante o disposto no art. 184 do CPP. Ademais, o Juízo de primeiro grau destacou que poderá, 'se for o caso, determinar, até de ofício, reprodução de provas úteis à instrução'.

4. Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, o *habeas corpus* não comporta reavaliação sobre a pertinência da prova, por demandar exame de fatos, inviável na via estreita.

5. Recurso ordinário não provido."

(RHC 42.890/MA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, sexta turma, DJe 22/0/2015).

Outrossim, conforme se observa da certidão de f. 283 (e-STJ), o patrono do paciente foi devidamente intimado do despacho que indeferiu a reabertura da instrução processual, tendo sido publicado no Diário da Justiça, em 02/09/2005, inclusive com a abertura de prazo para apresentação das alegações finais (art. 500 do CPP). Dessa forma, ao contrário do alegado

pelos impetrantes, inexiste a alegada nulidade.

No que se refere à interceptação telefônica, cumpre registrar que o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal assegura o sigilo das comunicações telefônicas, de modo que, para que haja o seu afastamento, é imprescindível ordem judicial, devidamente fundamentada, segundo o comando constitucional estabelecido no artigo 93, inciso IX, da Carta Magna.

Nessa esteira, o art. 5º da Lei nº 9.296/1996 determina, quanto à autorização judicial de interceptação telefônica, que "a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".

Por sua vez, o art. 2º da norma em referência preceitua:

"Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - Não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - A prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - O fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada".

Sobre o tema, colho da sentença os seguintes excertos:

"Da mesma forma, afasto também a alegação de cerceamento de defesa a pretexto de ser ilícita a prova produzida com quebra do sigilo telefônico. É que aquela prova, no que se refere à transcrição das fitas mini-cassetes apreendidas, foi produzida em razão de ter sido franqueada por um dos destinatários da comunicação, que possuía, desta forma, a liberdade de dar a conhecer seu conteúdo, por ser um dos destinatários da comunicação, bem como porque o fez para fins de persecução criminal, mormente porque estava sendo vítima do delito de extorsão mediante sequestro.

De outro aspecto, não cuida a hipótese, no que se refere à transcrição das fitas mini-cassetes apreendidas, propriamente, de quebra de sigilo de comunicações telefônicas, já que a polícia técnica procedeu a degravação de fitas mini-cassetes que eram apreendidas após terem sido encaminhadas, pelos sequestradores, à família da vítima.

É o que se observa do Auto de Exibição e Apreensão de f. 38, que indica a apreensão às margens da rodovia do envelope contendo carta manuscrita pela vítima, com manchas de sangue e uma fita mini-cassete, com a mensagem gravada pela vítima, de forma que aquela fita não foi objeto de comunicação telefônica, constituindo apenas prova material do de extorsão mediante sequestro.

Consigno, por oportuno, não constituir prova ilícita a identificação de contatos telefônicos através de 'binas', bem como a gravação da comunicação quando são elas franqueadas à autoridade policial por um dos interlocutores, por estar sendo vítima do gravíssimo crime de extorsão mediante sequestro.

Ademais, como indica expressamente o Relatório da D. autoridade Policial (f. 155-160), no decorrer das investigações, foi deferida a interceptação telefônica dos números citados naquele relatório, que permitiram a identificação do réu Aílton e a localização do local do cativeiro, onde se encontrava a vítima, não estando, portanto, presente a hipótese de prova ilícita.

É que a Lei Maior expressamente prevê

exceção ao princípio da inviolabilidade das comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma da Lei, para fins de investigação criminal, sendo esta a hipótese dos autos (Art. 5º, XII da C.F.).

De outro aspecto, franqueada pela vítima a escuta da comunicação, no interesse da elucidação do crime gravíssimo que estava sendo executado, não se caracterizava a hipótese de interceptação telefônica, de forma que também por este fundamento, não há ilicitude da prova." (e-STJ, f. 296-298).

A alegação de ausência de autorização para a interceptação telefônica do paciente mostra-se improcedente, uma vez que as instâncias ordinárias afirmaram a existência de decisão autorizando as escutas constantes no relatório da autoridade policial.

Lado outro, consoante afirmado no acórdão impugnado, "não se incluiu no sigilo de comunicação a degravação de fitas de áudios apreendidas durante a investigação de crime de extorsão mediante sequestro, assim como a escuta de ligações telefônicas dirigidas aos familiares da vítima e a identificação de chamadas através do bina", além de que "a condenação dos apelantes não se deu em razão de interceptação telefônica".

A respeito do tema, ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES afirmam que a gravação, "quando realizada por um dos interlocutores que queria documentar a conversa tida com terceiro, não configura nenhum ilícito, ainda que o interlocutor não tenha conhecimento de sua ocorrência" (As nulidades no processo penal, 11ª ed. rev. e atual, São Paulo: RT, 2010, p. 186).

Com efeito, esta Corte consolidou o seu entendimento no sentido da desnecessidade de autorização judicial prévia para que a gravação ambiental, realizada por um dos interlocutores, seja utilizada como meio de prova no processo penal, na busca da verdade real.

A corroborar tal entendimento, a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal assim determina:

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. DENÚNCIA. PECULATO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. DESVIO DE VERBA PÚBLICA. FRAUDE A LICITAÇÃO. AUTORIA COLETIVA. DESCRIÇÃO FÁTICA GENÉRICA. SUFICIÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE INDÍCIOS DE AUTORIA. INÉPCIA. NÃO OCORRÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

4. Quanto à alegação de ilicitude de prova, conforme ressaltado pelo MPF, 'o impetrante sustenta que a gravação ambiental utilizada pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo para embasar a denúncia seria uma 'fraude' criada pelos Promotores de Justiça para prejudicar o paciente e beneficiar a Sra. Ana Lúcia Ferreira da Silva. Todavia, não havendo demonstração de plano das alegações feitas sobre a ilicitude da prova, o exame da matéria em questão demandaria aprofundada análise do conjunto probatório produzido, providência incabível pela via estreita do *habeas corpus*, remédio constitucional de rito célere e de cognição sumária.'

[...]

6. Registre-se que as alegações sobre a ilicitude da prova utilizada pelo Ministério Público requerem o reexame do conjunto fático-probatório, incabível em sede de *habeas corpus.* Precedentes desta Corte. Em princípio, a gravação clandestina (realizada por um dos interlocutores, sem o consentimento dos demais), quando produzida com o intuito de comprovar a inocência do acusado ou investigado, no exercício de direito de defesa, mesmo na esfera policial, não se trata de prova ilícita.

7. Inexistência de constrangimento ilegal,

hábil a justificar a concessão do *writ*.

8. Ordem denegada." (HC 287.013/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, quinta turma, DJe 10/02/2017).

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. UTILIZAÇÃO EM PROCESSO JUDICIAL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. CONTROVÉRSIA REFERENTE À NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA. ALEGAÇÃO DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA.

1. É lícita a prova produzida a partir de gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, quando não existir causa legal de sigilo ou de reserva da conversação.

2. Não caracteriza cerceamento de defesa a decisão que, motivadamente, indefere determinada diligência probatória. Precedentes: AIs 382.214, da relatoria do ministro CELSO DE MELLO; e 144.548-AgR, da relatoria do ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Agravo regimental desprovido."

(RE 630.944/BA AgR, Rel. Ministro AYRES BRITTO, segunda turma, julgado em 25/10/2011, DJe 19/12/2011).

Em relação à alegada ofensa ao juiz natural, tem-se que o princípio da identidade física do juiz não se reveste de caráter absoluto, possuindo exceções em casos de motivos legais que impeçam o magistrado que presidiu a instrução sentenciar o feito, hipótese em que o processo-crime será validamente julgado pelo sucessor. Aplicação analógica do art. 132 do CPC/73.

A corroborar tal entendimento, os seguintes precedentes desta Corte:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ART. 157, § 3º, IN FINE, DO CÓDIGO PENAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 132 DO CPC/1973. HIPÓTESES DE AFASTAMENTO EM QUE O JUIZ É SUBSTITUÍDO POR SEU SUCESSOR LEGAL. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DESFAVORECIMENTO DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. TRAUMA PSICOLÓGICO CAUSADO NOS PARENTES DA VÍTIMA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

II - O Superior Tribunal de Justiça, há muito, vem entendendo que se deve aplicar, por analogia, o disposto no art. 132 do CPC/1973 (vigente à época da condenação) - o qual traz exceções à aplicação do princípio da identidade física do juiz - nos casos de ausência do magistrado que presidiu a instrução criminal em razão de convocação, licença, afastamento, promoção ou aposentadoria, devendo os autos serem transferidos ao seu sucessor legal.

III - *In casu*, consta do v. acórdão vergastado que o juiz que presidiu a instrução, no momento da prolação da sentença, encontrava-se afastado em gozo de licença de saúde, não havendo, portanto, desconformidade entre o que restou decidido e a jurisprudência desta Corte Superior.

IV - [...] O entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de *habeas corpus*, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta

nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita (HC nº 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU de 11/04/2005).

V - Não há flagrante ilegalidade no incremento punitivo, a título de desfavorecimento das consequências do delito, motivado no fato de ser a vítima bastante jovem e de haver sido executada diante de seus familiares, causando-lhes profundos traumas psicológicos. São razões concretas que desbordam dos elementares do tipo de roubo com resultado morte, podendo ser valoradas negativamente no âmbito da discricionariedade juridicamente vinculada do julgador.

Habeas Corpus não conhecido." (HC 385.321/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, quinta turma, DJe de 16/08/2017).

"PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.343/2006. ART. 12 DA LEI Nº 10.826/03. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. CRIMES PERMANENTES. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. COLHEITA DA PROVA PELA MAGISTRADA TITULAR, À ÉPOCA. SENTENÇA PROLATADA, EM RAZÃO DE AFASTAMENTO MOTIVADO POR DESIGNAÇÃO PARA OUTRO JUÍZO, PELO SUCESSOR. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE AO TRÁFICO DE DROGAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1. 'Tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio do acusado, não havendo se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida (precedentes).' (HC 306.560/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, quinta turma, julgado em 18/08/2015, DJe 01/09/2015).

2. Para se concluir que não havia situação de flagrância, seria necessário reexaminar o contexto fático-probatório dos autos, o que se afigura inviável na estreita via eleita.

3. O princípio da identidade física do juiz coaduna-se com a ideia de concentração de atos processuais. Todavia, as diversas intercorrências que sobrevêm no curso do procedimento, por vezes, fazem com que o deslinde da ação penal não se efetue na audiência una. Desta forma, a fim de resguardar o sistema, é imperiosa aplicação analógica do artigo 132 do Código de Processo Civil, que autoriza, nos casos de afastamento (na espécie, motivado pela designação da magistrada que presidiu a instrução para atuar em outro juízo), que o magistrado substituto/sucessor sentencie a ação penal, a despeito de não ter presidido a instrução.

4. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se ao tráfico de drogas, fazendo dele seu meio de vida, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

5. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 359.420/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe de 26/08/2016).

Por fim, no que concerne à alegada violação do princípio da verdade real, o Juízo singular afirmou que "a deficiência alegada quanto ao trabalho da polícia não prejudica os acusados, já que eles respondem pelos fatos apura-

dos e que lhes foram imputados e não pelo que não foi apurado" (e-STJ, f. 351).

De fato, do exame dos julgados proferidos pelas instâncias ordinárias, verifica-se que a condenação se deu diante do farto material probatório, seja documental e pericial (laudos de exames papiloscópicos, de degravação das negociações e de recognição visuográfica, o qual retrata o cativeiro onde a vítima permaneceu encarcerado, além do laudo de exame de corpo de delito da vítima), bem como testemunhal.

Assim, ao contrário do alegado pelos impetrantes, a condenação está respaldada em acervo probatório robusto, no qual se extraiu a conduta delituosa do paciente e dos outros acusados, que se associaram para a prática dos delitos de formação de quadrilha, roubo majorado e extorsão mediante sequestro.

Ante o exposto, não conheço do *writ*. É como voto.

AÇÕES AFIRMATIVAS. CONCURSO PÚBLICO. COTA RACIAL. NOMEAÇÃO. ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO GERAL NO CONCURSO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADO. REGRAS ESTABELECIDAS NO EDITAL. LEI Nº 6.067/2011.

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - POLÍCIA CIVIL - OFICIAL DE CARTÓRIO - SISTEMA DE COTAS - RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS E ÍNDIOS - LEI Nº 6.607/11 - CANDIDATO NÃO CONVOCADO PARA A SEGUNDA ETAPA DO CERTAME - CLASSIFICAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS - PRETERIÇÃO NÃO DEMONSTRADA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE SE MANTÉM - O autor prestou concurso para o cargo de Oficial de Cartório da Polícia Civil, no qual foram ofertadas 750 (setecentos e cinquenta) vagas, concorrendo para as vagas reservadas para negros. No Edital constou que seriam convocados para a 2ª etapa os candidatos aprovados na 1ª etapa, correspondente a 02 (duas) vezes o número de vagas ofertadas, acrescidos dos candidatos aprovados que obtivessem nota idêntica a do candidato classificado na 1.500ª posição, estando os demais candidatos eliminados e, portanto, excluídos automaticamente do concurso. Demandante que não foi classificado entre os candidatos aprovados para a realização da 2ª etapa, já que obteve na classificação geral a 2.621ª colocação, e na classificação de candidatos cotistas o 372º lugar. Sentença de improcedência que se mantém, uma vez que o apelante que não logrou êxito em alcançar classificação que o habilitasse a prosseguir das etapas seguintes do certame. Negado provimento ao recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, na apelação cível nº 0090033-43.2014.8.19.0001, em que é Apelante Márcio Fernandes Ribeiro e Apelado Estado do Rio de Janeiro,

Acordam os Desembargadores que participam da sessão da Décima Sétima Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Márcio Fernandes Ribeiro ajuizou ação de obrigação de fazer em face do Estado do Rio de Janeiro, alegando, em síntese, que prestou concurso para o cargo de Oficial de Cartório da Polícia Civil, concorrendo para as vagas reservadas para negros, sendo classificado, na 1ª etapa do certame, em 372ª colocação. Aduz que foram ofertadas 750 (setecentos e cinquenta) vagas, sendo que constou no edital que seriam convocados para a 2ª etapa os candidatos aprovados na 1ª etapa, respeitada a ordem de classificação, correspondente a 02 (duas) vezes o número de vagas ofertadas. Afirma que como a cota de negros e índios era de 20% (vinte por

cento) do total de vagas, conforme item 1.6 do edital, como foram chamados 1.500 (um mil e quinhentos) candidatos no total, deveriam ter sido chamados 300 (trezentos) negros e índios, o que não ocorreu. Sustenta que candidatos negros e índios que deveriam integralizar a listagem geral (ampla) em razão de sua pontuação, passaram a ocupar, indevidamente o contingente reservado a negros e índios, que não obtiveram pontuação necessária para constar da listagem geral. Argumenta que 90 (noventa) candidatos que concorreram as vagas cotistas obtiveram nota para serem incluídos na listagem ampla, assim, sobrariam 90 (noventa) vagas e a classificação do demandante subiria para 282ª. Ressalta a violação aos princípios da vinculação ao edital, da isonomia e da legalidade. Requer que seja anulada a lista de classificação publicada, para compelir o réu a recolocar o autor na listagem de negros e índios, bem como para que permita que o autor realize as demais etapas do concurso. (Indexador 00002)

Contestação do Estado do Rio de Janeiro sustentando, em síntese, que o autor não foi classificado entre os candidatos aprovados, já que alcançou na classificação geral a 2.621ª colocação, e na classificação de candidatos cotistas o 372º lugar. Esclarece que, conforme o edital do referido concurso nos itens 1.6 e 1.5, que tratam respectivamente da reserva de vagas para candidatos negros/índios e portadores de deficiência, o autor não logrou êxito em alcançar classificação que o habilitasse a prosseguir das etapas seguintes do certame. Informa que o último candidato cotista convocado para a 2ª etapa do certame obteve a 2.563ª posição na classificação geral e a 365ª na classificação de candidatos cotistas. Argumenta que a classificação do autor no referido certame se deu fora do número de vagas oferecidas. Destaca que a não convocação do autor para dar continuidade às demais etapas do concurso está de acordo com os critérios do Edital do Concurso e em conformidade com expressa previsão legal, em atendimento ao interesse público, que fixou número de vagas reservadas aos candidatos negros/índios. Pleiteia pela improcedência do pedido. (Indexador 000304)

A sentença julgou improcedente o pedido autoral, condenando o demandante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, observada a gratuidade de justiça. (Indexador 000537)

Em apelação, o autor reitera os argumentos expedidos na peça inicial. Requer o provimento do recurso, com a reforma do *decisum*. (Indexador 00566)

Contrarrazões do réu prestigiando a sentença. (Indexador 00613)

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça opinando pelo desprovimento do apelo. (Indexador 00637)

Recurso tempestivo, sendo o recorrente beneficiário da gratuidade de justiça.

VOTO

Preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, o presente recurso deve ser recebido em seus regulares efeitos.

Cinge-se a controvérsia acerca do direito de o autor, ora apelante, ser nomeado no cargo para o qual prestou concurso público, sob alegação de que a classificação dos candidatos que concorreram a reserva de cotas para negros/índios se deu em dissonância com o que estava previsto no Edital.

Na hipótese vertente, o autor, ora apelante, realizou concurso público para o cargo de Oficial de Cartório da Polícia Civil concorrendo para as vagas reservadas para cota racial, ten-

do sido aprovado, na 1ª etapa do certame com 53 pontos, alcançando na classificação geral a 2.621ª colocação e, na classificação de candidatos cotistas, o 372º lugar, sendo ofertadas, no total, 750 (setecentos e cinquenta) vagas.

O sistema de cotas tem como finalidade garantir a igualdade material entre os candidatos na concorrência de vagas em concursos públicos, em razão de distorções de ordem econômica, social e cultural.

O art. 1º da Lei Estadual nº 6.067/2011 reserva o percentual de 20% das vagas para negros e índios, *in verbis*:

Art. 1° Ficam reservadas aos negros e índios 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal do Poder Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e Executivo do Estado do Rio de Janeiro e das entidades de sua Administração Indireta.

Ocorre que os candidatos destinatários da reserva de vagas a negros e índios concorrem tanto para as vagas destinadas aos cotistas, como para aquelas destinadas a todos, na forma estabelecida no parágrafo 2º do mencionado artigo, como se verifica:

§ 2° Os candidatos destinatários da reserva de vagas a negros e índios sempre concorrerão à totalidade das vagas existentes, sendo vedado restringir-lhes o acesso aos cargos ou empregos objeto do certame às vagas reservadas.

Vale ressaltar, ainda, o disposto no parágrafo 1º do art. 3º:

§ 1° A nomeação dos candidatos aprovados será de acordo com a ordem de classificação geral no concurso, mas, a cada fração de 5 (cinco) candidatos, a quinta vaga fica destinada a candidato negro ou índio aprovado, de acordo com a sua ordem de classificação na lista específica.

Assim sendo, a nomeação dos candidatos cotistas aprovados será realizada de acordo com a ordem de classificação geral no concurso.

Da leitura do Edital do concurso, verifica-se que o item 11.1 prevê que serão convocados para a 2ª etapa os candidatos aprovados na 1ª etapa, correspondente a 02 (duas) vezes o número de vagas ofertadas, acrescidos dos candidatos aprovados que obtiverem nota idêntica a do candidato classificado na 1.500ª posição, estando os demais candidatos eliminados e, portanto, excluídos automaticamente do concurso:

11.1. Serão convocados para a 2ª etapa (Prova de Capacidade Física), por meio de Edital divulgado no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, Parte I, e no site www.ibfc.org.br, os candidatos aprovados na 1ª etapa (Prova de Conhecimentos), respeitada a ordem de classificação, correspondente a 02 (duas) vezes o número de vagas ofertadas, acrescidos dos candidatos aprovados que tiverem nota idêntica à do candidato classificado na 1.500ª posição, estando os demais candidatos eliminados e, portanto, excluídos automaticamente do concurso.

Com efeito, o apelante obteve na classificação geral a 2.621ª colocação e, na classificação de candidatos cotistas, o 372º lugar, ou seja, fora do número de vagas ofertadas.

Tendo em vista que o autor não logrou êxito em alcançar classificação que o habilitasse a prosseguir nas demais etapas do certame, a sua eliminação do certame deve ser mantida, eis que foi realizada em consonância com as regras estabelecidas no Edital.

E, como bem salientou o d. juiz singular:

"(...) observa-se que o autor não foi classificado dentro do número de vagas destinadas à convocação para a segunda etapa, não havendo que falar em direito subjetivo do autor à convocação para a realização da segunda etapa do concurso, uma vez que não houve qualquer preterição ao autor, eis que foi regularmente observada a ordem de classificação dos candidatos convocados. (...)"

Ressalte-se que o acolhimento da pretensão autoral implicaria na ofensa aos princípios da vinculação ao edital, da isonomia e da presunção de legalidade.

A questão controvertida restou devidamente analisada pela d. Procuradoria de Justiça em seu parecer, cujo trecho ora se transcreve:

"...a Lei Estadual nº 6.067/2011 prevê a aplicação das ações afirmativas no momento da nomeação, sendo certo que não há no edital previsão em sentido contrário, pelo que não podem ser aplicados prematuramente os percentuais de reserva de vagas, sob pena de ofensa aos princípios da vinculação ao edital, da isonomia e da presunção de legalidade.

Observe-se que, segundo informações da Polícia Civil (f. 311 e segs.), o último candidato em ampla concorrência convocado para se submeter à prova física ocupou a 1.274ª posição na classificação geral do concurso. No que se refere às vagas destinadas a negros/índios, o último candidato convocado para realizar a prova física obteve 54 pontos, alcançando a 2.563ª posição na classificação geral e a 365ª na classificação de candidatos cotistas.

Dessa forma, de acordo com a lei que rege a matéria, com o edital do certame e com o conjunto probatório carreado aos autos, o apelante não logrou êxito em alcançar classificação que o habilitasse a prosseguir nas demais etapas do certame. (...)"

Neste sentido, colaciona-se jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. OFICIAL DE CARTÓRIO. APROVADO FORA DAS VAGAS DE AMPLA CONCORRÊNCIA. SEGURANÇA DENEGADA. IRRESIGNAÇÃO DO IMPETRANTE. RESERVA DE VAGAS. OBSERVÂNCIA EM TODAS AS ETAPAS DO CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Cinge-se a controvérsia a aferir o direito do candidato de prosseguir nas demais etapas do concurso para provimento do cargo de Oficial de Cartório da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. O edital do certame previa 750 (setecentos e cinquenta) vagas na classe inicial da carreira de Oficial de Cartório Policial do quadro permanente da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, assegurando-se a reserva de 5% (cinco por cento) aos candidatos portadores de deficiência e outros 20% (vinte por cento) aos candidatos negros e índios, conforme a legislação especial aplicada. O apelante se classificou na 1.348ª colocação para as vagas de ampla concorrência, sendo certo que o próprio afirma que a Administração convocou até o candidato classificado na posição nº 1.191 de ampla concorrência, bem como que as demais vagas foram destinadas a candidatos cotistas e portadores de deficiência. Nessa linha, vê-se que apenas 523 vagas, correspondentes a 75% (setenta e cinco por cento) das vagas ofertadas destinavam-se aos candidatos submetidos à ampla concorrência, na qual inclui-se o impetrante, haja vista a reserva de 5% (cinco por cento) das vagas aos candidatos portadores de deficiência, nos termos do §2°, do art. 5° do Decreto Estadual n° 43.876/2012, além da reserva do percentual de 20% (vinte por cento) das vagas aos negros e ín-

dios, na forma da Lei Estadual n° 6.067/11. Sendo que 1.126 candidatos de ampla concorrência seriam convocados para a segunda etapa. Verifica-se que inexiste o direito material pretendido, eis que o apelante se classificou fora do número de vagas estipulado no edital, bem como fora do número de candidatos convocados, gerando apenas mera expectativa de direito. Tais ações afirmativas visam aumentar a participação de grupos discriminados no acesso à política, educação, saúde, emprego, bens materiais, redes de proteção social e/ou no reconhecimento cultural. Por isso a reserva de vagas destinadas ao sistema de cotas deve ser observada desde o início do concurso público e, consequentemente, ao longo de cada uma de suas etapas, exatamente como ocorreu no caso concreto. Pensar de modo diverso, aplicando-se a reserva de vagas somente quando da nomeação dos candidatos, ignorando-a ao longo das demais etapas do certame, seria esvaziar a lei e sua finalidade, uma vez que os candidatos inscritos para as vagas reservadas seriam preteridos ao longo do certame. Precedentes do C. STJ. Ausência de direito líquido e certo. Sentença que não merece reparo. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

(0004404-83.2014.8.19.0007 - Apelação - Des(a). ANDRÉ EMILIO RIBEIRO VON MELENTOVYTCH - Julgamento: 24/10/2017 - Vigésima Primeira Câmara Cível)

À conta de tais fundamentos, o voto é no sentido de negar provimento ao recurso, mantida a sentença impugnada por seus jurídicos fundamentos.

Rio de Janeiro, 20 de junho de 2018.

DES. EDSON VASCONCELOS
Relator

ALUGUEL SOCIAL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DIREITO À MORADIA. CONDOMÍNIO CONSTRUÍDO EM ÁREA DE MANGUEZAL. AUTORIZAÇÃO DO MUNICÍPIO. FORTES CHUVAS. REASSENTAMENTO DA POPULAÇÃO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA. ALUGUEL SOCIAL. MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO. CONJUNTO HABITACIONAL FINANCIADO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. CHUVAS DE 2010. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA FUNDAMENTADA NA VIOLAÇÃO À LEI Nº 12.651/12. IMÓVEL INTERDITADO PELA DEFESA CIVIL EDIFICADO EM ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. RECURSO MANEJADO PELA AUTORA, PUGNANDO PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MUNICÍPIO RÉU QUE APROVOU E CONCEDEU AUTORIZAÇÃO PARA A CONSTRUÇÃO DO CONDOMÍNIO EM ÁREA DE MANGUEZAL. IMPOSSIBILIDADE DO ENTE FEDERATIVO APÓS 30 ANOS DA EDIFICAÇÃO PELO MESMO AUTORIZADA E, COINCIDENTEMENTE APÓS A TRAGÉDIA DE 2010 ALEGAR VIOLAÇÃO AO MEIO AMBIENTE PARA NÃO ARCAR COM SUA RESPONSABILIDADE. DILIGÊNCIA QUE VISA ASSEGURAR A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIO CONSAGRADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MEDIDA TEMPORÁRIA QUE VISA ASSEGURAR A RECONSTRUÇÃO DA VIDA EM SOCIEDADE. OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ARTIGO 8º DO DECRETO 42.406/10, QUE DISPÕE SOBRE O REASSENTAMENTO DA POPULAÇÃO QUE VIVE EM ÁREAS DE RISCO. PROVIMENTO AO RECURSO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0063440-65.2014.8.19.0004, em que é Apelante: Raphaelly dos Santos Ferreira e Apelado: Município de São Gonçalo.

Acordam os Desembargadores da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada proposta por Raphaelly dos Santos Ferreira em face do Município de São Gonçalo onde alega ser legítima possuidora do imóvel situado na rua Pedro Anunciato da Cruz, nº 83 - Bairro Palmeiras - São Gonçalo.

Aduz a parte autora que em decorrência das fortes chuvas que assolaram o município no ano de 2010, o referido imóvel teve sua estrutura completamente comprometida, situação que ensejou o Auto de Interdição de nº 2335/2010 referente ao Boletim de Ocorrência de nº 1531/2010 de 02 de agosto de 2010. Por encontrar-se impossibilitada de retornar à sua residência, realizou cadastro junto ao Poder Público Municipal para recebimento do "Aluguel Social", sendo certo que preenchia todos os requisitos para tanto. Ocorre que, até o momento do ajuizamento da ação o réu não havia pagado qualquer quantia referente ao benefício.

Requer antecipação dos efeitos da tutela para que o réu proceda ao pagamento do "Aluguel Social" no valor e termos do Decreto vigente. Ao final, requer indenização por danos morais e o pagamento das parcelas devidas a título de aluguel social a contar do mês de agosto de 2010.

Com a inicial vieram os documentos de f. 13/34.

Decisão, a f. 38/39, deferindo a antecipação da tutela para determinar que o réu proceda ao pagamento do aluguel social ou verba similar à parte autora, no valor de R$ 400,00.

Peça contestatória, a f. 55/63, alegando, preliminarmente, ilegitimidade passiva e falta de interesse processual. No mérito, alega que, em decorrência da demora da autora em ingressar a presente ação, deduz-se que a mesma não necessita da quantia pleiteada a título de aluguel social. Ressalta ainda que o réu não praticou qualquer conduta que pudesse lesar a esfera de direitos da parte autora. Logo, não há danos a serem ressarcidos. Requer a improcedência dos pedidos autorais.

Sentença no indexador 98, nos seguintes termos:

"Ante ao exposto, julgo improcedente o pedido inicial, na forma do art. 487, I do CPC/15.

Revogo decisão que deferiu tutela antecipatória.

Considerando o grau de zelo do patrono da parte ré, a natureza da causa e o trabalho e tempo exigido pelo serviço dos patronos, condeno a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R$ 500,00 em favor do patrono da parte ré, bem como ao pagamento das despesas processuais, na forma do art. 85, §2° e 8º do CPC/15, observado o art. 98, caput e §§2° e 3° do CPC/15, ante a gratuidade de justiça deferida à parte autora.

P.R.I. Transitada em julgado, certifique-se.

Após, nada mais requerido, remetam-se os autos à Central de Arquivamento do 2º NUR."

Apelação da parte autora repisando os mesmos argumentos sustentados em sua inicial, frisando os seguintes pontos: (i) ao contrário do que menciona a r. Sentença de mérito, a recorrente teve sua residência interditada pelo município apelado em razão da calamidade que se abateu no estado do Rio de Janeiro em razão das fortes chuvas ocorridas nos dias 05 e 06 de abril de 2010; (ii) o laudo de interdição (f. 21), deixa claro que as fortes chuvas ocorridas na região foram a causa da interdição da

casa da apelante; (iii) nos idos de 1980, ao longo da Estrada das Palmeiras, estrada essa que vai do Bairro Itaúna até Salgueiro, passando pelo Bairro das Palmeiras, foram edificados dois conjuntos habitacionais, ambos no bairro que veio a se chamar Palmeiras, o primeiro denominado conjunto da marinha, edificado pela Caixa de Construções da Marinha e, mais à frente, o conjunto da PM, este edificado pelo Estado do Rio de Janeiro, para abrigar policiais militares e suas famílias; (iv) a residência da apelante está localizada no conjunto da PM; (v) Os conjuntos habitacionais foram edificados em área de mangue, próximo ao Rio Morto, um afluente do Rio Guaxindiba, razão pela qual consta no auto de interdição do imóvel da apelante a seguinte informação: "fica interditado preventivamente o referido imóvel em função do mesmo ter sido edificado em área de manguezal, próximo à área de preservação ambiental e dos afluentes do Rio Alcântara e GUAXANDIA, chegando o Rio a atingir 2m de altura acima do seu nível nas últimas chuvas de 05 e 06 de abril de 2010..."; (vi) o município réu aprovou e concedeu autorização para a construção do condomínio, não podendo agora, após 30 anos e coincidentemente após a tragédia de 2010, amplamente divulgada, alegar que o imóvel da apelante foi edificado em área de manguezal.

Contrarrazões no indexador 137, requerendo a manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, cabe salientar que estão presentes os pressupostos de conhecimento e admissibilidade recursal.

É cediço que a Administração possui imperiosas obrigações, dentre as quais, de suma relevância, é a preservação da dignidade humana. Não se aproveita, como pretexto para o desacato a tal obrigação, a alegação de falta de previsão orçamentária. Neste contexto, também não há que se falar em ilegitimidade passiva do Estado do Rio de Janeiro, haja vista que a responsabilidade dos entes federativos é solidária, no que tange aos direitos sociais.

Aliás, de se lembrar que a norma relativa à previsão orçamentária está em nível idêntico à concernente ao direito fundamental em apreço, sendo assente em doutrina e jurisprudência o entendimento de que não há hierarquia entre normas constitucionais.

Ambas as disposições, portanto, estão em idêntico nível, não se podendo privilegiar uma em detrimento da outra, com seu total afastamento e esquecimento.

Nesse passo, poder-se-ia aduzir, no máximo, a eventual ponderação de interesses, sendo indiscutível a prevalência do direito à vida, à moradia e à integridade física, cumprindo salientar que os réus possuem meios idôneos para impedir construções irregulares, não o fazendo, entretanto, no presente caso.

In casu, ao revés do que sustenta o réu, ora apelado, a análise detida dos autos não deixa dúvidas acerca da interdição do imóvel que se destinava à residência da parte autora (ind.15), justificando a concessão do benefício, haja vista que o mesmo é medida temporária que tem por finalidade assegurar a sobrevivência e a reconstrução da vida em sociedade.

Outrossim, oportuno salientar que o Município, através do Decreto 119/2010, aderiu ao Programa Morar Seguro, instituído pelo Decreto 42.406/10 que, em seu artigo 8º, dispõe sobre o reassentamento da população que vive em áreas de risco, como no presente caso.

Veja-se:

Art. 8º: Nos casos previstos no art. 5º, enquanto não estiverem disponíveis as unidades habitacionais para reassentamento da população residente em áreas de risco, o Estado providenciará, diretamente ou através do Município, o acolhimento das famílias removidas em abrigo, ou pagará, através da Secretaria de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos, o valor de até R$ 500,00 (quinhentos reais) por mês a título de aluguel social. ”

Neste sentido os julgados abaixo transcritos, inclusive desta câmara de Julgamento:

0001482-61.2011.8.19.0076 - APELAÇÃO. DES. WAGNER CINELLI - Julgamento: 16/07/2013 - Décima Sétima Câmara Cível. Apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Desastre natural que provocou a interdição da residência da demandante. Aluguel social. Solidariedade entre os entes federativos em matéria de moradia. Direito fundamental. Artigos 6º e 23, IX, da CRFB/88. Art. 8º do Decreto Estadual 42.406/2010. Aluguel social. Programa Morar Seguro. Decreto Municipal nº 2.125/2011. Fungibilidade entre os benefícios “auxílio moradia” e “aluguel provisório”. Demandante que preenche os requisitos necessários à percepção do benefício. Decreto Estadual nº 43.091/2011. Reforma parcial da sentença para se determinar o pagamento do aluguel social, mantida a improcedência no tocante à pretensão de se receber moradia definitiva. Sucumbência reciproca. Benefício de gratuidade de Justiça deferido. Recurso conhecido e provido. Art. 557, § 1º - A, do CPC.

0003691-23.2011.8.19.0037 - APELAÇÃO. DES. CELSO FERREIRA FILHO - Julgamento: 09/07/2013 - Décima Quinta Câmara Cível. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ALUGUEL SOCIAL. MUNICÍPIO DE NOVA FRIBURGO. Vítima do desastre climático ocorrido em janeiro de 2011 na Região Serrana do Estado do Rio de Janeiro. Pretensão do demandante ao recebimento dos benefícios denominados “Auxílio-Moradia” (aluguel social) e “programa novo lar,” instituídos pela Lei Municipal nº 3.894/11. Verbas assistenciais que se destinam à disponibilização de recursos mínimos para a reestruturação do lar das famílias atingidas pela tragédia. Apelo dos réus pela improcedência dos pedidos e da autora pretendendo a reforma parcial da sentença, para que o Município seja condenado a lhe disponibilizar moradia definitiva. A parte autora comprovou satisfatoriamente que residia no imóvel ao tempo da catástrofe, sendo suficiente a embasar um juízo de valor favorável. Autora alega que efetuou o cadastro que atesta ter sofrido os efeitos do desastre, o que não foi impugnado pelos réus e é suficiente para demonstrar a plausibilidade do pedido. Preenchimento dos requisitos legais para a concessão dos benefícios. Indeferimento do pedido de condenar o Município a providenciar moradia definitiva à autora. A norma prevista no art. 6º da Constituição Federal é programática não concedendo direito subjetivo à parte autora. Cabe ao Poder Público decidir quanto à conveniência e oportunidade para a efetivação de obras públicas objetivando resguardar o direito constitucional de moradia. DECISÃO MONOCRÁTICA COM FULCRO NO ARTIGO 557, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NEGANDO PROVIMENTO AOS RECURSOS DE APELAÇÃO.

Ademais, impende reconhecer que município apelado aprovou e concedeu autorização para a construção do condomínio em área de manguezal. Portanto, não pode agora, após 30 anos da edificação do condomínio interditado pela defesa civil após a tragédia de abril de 2010 alegar violação ao meio ambiente para não arcar com sua responsabilidade.

Outrossim, consigne-se que, quando o

Município ou suas autarquias integrarem o polo passivo ou forem vencidos, ainda que na condição de autores, arcarão com o pagamento da taxa judiciária, seja para ressarcir a parte autora que adiantou as custas processuais ou em favor do FETJ, quando se tratar de autor beneficiário da gratuidade de justiça.

Sobre o tema, vejamos o Enunciado Administrativo nº 42 do Fundo Especial:

"A isenção estabelecida no art. 115, *caput*, do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro, beneficia os entes públicos quando agem na posição processual de autores, porém, na qualidade de réus, devem, por força do art. 111, II, do Código Tributário Nacional, recolher a taxa judiciária devida ao FETJ, quando sucumbirem na demanda e a parte autora não houver antecipado o recolhimento do tributo. "

A respeito, confiram-se os seguintes precedentes desta Câmara:

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INFARTO. NECESSIDADE DE CIRURGIA DE REVASCULARIZAÇÃO CARDÍACA E POSTERIOR INTERNAÇÃO EM UNIDADE DE TRATAMENTO INTENSIVO. TAXA JUDICIÁRIA IMPOSTA À FUNDAÇÃO VENCIDA NA DEMANDA. CABIMENTO. SÚMULA Nº 145 DO TJRJ. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 557, *CAPUT*, DO CPC. 1. A autarquia municipal na qualidade de ré derrotada em demanda judicial responde pelo pagamento da taxa judiciária, nos termos da Súmula nº 145 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, diante do princípio da sucumbência. 2. Recurso a que se nega seguimento com aplicação da regra contida no art. 557, *caput*, do CPC." (0093476-

44.2012.8.19.0042 - APELAÇÃO - DES. ELTON LEME -Julgamento: 21/03/2014 - Décima Sétima Câmara Cível).

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE SAÚDE DE PETRÓPOLIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DA FUNDAÇÃO NO QUE SE REFERE À SUA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE TAXA JUDICIÁRIA E EMOLUMENTOS. MANUTENÇÃO DO DECISUM. 1. A Lei nº 4.168, vigente a partir de 29/09/2003, alterou a redação do artigo 115 do Código Tributário Estadual para acrescentar-lhe o parágrafo único, não prevendo o dispositivo qualquer isenção ao pagamento de taxa judiciária devidas por autarquias e fundações municipais. 2. In casu, aplica- se também o Provimento CGJ nº 13, de 15/03/2011, que deu nova redação ao art. 166 da Consolidação Normativa da Corregedoria Geral de Justiça, para ressaltar que a reciprocidade mencionada no artigo 115 do Decreto-lei nº 05/75 não abrange as autarquias federais e municipais em qualquer hipótese. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, COM FULCRO NO ART. 557, *CAPUT*, DO CPC". (0026317-50.2013.8.19.0042 - APELAÇÃO - DES. MARCIA ALVARENGA - Julgamento: 09/07/2014 - Décima Sétima Câmara Cível).

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso. De ofício, condeno o Município ao pagamento da taxa judiciária.

Rio de Janeiro, 07 de fevereiro de 2018.

DESª FLÁVIA ROMANO DE REZENDE
Relatora

COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. PEDIDO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA NEGADO. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. DIREITO FUNDAMENTAL.

ACESSO À JUSTIÇA. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REFORMA DA DECISÃO. GRATUIDADE DEFERIDA.

DECISÃO

Direito Imobiliário. Compra e venda de imóvel. Descumprimento contratual. Demora na entrega das chaves. Ação de reparação por danos morais. Decisão que rejeitou o pedido da autora de gratuidade dos serviços judiciários.

Recurso. Alegação da autora de ter rendimentos mensais insuficientes para pagamento das custas sem comprometer o seu sustento e o da família. Declaração de hipossuficiência apresentada nos autos. Comprovantes de renda que demonstram ter a autora renda média de R$ 5.400,00, mas várias despesas com condomínio, luz, água, entre outras.

Sob pena de se inviabilizar o direito fundamental de acesso à Justiça, assegurado pela Constituição da República no art. 5º, XXXV, acolhe-se o pedido, tendo em vista o autor demonstrar ser parte hipossuficiente na demanda, tendo juntado cópias de comprovantes de renda, que demonstram possuir renda módica.

Assim, faz jus à gratuidade dos serviços judiciários, nos termos do art. 98 do Código de Processo Civil, e da Lei nº 1.060/50, corolário da garantia fundamental que assegura o acesso à justiça, sem prejuízo de posterior revogação ou cassação. (Art. 5º, XXXV e LXXIV, da Lei Maior).

Ademais, nos termos do art. 99, § 4º, do Código de Processo Civil, "a assistência por advogado particular não impede a concessão da gratuidade de justiça".

Precedentes citados: Agravo de Instrumento nº 0048786-80.2017.8.19.0000, Rel. Des(a). Nagib Slaibi Filho, julgamento: 04/09/2017, Sexta Câmara Cível; Agravo de Instrumento nº 0075134-09.2015.8.19.0000, Rel. Des. Regina Lucia Passos, Vigésima Quarta Câmara Cível Consumidor; Agravo de Instrumento nº 0053927-22.2013.8.19.0000, Rel. Des. Peterson Barroso Simão, julgamento: 07/10/2013, Vigésima Quarta Câmara Cível Consumidor.

Provimento de plano do recurso. Aplicação do art. 932, V, "a", do Código de Processo Civil.

DECISÃO MONOCRÁTICA

Nos autos de ação de reparação por danos morais, em que se discute descumprimento contratual pelas rés, recorre-se de decisão que indeferiu o pedido da autora de concessão de gratuidade dos serviços judiciários, por entender o douto Julgador *a quo* que a requerente possui renda suficiente para assumir as despesas processuais sem qualquer prejuízo para a própria manutenção e de seus familiares, além de ter declarado ter renda mensal superior a R$ 7.000,00 (sete mil reais).

Alega a demandante, em suma, que o argumento utilizado pelo Juízo não condiz com a realidade fática e nem documental, conforme se aduz ao analisar os contracheques da autora dos últimos meses, onde diz que a mesma perfaz o valor mensal, em média, de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), sendo certo que arcar com as custas processuais prejudicaria o seu sustento e de sua família.

A gratuidade dos serviços judiciários, prevista no art. 5º, LXXIV da Constituição da República, constitui direito fundamental, corolário da garantia constitucional do acesso à justiça, assegurada pelo art. 5º, XXXV, da Lei Maior.

O referido direito encontra-se previsto no Código de Processo Civil, arts. 98/102, e na Lei nº 1.060/50, e compreende a gratuidade de todas as custas e despesas judiciais relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo (art. 98, § 1º, CPC).

A respeito do tema, diz o enunciado da Súmula 39 do Eg. Tribunal de Justiça: É facultado ao Juiz exigir que a parte comprove a insufici-

ência de recursos, para obter concessão do benefício da gratuidade de Justiça (art. 5., inciso LXXIV, da CF/88), visto que a afirmação de pobreza goza apenas de presunção relativa de veracidade.

Observa-se que, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, estabeleceu-se que: Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural (art. 99, § 3º).

Ademais, nos termos do art. 99, § 4º, do Código de Processo Civil, a assistência por advogado particular não impede a concessão da gratuidade de justiça.

No caso, o requerente não só juntou aos autos declaração de hipossuficiência, que se presume verdadeira, nos termos do dispositivo supracitado, e anexou ainda contracheques dos meses de março a junho de 2018, onde se verifica ter renda média líquida de R$ 5.400,00 (cinco mil e quatrocentos reais) (Anexo, inds. 000008 a 000014).

Constam ainda dos autos cópias de pagamentos relativos a despesas de condomínio, luz, telefone (Anexo, inds. 000015 a 000027), que, de fato, somadas a outras despesas, como alimentação e vestuário, comprometem sua renda e de sua família.

Assim, faz jus ao benefício da gratuidade dos serviços judiciários, na forma do art. 5º, LXXXIV, corolário da garantia constitucional do acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, sem prejuízo de posterior revogação, se eventualmente esta presunção vier a ser desconstituída, caso em que o requerente se sujeitará às sanções processuais e criminais pela falsa afirmação.

Este é o posicionamento deste Tribunal de Justiça sobre a matéria:

0048786-80.2017.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des(a). NAGIB SLAIBI FILHO - Julgamento: 04/09/2017 - Sexta Câmara Cível

Direito Administrativo. Descontos indevidos em folha de pagamento. Indeferimento da gratuidade de justiça. Recurso. Acolhimento. Súmula n° 39 do TJERJ. O contracheque acostado demonstra que o agravante, servidor público do Estado, exercendo o cargo de bombeiro, aufere renda mensal em torno de R$ 2.000,00 (dois mil reais) líquidos. Alegação de ser o provedor de sua família. Demonstração de que não tem condições de arcar com o pagamento das despesas processuais sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Direito à gratuidade dos serviços judiciários, nos termos da Lei nº 1.060/50, corolário da garantia fundamental que assegura o acesso à justiça, sem prejuízo de posterior revogação ou cassação. (Art. 5º, XXXV e LXXIV, da Lei Maior). Provimento de plano do recurso. Aplicação do art. 932, IV, A, do Código de Processo Civil.

0053927-22.2013.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des. PETERSON BARROSO SIMÃO - Julgamento: 07/10/2013 - Vigésima Quarta Câmara Cível Consumidor. 1. Agravo de Instrumento, por meio do qual o autor pretende a reforma da decisão de primeira instância que indeferiu seu pedido de gratuidade de justiça. 2. É isento de imposto de renda aquele que tem renda anual inferior a R$ 24.556,65 (ano-calendário de 2012), o que equivale a uma renda mensal inferior a R$ 2.046,38. 3. O autor tem rendimento bruto de R$ 3.654,83. Todavia, em razão dos diversos descontos em folha de pagamento, especialmente os 20 empréstimos consignados, o rendimento liquido atinge a cifra de R$ 1.357,74. 4. O valor líquido remanescente não é de grande monta a ponto de afastar a necessidade da gratuidade de justiça, sobretudo se considerados os gastos ordinários com moradia, saúde, alimentação, vestuário, etc. 5. Comprovado que o agravante tem renda líquida muito inferior àquela faixa de isentos, conclui-se que

ele enquadra na condição de hipossuficiente e faz jus ao benefício da gratuidade de justiça. PROVIMENTO DO RECURSO.

0075134-09.2015.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Desª REGINA LUCIA PASSOS - Vigésima Quarta Câmara Cível Consumidor

Agravo de Instrumento. Direito Constitucional. Relação de Consumo. Ação Declaratória c/c Indenização por Danos Morais. Indeferimento da gratuidade de justiça. Agravante que aufere rendimentos de menos de 10 (dez) salários -mínimos. Provas trazidas que demonstram que não tem condições financeiras para arcar com as despesas inerentes ao feito, sem causar prejuízo ao seu sustento. A assistência jurídica integral e gratuita tem previsão na Carta Política, art. 5º, LXXIV. O objetivo principal é garantir o acesso à Justiça. Jurisprudência e Precedentes citados:

Ante tais considerações, dá-se provimento de plano ao recurso, na forma do art. 932, V, A, do Código de Processo Civil, para reformar a decisão impugnada e deferir a gratuidade dos serviços judiciários ao agravante.

Rio de Janeiro, 4 de julho de 2018.

DES. NAGIB SLAIBI
Relator

EMISSÃO DE DIPLOMA DE CONCLUSÃO DE CURSO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INTERVENÇÃO JUDICIAL EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO. ATIVIDADE ENCERRADA. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE HISTÓRICO ESCOLAR E DECLARAÇÃO DE CONCLUSÃO DE ENSINO MÉDIO. COMPROVAÇÃO EFETUADA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE EMISSÃO DE DIPLOMA DE CONCLUSÃO DE CURSO OU A CERTIDÃO DE CONCLUSÃO COM FORÇA DE DIPLOMA, HISTÓRICO ESCOLAR E PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL. CENTRO EDUCACIONAL MORAES BASTOS - CEMOB.

- Remédio constitucional previsto no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição da República e no artigo 1º da Lei nº 12.016/09. Comprovação do direito líquido e certo que é condição para a análise da segurança, exigindo-se prova pré-constituída no momento da impetração.

- Na hipótese, a Secretaria de Estado de Educação informou que não foi encontrado o nome do Impetrante na lista dos alunos concluintes que fazem jus à certificação, e que ele não teria comprovado de plano o direito líquido e certo ora perseguido.

- No entanto, verifica-se que o Impetrante apresentou, neste *Mandamus*, não somente o seu histórico escolar datado de 02/09/2010, como também a declaração de conclusão de ensino médio no ano de 2010/1º semestre, emitida em 27/08/2010, ambos os documentos subscritos pela Diretora do Centro Educacional Moraes Bastos - CEMOB. Insta salientar que na referida declaração consta a informação de que o certificado se encontrava em via de publicação no Diário Oficial.

- Assim, o Impetrante comprovou, de plano, que efetivamente concluiu o referido curso.

- Deve, portanto, a autoridade coatora fornecer ao Impetrante o diploma de conclusão do curso, bem como o histórico escolar, com a publicação no Diário Oficial no prazo de 30 dias.

- Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, na forma do artigo 25 da Lei nº 12.016/09 e da Súmula nº 512 do E. STF.CONCESSÃO DA SEGURANÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Mandado de Segurança nº 0004138-78.2018.8.19.0000, onde figuram, como Impetrante Nichollas Rodrigues Silva e Impetrado

Exmo. Sr. Secretário de Educação do Estado do Rio de Janeiro.

Acordam, os Desembargadores que integram a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade em conceder a segurança, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Nichollas Rodrigues Silva impetrou o presente Mandado de Segurança, com pedido de liminar, indicando como autoridade coatora o Exmo. Sr. Secretário de Educação do Estado do Rio de Janeiro, pretendendo, preliminarmente, a gratuidade de justiça e, ao final, a obtenção de Diploma de Conclusão do Ensino Médio, certidão com força de Diploma, com a respectiva publicação no Diário Oficial, e o Histórico Escolar.

O Impetrante sustenta, em síntese, que concluiu o ensino médio no 1º semestre do ano de 2010, no Centro Educacional Moraes Bastos - CEMOB, Instituição esta que, por intervenção judicial, teve suas atividades interrompidas e fora extinta, tendo sido retida a documentação dos alunos que ali estudavam, que apenas puderam obter uma simples declaração/histórico.

A f. 13/14 - index. 000013 foi indeferido o pedido de liminar.

A f. 64 - index. 000064 o Estado do Rio de Janeiro manifestou interesse no feito, reportando-se às informações prestadas pela autoridade coatora, pugnando pela denegação da segurança.

Manifestação da autoridade apontada como coatora a f. 20/23 - index. 000019, pretendendo a denegação da ordem, sob o fundamento da ausência de comprovação do direito líquido e certo afirmado na inicial.

Afirma que não houve a comprovação, de plano, acerca da regularidade da vida escolar do Impetrante, nem de conclusão do curso, ressaltando que o seu nome não consta na lista nominal dos alunos que tiveram direito à certificação.

Manifestação da Procuradoria de Justiça a f. 66/68 - index. 000066 pela denegação da ordem, diante da ausência de prova pré-constituída do ato lesivo do direito líquido e certo.

VOTO

Nos termos do artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição da República, "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data,* quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

Referido remédio constitucional vem, ainda, disciplinado pela Lei nº 12.016/09, que, em seu artigo 1º, dispõe que: "Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data,*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. "

Assim, como condição para a análise da concessão da segurança, faz-se necessária a análise em cada caso concreto acerca da comprovação do direito líquido e certo, exigindo-se, com isso, prova pré-constituída no momento da impetração, uma vez que esta espécie de ação não comporta dilação probatória.

Por certo que é dever do Estado prestar informações sobre históricos escolares dos alunos, bem como providenciar a emissão dos

diplomas, quando uma instituição privada de ensino encerra suas atividades, por força, em especial, de sua atribuição constitucional de fiscalização de tais entidades educacionais, conforme artigos 209, inciso II, e 211, §3º, da CRFB/1988 e artigo 10, incisos II, IV e VI, da Lei nº 9.394/1996. Isso, é certo, desde que a parte demonstre, através de todos os meios de prova admitidos em direito, que cursou e que concluiu o curso.

Vale ressaltar que a expedição de certidão de escolaridade pela Secretaria de Educação não ocorre de forma automática, conforme se depreende do artigo 5º da Deliberação nº 350/15 do Conselho Estadual de Educação, dependendo da verificação da documentação escolar referente ao aluno.

Na hipótese de não localização do acervo da instituição extinta, compete ao Requerente fornecer alguns elementos para viabilizar a análise do seu pedido.

Cite-se:

Deliberação nº 350 do CEE

"Art. 5º. Para que o órgão próprio da SEEDUC possa expedir a Certidão de Escolaridade de que trata esta Deliberação, será imprescindível o atendimento a um dos seguintes requisitos:

I. existirem comprovantes na documentação escolar referente ao aluno, constante no acervo de Escolas Extintas, cuja responsabilidade de recolhimento e guarda compete à Inspeção Escolar/SEEDUC, como: pastas individuais de alunos, diários de classe, livros de matrículas, de transferência, de adaptações, de resultados finais ou relatório anual enviado pela instituição ao órgão próprio do sistema;

II. a vinculação com a instituição de ensino, comprovada por meio de cópia da publicação no Diário Oficial, onde apareça o nome do concluinte ou de documentos abaixo relacionados, constando assinatura(s) de integrante(s) da equipe técnico-administrativo-pedagógica, devidamente investido(s) junto ao órgão próprio do sistema:

- Declaração de Conclusão de Curso;
- Histórico Escolar;
- Diploma ou Certificado.

Art. 6º. Verificado o não cumprimento por parte do requerente e/ou a não localização no acervo documental de elementos suficientes para atendimento ao solicitado, o órgão próprio da SEEDUC deverá dar ciência ao requerente e conceder prazo de 20 (vinte) dias, prorrogáveis por igual período, para que o requerente esclareça ou acrescente elementos para viabilizar a análise e atendimento ao pedido". (...)"

Pois bem. Registre-se que a Secretaria de Estado de Educação informou, notadamente a f. 22/23, que o nome do Impetrante não fora encontrado na lista de alunos concluintes que fazem jus à certificação pretendida.

No entanto, verifica-se que o Impetrante apresentou, neste *Mandamus*, não somente o seu histórico escolar a f. 10/11 do Anexo 1 (e-jud 000010), datado de 02/09/2010, como também declaração de conclusão de ensino médio no ano de 2010/1º semestre, emitida em 27/08/2010 (f. 12 - index. 000012), ambos os documentos subscritos pela Diretora do Centro Educacional Moraes Bastos - CEMOB. Insta salientar que na referida declaração consta a informação de que o certificado se encontrava em via de publicação no Diário Oficial.

Assim, o Impetrante comprovou, de plano, que efetivamente concluiu o ensino médio no Centro Educacional Moraes Bastos - CEMOB, no 1º semestre do ano de 2010.

Nesse sentido:

Mandado de segurança. Requerimento de

certidão de escolaridade, com força de diploma, não atendido. Extinção de escola em que foi concluído o curso de educação profissional técnico de nível médio em enfermagem. Histórico escolar, certidão de conclusão do curso e histórico de estágio que comprovam o direito líquido e certo da impetrante. Atribuição da Secretaria de Estado de Educação. Concessão da ordem. (MANDADO DE SEGURANÇA 0009025-42.2017.8.19.0000 - Relator Des(a). LUCIANO SABOIA RINALDI DE CARVALHO - Julgamento: 16/08/2017 - Sétima Câmara Cível)

Pelo exposto, voto no sentido de conceder a segurança, para determinar que a autoridade coatora forneça ao Impetrante o diploma de conclusão do curso, bem como o histórico escolar, com a publicação no Diário Oficial no prazo de 30 dias. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, na forma do artigo 25 da Lei nº 12.016/09 e da Súmula nº 512 do E. STF.

Rio de Janeiro, 17 de julho de 2018.

DESª MARIA REGINA NOVA
Relatora

***HABEAS CORPUS*. CRIME DE ROUBO. UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO E VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CRFB. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO FÁTICA OU PROCESSUAL A ENSEJAR A LIBERDADE DO RÉU. RECONHECIMENTO SEGURO DO PACIENTE. CUSTÓDIA COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INÉRCIA OU DESÍDIA IMPUTÁVEIS AO JUDICIÁRIO. RECURSO NEGADO.**

HABEAS CORPUS. CRIMES DE ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP, QUESTÕES MERITÓRIAS, VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXCESSO DE PRAZO. PLEITO DE REVOGAÇÃO OU RELAXAMENTO DA CUSTÓDIA CAUTELAR.

1- *Ab initio*, pontua-se que o ora paciente, em outrora, impetrou *habeas corpus*, tombado sob o nº 0001733-69.2018.8.19.0000, formulando, com ressalva do alegado excesso de prazo da custódia cautelar que ora apresenta neste *writ*, as mesmas teses. Com efeito, na sessão de julgamento realizada no dia 27/02/2018, esta Colenda Câmara, por maioria, denegou a ordem, entendendo que não haveria qualquer constrangimento ilegal a ser sanado, quer diante das questões meritórias indevidamente pontuadas, quer diante da alegada ofensa ao princípio da motivação, quer diante da alegada ausência dos pressupostos do art. 312 do CPP - os quais restaram sobejamente demonstrados no decreto prisional, quer ainda diante das condições pessoais favoráveis acoimadas ao paciente - as quais, segundo remansosa jurisprudência desta Corte e dos Tribunais Superiores não elidem a adoção da custódia cautelar, acaso demonstrada sua necessidade.

2- Ainda assim, após à data de julgamento daquele *mandamus*, foi realizada audiência no dia 27/03/2018, oportunidade em que a defesa insistira no pleito libertário, arguindo também excesso de prazo para deslinde da causa, haja vista o adiamento do ato para colheita das oitivas das vítimas e testemunhas faltantes. Diante desse atual panorama, e contrária a manifestação da douta Procuradoria de Justiça acerca do não conhecimento do *mandamus* quanto às alegações de desnecessidade da prisão preventiva e de ausência de fundamentação, entende-se

que estas devem novamente ser reexaminadas, tendo em vista a superveniência da decisão proferida pelo juízo de origem.

3- Quanto a isso, verifica-se que a autoridade acoimada coatora sabiamente rechaçou o requerimento defensivo, atentando para o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, artigos 312 e 315 do Código de Processo Penal. Foi realçada a inalterabilidade dos dados concretos até o momento angariados nos autos, os quais denotam sim a necessidade da medida extrema a fim de se garantir ordem pública, aplicação da lei penal, e sobretudo, a conveniência da instrução, na medida em que se encontra pendente de realização a colheita de prova oral.

4- Com efeito, o causídico insiste na tese de nulidade de reconhecimento do paciente, alegando que a foto apresentada em sede distrital aos lesados era antiga. E com base nisso, alega que houve equívoco do magistrado ao se convencer acerca da necessidade da custódia cautelar. Ora, tal argumento foi repelido pelo nobre julgador, e há de se convir que a questão é eminentemente meritória, não havendo campo para análise na via estreita do *writ*, que, como sabido e ressabido, se destina a sanar eventual ilegalidade ou abuso de poder porventura existente em detrimento do consagrado direito de ir e vir, constitucionalmente a todos assegurado pela Carta Cidadã, e comprovados de plano, sumariamente.

5- Noutro ponto, destaca-se que, tal como aventado na inicial, a pena provisória, no caso, não pode ser confundida com a antecipação de pena. A liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é a regra, por força do princípio da presunção de inocência garantido na Constituição da República. Entrementes, não se pode olvidar que, se por um lado, o referido princípio seja considerado manto protetor do indivíduo até o trânsito em julgado de eventual condenação, pelo outro, não se pode esquecer que, uma vez demonstrada imperiosa necessidade, e respeitada a excepcionalidade e provisoriedade da medida cautelar extrema, esta poderá ser a ele imposta, conforme se vislumbra na hipótese dos autos.

6- Noutro giro, verifica-se que não restou conspurcado o princípio constitucional insculpido no art.5º, LXVIII da CRFB/88. Segundo noticiado, a prisão do paciente, a despeito de decretada em 11/12/2017, somente foi efetuada em 12/01/2018, tendo sido designada AIJ para 27/03/2018. Em tal ocasião, houve necessidade de redesignação do ato, em razão da ausência das testemunhas arroladas pelo Ministério Público, sendo certo, porém, que tal contratempo não pode ser por ora considerando um entrave à marcha do processo, até mesmo porque já foi aprazada data de 10/05/2018, com expedição de mandado de condução da vítima. Entende-se que o aludido contratempo, que instigou o protesto da defesa, deve ser sopesado não como uma inércia ou desídia do julgador, o qual vem tomando as devidas cautelas na condução regular da instrução, mas como uma mazela inerente ao próprio processo, mas que obteve providência imediata e satisfatória, visando simultaneamente minimizar o prazo para a entrega da prestação da tutela jurisdicional, e a descoberta do máximo de verdade real possível através das provas produzidas em juízo. Assim, por não vislumbrar ocorrência de "períodos mortos" do processo imputáveis ao Judiciário, rejeita-se a alegação de constrangimento ilegal.

Ordem que se denega.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0016870-91.2018.8.19.0000, em que figura como Impetrante Marcio Ribeiro dos Anjos, paciente Anderson Gonçalves da Silva e Autoridade Coatora o Juízo de Direito da Vara Criminal da

Comarca de Magé;

Acordam os Desembargadores que compõem a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em denegar a ordem, nos termos do voto da Relatora, que passa a integrar o presente Acórdão.

Trata-se de ordem de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrada em favor de Anderson Gonçalves da Silva, na qual se alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal por parte do Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Magé.

Sustenta que o ora paciente fora denunciado pela prática, em tese, do injusto previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II do CP, sendo certo que, em 11/12/2018, foi decretada prisão preventiva, sem ter sido indicado qualquer dado concreto a justificar o periculum libertatis, ressaltando ainda que a referida medida está sendo utilizada como antecipação de pena.

Salienta que "a denúncia em desfavor do Paciente foi amplamente estribada na prova reconhecimento por foto do sistema de identificação civil desatualizada", tendo sido esse o motivo para convencimento do magistrado acerca da necessidade da prisão preventiva.

Argumenta que foi requerida a revogação da cautelar extrema, no entanto, tal pleito restou indeferido, a despeito de ausentes os motivos autorizadores; o ora paciente ter sido reconhecido por foto e ainda desatualizada; o fato ocorrido em 07/05/2016; o paciente ter comparecido a todos os chamados da autoridade policial; do excesso de prazo na conclusão da instrução.

Quanto a esse último aspecto, salienta que "a conclusão do presente feito vem perdurando sem previsão de término, vez que o Paciente, aguarda a manifestação do Parquet sobre a indicação dos novos endereços das testemunhas de acusação. Até quando o Paciente terá que ficar à mercê da Administração Pública?... Há quanto tempo mais terá o Paciente que esperar pela localização das testemunhas de acusação? ... Importante afirmar que, não é culpa do Paciente nem da sua Defesa o atraso na conclusão do presente feito."

Assim, requer o relaxamento da prisão preventiva ou a sua revogação.

A exordial veio instruída com documentos que adornam o volume do anexo 1, dentre os quais se destacam: denúncia, decreto de prisão preventiva, decisões de indeferimento do pleito libertário, documentação pessoal do paciente, peças do inquérito policial, incluindo termos de declarações, fotografias e auto de reconhecimento de objeto.

Decisão de indeferimento da liminar, e-doc.23.

Informações prestadas pela autoridade indigitada coatora, e-doc.28.

O ilustre Procurador de Justiça Júlio Roberto Costa da Silva, em seu parecer, opinou pelo não conhecimento do writ com relação ao pleito revogatório, bem como pela denegação da ordem com relação a pedido de relaxamento da prisão. (e-doc.34)

VOTO

Consoante informações prestadas pela autoridade coatora, Marison da Silva Pires e Anderson Gonçalves da Silva, ora paciente, foram denunciados pela prática de dois crimes de roubo duplamente majorado, sendo certo que, por ocasião do recebimento da exordial, foi decretada a prisão preventiva, em 11/12/2017, nos seguintes termos:

"Com a denúncia, veio requerimento de decretação da prisão preventiva em desfavor de Anderson Gonçalves da Silva. Do relatado nos autos, verifico a presença do *fumus comissi delicti* pela existência de indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva, notadamente pelos depoimentos das vítimas e testemunhas colhidos em sede policial, bem como pelos autos de reconhecimento de f. 42 e 43. No que tange ao *periculum libertatis*, entendo que a segregação cautelar é medida necessária à garantia da ordem pública e conveniente à instrução processual e eventual aplicação da lei penal. Relatam as vítimas que no dia 07/05/2016, por volta das 20h, estavam em frente à sua residência, localizada na Avenida Um, nº 202, Nova Marília, Magé, quando foram abordadas pelo denunciado e mais um elemento, que estavam em um veículo VW Gol de cor cinza, e anunciaram o assalto. Declaram que o suposto delito foi cometido mediante o emprego de arma de fogo e que foram subtraídos seus aparelhos celulares. Diante do caso concreto, verifica-se a extrema necessidade da prisão, haja vista que se trata de crime grave, que abala a ordem pública e a segurança social. Não pode o Poder Judiciário, diante deste caso específico, deixar de tomar as providências necessárias para garantir o regular prosseguimento da instrução criminal, sob pena de se verem desacreditados, ainda, a função jurisdicional e o Poder Judiciário. Permite-se, ainda, concluir pela necessidade da prisão preventiva para resguardar a integridade física e tranquilidade das vítimas e testemunhas que ainda virão depor em juízo. Ressalte-se que será necessário efetuar o reconhecimento em juízo, e assim, imprescindível resguardar a instrução criminal. Por fim, o crime em questão possui pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos, preenchendo o requisito previsto no artigo 313, inciso I, do CPP, sendo certo que não se mostra possível a aplicação de quaisquer das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, por todos os motivos já mencionados. Pelo exposto, decreto a prisão preventiva do acusado Anderson Gonçalves da Silva, com fulcro nos artigos 312 e 313, I, ambos do CPP.

Expeça-se mandado de prisão. Comunique-se. Ciência ao Ministério Público."

Esclarece o magistrado de piso, que o mandado de prisão foi cumprido em 12/01/2018, tendo a laboriosa defesa postulado a revogação da medida extrema ao apresentar sua resposta preliminar, cujo pleito foi indeferido, em 17/01/2018, *in verbis*:

"Com a resposta à acusação, a defesa também requereu a revogação da prisão do acusado Anderson Gonçalves da Silva, com manifestação contrária do Ministério Público a f. 87, com documentos a f. 88/89. Em que pesem os argumentos defensivos, entendo que o pleito não merece agasalho. Sem adentrar o mérito, visto não ser ainda o momento oportuno, verifica-se que não houve qualquer alteração fática ou processual a ensejar a liberdade do réu, permanecendo inalterados os motivos que determinaram o decreto prisional de f. 65. Aliás, o ali exposto no item 4, passa a tornar parte integrante desta decisão. Ademais, a instrução se encontra no início, devendo-se salvaguardar as oitivas das vítimas em Juízo, que certamente se sentiriam atemorizadas em depor caso o denunciado estivesse em liberdade. A enxovia cautelar se faz necessária para garantir à instrução criminal. Destaque-se ainda que o delito supostamente praticado pelo acusado é extremamente grave, vez que, ao que parece, utilizou-se de arma de fogo para o cometimento do crime e praticou os fatos com outros elementos ainda não identificados. Portanto, sua custódia, por ora, também serve à garantia da ordem pública. Ressalte-se também, que não obstante o alegado pelo Ilustre Patrono do acusado quanto ao reconhecimento do réu por fotografia pelas vítimas em sede policial, é unânime o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que tal ato é plenamente possível, pois se trata de mais

um meio de prova dentre as demais carreada nos autos. Portanto, ´Inexiste qualquer empecilho em se considerar este tipo de prova, na medida em que o rol de provas elencado no Código de Processo Penal é meramente exemplificativo.´ (FERNANDO CAPEZ **- Curso de Processo Penal** - 23º Edição - Editora Saraiva) Cabe salientar que em momento algum não está se discutindo nos autos de quem era o veículo utilizado para a prática do delito descrito na inicial acusatória, tanto que a capitulação do crime foi tão somente de roubo qualificado. O cerne da questão foi ter sido o réu reconhecido pelas vítimas em sede policial como o suposto autor dos fatos ali narrados. Quanto aos atributos pessoais do denunciado, tais como primariedade, emprego fixo e residência estabelecida, estes não são motivos suficientes para, por si sós, ensejarem a liberdade do réu, se presentes os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, o que ocorre no caso. Por fim, o crime em questão possui pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, de modo que preenchido o requisito previsto no artigo 313, inciso I, do CPP. Sendo assim, indefiro o pedido. 4) Sem prejuízo, designo audiência de instrução e julgamento para o dia 27/03/2018, às 13:30 horas. Requisite-se. Intimem-se. Ciência às partes. 5) F. 98/100 - As cópias juntadas aos autos já se encontram acostadas a f. 88/89. Publique-se."

Ainda de acordo com as aludidas informações, foi realizada AIJ em 27/03/2018, porém não foi possível colher prova oral em razão da ausência das vítimas e testemunhas arroladas pela acusação. Entretanto, foi deferida a condução de testemunha, bem como aberta vista dos autos ao *parquet* para tentativa de localização das demais.

O nobre julgador ressalta que a defesa novamente pugnou pela revogação da prisão preventiva, ou pelo seu relaxamento, sob alegação de excesso de prazo, tendo sido indeferido o pleito, nos seguintes termos:

"Ao contrário do que advoga a defesa a vítima Ana Carolyne da Paixão Tibúrcio reconheceu o réu, ´sem restar dúvidas´ como sendo um dos roubadores, conforme se depreende de f. 40. No mesmo sentido, Sebastião Severino Gonçalves, a f. 41. Desta feita, reporto-me a decisão de f. 65 para indeferir a revogação da prisão preventiva. Com relação ao pedido de relaxamento de prisão, o feito vem tramitando com celeridade, valendo destacar que o réu foi preso em janeiro de 2018 e a audiência de instrução e julgamento designada para março de 2018, não tendo sido iniciada a instrução em razão da ausência da vítima intimada que será conduzida para a próxima audiência. Sendo assim não há que se falar em paralização do feito ou negligência que possa ter dado causa a constrangimento ilegal por excesso de prazo. Redesigno a audiência para o dia 10 de maio de 2018, às 13:30 horas. Requisitem-se. Expeça-se mandado de condução para a vítima Ariana. Dê-se vista ao MP conforme requerido. Com as juntadas dos novos endereços, intimem-se. Defiro o requerido pela defesa quanto a apresentação de novo endereço da testemunha Carla e/ou eventual substituição, devendo juntar aos autos no prazo de 05 dias. Com a juntada, intime-se. Intimados os presentes."

Por fim, aduziu que o próximo ato já se encontra designado para o dia 10/05/2018, ocasião em que "a testemunha intimada será conduzida, não havendo qualquer paralisação do feito ou negligência do juízo a ensejar o relaxamento da prisão."

Irresignada, a defesa impetra o presente *mandamus*, alegando ocorrência de constrangimento ilegal.

A meu sentir, a pretensão defensiva não merece prosperar.

Ab initio, devo pontuar que o ora paciente, em outrora, impetrou *habeas corpus,* tombado sob o nº 0001733-69.2018.8.19.0000, distribuído à relatoria do Des. SIRO DARLAN, formulando, com ressalva do alegado excesso de prazo da custódia cautelar que ora apresenta neste *writ*, as mesmas teses.

Com efeito, na sessão de julgamento realizada no dia 27/02/2018, esta Colenda Câmara, por maioria, denegou a ordem, entendendo que não haveria qualquer constrangimento ilegal a ser sanado, quer diante das questões meritórias indevidamente pontuadas, quer diante da alegada ofensa ao princípio da motivação, quer diante da alegada ausência dos pressupostos do art. 312 do CPP - os quais restaram sobejamente demonstrados no decreto prisional, quer ainda diante das condições pessoais favoráveis acoimadas ao paciente - as quais, segundo remansosa jurisprudência desta Corte e dos Tribunais Superiores não elidem a adoção da custódia cautelar, acaso demonstrada sua necessidade.

Eis o ementado:

"*HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSO PENAL. CONSTITUCIONAL. PACIENTE PRESO DENUNCIADO PELA PRÁTICA, EM TESE, DE DOIS CRIMES DE ROUBO DUPLAMENTE MAJORADOS E QUE TEVE SUA PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELO JUÍZO DE PISO POR OCASIÃO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INCONFORMISMO DO IMPETRANTE QUE ALEGA, ALÉM DE QUESTÕES MERITÓRIAS, TAMBÉM FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO *DECISUM* E DESNECESSIDADE DA CUSTÓDIA, ALÉM DE INDIGITAR NO BOJO DO *MANDAMUS*, QUE O ORA PACIENTE OSTENTA CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS QUE LHE ASSEGURARIAM O DIREITO DE LIVRAR-SE SOLTO.

1 - No que tange às questões meritórias trazidas à baila no presente *writ*, deixa-se de conhecê-las ante a inadequação da via eleita que, por sua natureza e forma, obsta-nos que procedamos a um exame de provas.

2 - No que concerne à alegada ausência de fundamentação do *decisum* e a desnecessidade da prisão, de melhor sorte não goza o impetrante. Por ocasião da decretação da prisão em preventiva, o douto magistrado de piso fê-lo mediante decisão que, em que pese concisa, encontra-se suficiente fundamentada e lastreada em dados concretos e não meras ilações. *In casu*, não se pode deixar de considerar que é inerente aos injustos em tese perpetrados pelo ora paciente, o emprego de violência e/ou grave ameaça, sendo tais elementos, inclusive, integrantes do tipo penal por ele supostamente violado. Nesta senda, como consequência lógica e inarredável dos atos em tese praticados, tem-se o temor incutido nos lesados: em um primeiro momento, a ponto de se despojarem de seus bens, entregando-os aos roubadores, e, ulteriormente, em comparecerem em juízo para prestarem declarações acerca dos fatos, e, destacadamente, de seus algozes.

Nesta linha de intelecção, *prima facie* e destacadamente em uma fase tão embrionária como a que se encontra o feito, tem-se que, ao menos por ora, encontra-se presentificado ao menos um dos requisitos autorizadores da imposição desta excepcional medida constritiva de liberdade que ora se vergasta, qual seja, a necessidade da segregação cautelar para conveniência da instrução.

De toda sorte, não se pode olvidar que a autoridade ora indigitada como coatora, por se encontrar mais próxima dos fatos e dos envolvidos, melhor tem condições de avaliar os elementos que lhes são apresentados e valorá-los. E se, no curso da instrução verificar não mais subsistir as razões que deram azo a tal medida, poderá, ou melhor dizendo, deverá revoga-la, a qualquer tempo, e, inclusive, independente de pedido.

3 - No que tange às alegadas condições pessoais do acusado, consoante pacificado na jurisprudência, inclusive deste Colegiado, elas não constituem óbice à imposição da medida extrema, desde que presentes os motivos autorizadores, conforme vislumbro na hipótese em apreço.

4 - Constrangimento Ilegal não vislunbrado. Ordem que se denega".

Ainda assim, verifico que, após à data de julgamento daquele *mandamus*, foi realizada audiência no dia 27/03/2018, oportunidade em que a defesa insistira no pleito libertário, arguindo também excesso de prazo para deslinde da causa, haja vista o adiamento do ato para colheita das oitivas das vítimas e testemunhas faltantes.

Diante desse atual panorama, e contrária a manifestação da douta Procuradoria de Justiça acerca do não conhecimento do mandamus quanto às alegações de desnecessidade da prisão preventiva e de ausência de fundamentação, entendo que estas devem novamente serem reexaminadas, tendo em vista a superveniência da decisão proferida pelo juízo de origem.

Quanto a isso, verifico que a autoridade acoimada coatora sabiamente rechaçou o requerimento defensivo, atentando para o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, artigos 312 e 315 do Código de Processo Penal.

Vejo que o juízo de piso salientou não só que a vítima reconheceu seguramente o paciente, mas também realçou a inalterabilidade dos dados concretos até o momento angariados nos autos, os quais denotam sim a necessidade da medida extrema a fim de se garantir ordem pública, aplicação da lei penal, e sobretudo, a conveniência da instrução, na medida em que se encontra pendente de realização a colheita de prova oral.

Com efeito, o causídico insiste na tese de nulidade de reconhecimento do paciente, alegando que a foto apresentada em sede distrital aos lesados era antiga, adunando, inclusive, a este feito, duas fotografias para confrontar a imagem apresentada pela autoridade policial e a imagem atual do mesmo. E com base nisso, alega que houve equívoco do magistrado ao se convencer acerca da necessidade da custódia cautelar.

Ora, penso que tal argumento foi repelido pelo nobre julgador, e há de se convir que a questão é eminentemente meritória, não havendo campo para análise na via estreita do *writ*, que, como sabido e ressabido, se destina a sanar eventual ilegalidade ou abuso de poder porventura existente em detrimento do consagrado direito de ir e vir, constitucionalmente a todos assegurado pela Carta Cidadã, e comprovados de plano, sumariamente.

Noutro ponto, destaco que, tal como aventado na inicial, a pena provisória, no caso, não pode ser confundida com a antecipação de pena.

Não mesmo. A liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é a regra, por força do princípio da presunção de inocência garantido na Constituição da República.

Entrementes, não se pode olvidar que, se por um lado, o referido princípio seja considerado manto protetor do indivíduo até o transito em julgado de eventual condenação, pelo outro, não se pode esquecer que, uma vez demonstrada imperiosa necessidade, e respeitada a excepcionalidade e provisoriedade da medida cautelar extrema, esta poderá ser a ele imposta, conforme vislumbro ser a hipótese dos autos.

Consoante leciona MIRABETE:

"A prisão preventiva, em sentido estrito, é medida cautelar, constituída da privação de liberdade do acusado e decretada pelo juiz du-

rante o inquérito ou instrução criminal, diante da existência dos pressupostos legais, para assegurar os interesses sociais de segurança. E considerada um mal necessário, pois suprime a liberdade do acusado antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, mas tem por objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena. Só se justifica em situações específicas, em casos especiais em que a custódia provisória seja indispensável. Por essa razão, a lei deixou de prever como obrigatória a prisão em determinadas situações, para ser uma medida facultativa, devendo ser aplicada apenas quando necessária segundo os requisitos estabelecidos nas normas processuais. Não é assim ato discricionário do juiz, limitado a certos, precisos e determinados casos. E praticamente pacífico nos tribunais que não impede a decretação da prisão preventiva o art. 50, LVII. da CF, que se refere apenas ao princípio da presunção (ou estado) de inocência". (MIRABETE, 1999. p. 409)

Noutro giro, verifico que foi arguido excesso de prazo quanto à tramitação do feito, salientando a defesa que, mesmo passados quatro meses da prisão do paciente, ainda não foi coligida prova oral, restando conspurcado o princípio constitucional insculpido no art.5º, LXVIII da CRFB/88.

Pelo que pude notar, os atos atinentes ao oferecimento e recebimento da exordial, data de decretação da custódia cautelar e cumprimento do mandado de prisão, bem como a apreciação dos pleitos libertários, que demandam a manifestação previa do parquet antes da prolação da decisão, foram realizados em obediência à duração razoável do processo.

Segundo noticiado, a prisão do paciente, a despeito de decretada em 11/12/2017, somente foi efetuada em 12/01/2018, tendo sido designada AIJ para 27/03/2018.

Em tal ocasião, houve necessidade de redesignação do ato, em razão da ausência das testemunhas arroladas pelo Ministério Público, sendo certo, porém, que tal contratempo não pode ser por ora considerando um entrave à marcha do processo, até mesmo porque já foi aprazada data de 10/05/2018, com expedição de mandado de condução da vítima faltante.

Entendo que o aludido contratempo, que instigou o protesto da defesa, deve ser sopesado não como uma inércia ou desídia do Julgador, o qual, a meu ver, vem tomando as devidas cautelas na condução regular da instrução, mas como uma mazela inerente ao próprio processo, mas que obteve providência imediata e satisfatória, visando simultaneamente minimizar o prazo para a entrega da prestação da tutela jurisdicional, e a descoberta do máximo de verdade real possível através das provas produzidas em juízo.

Assim, por não vislumbrar ocorrência de "períodos mortos" do processo imputáveis ao Judiciário, rejeito pedido de relaxamento da medida drástica, a qual, a toda evidencia, se faz necessária.

À conta de tais considerações, direciono meu voto no sentido de denegar a ordem.

É como voto.

Rio de Janeiro, 26 de abril de 2018.

DESª MARIA ANGÉLICA G. GUERRA GUEDES
Relatora

INDENIZATÓRIA. CRIMES DE INJÚRIA E DIFAMAÇÃO. MATÉRIA JORNALÍSTICA DE CUNHO OFENSIVO. SOLICITAÇÃO PARA CESSAR A DIVULGAÇÃO DO CONTEÚDO. DIREITO À IMAGEM E À HONRA *VERSUS* DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO. DIREITO

DE INFORMAR QUE NÃO DETURPOU A EXISTÊNCIA DOS ACONTECIMENTOS. RECURSO NEGADO.

APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA (INDEX 164) QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO. RECURSO DO AUTOR A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Narra o Reclamante que foi alvo de perseguição por João Carlos Saad, presidente da Rede Bandeirantes de Televisão. Afirmou que, ao longo de uma semana, no fim do mês de setembro de 2010, o "Jornal da Band" veiculou matérias de cunho ofensivo à sua pessoa, incorrendo nos crimes de injúria e difamação, os quais estão sendo julgados em sede própria. Relatou que as matérias exibidas pelo aludido telejornal imputaram ao requerente a prática de irregularidades e atos ilícitos, tais como ter sucateado o setor naval, exterminado o desenvolvimento e os postos de trabalho, pondo fim aos estaleiros "VEROLME" e "ISHIBRÁS"; ter ocasionado a falência dos periódicos JB e Gazeta Mercantil após os ter comprado; ser o autor mau pagador, citando como exemplo a dívida com o apresentador Augusto Liberato. Sustentou que a ré disponibilizou, em seus domínios de internet, "mais.uol.com.br" e "tvuol.com.br", as matérias produzidas e veiculadas pela Rede Bandeirantes de Televisão ao acesso público. Inicialmente, cabe afastar a preliminar de cerceamento de defesa arguida pelo requerente. Vigora no ordenamento jurídico o sistema do livre convencimento motivado, segundo o qual o juízo da causa está livre para valorar as provas apresentadas. Portanto, é possível ao órgão jurisdicional concluir pela desnecessidade da produção das provas pleiteadas sem que isto caracterize cerceamento de defesa. Com efeito, no caso em estudo, a produção de outras provas se afigura desnecessária, tendo em vista que as notícias acostadas pelo Demandante são suficientes para averiguação de possível excesso. Ultrapassada a preliminar, passa-se à análise do mérito. A controvérsia envolve o direito à livre manifestação do pensamento e o direito à imagem e à honra. O direito à liberdade de expressão, previsto no artigo 5º, inciso IV, da CRFB, deve ser compatibilizado com outros direitos, dentre os quais a imagem e honra objetiva. Acerca da liberdade de imprensa, vale destacar que o STF elevou tal direito à categoria de sobredireito, por ocasião do julgamento da ADPF 130, da lavra do Ministro AYRES BRITTO. Confira-se trechos do sobredito acórdão: "2. REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EM SENTIDO GENÉRICO, DE MODO A ABARCAR OS DIREITOS À PRODUÇÃO INTELECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E COMUNICACIONAL. [...] O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização. [...] 7. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião

pública, espaço natural do pensamento crítico e "real alternativa à versão oficial dos fatos" (Deputado Federal Miro Teixeira). [...] 9. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País apôs o rótulo de "plena" (§ 1 do art. 220)". No caso em exame, vê-se que as críticas veiculadas em relação ao Demandante não extrapolaram o exercício regular do direito da livre manifestação do pensamento, constitucionalmente garantido. Note-se que a realização de reportagens sobre matérias de interesse público, como na espécie, se insere no animus narrandi próprio da imprensa livre, não se verificando qualquer abuso no atuar da Ré. No que tange à veracidade do conteúdo divulgado, cabe trazer a lume a abalizada doutrina de CRISTIANO CHAVES DE FARIAS (*in* **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**, CRISTIANO CHAVES DE FARIAS *et al*, São Paulo, Atlas, 2015, p. 740): "Os veículos de comunicação não operam - nem poderiam -, na apuração e divulgação de notícias, com os mesmos graus de solidez e certeza exigíveis num processo judicial (sobretudo se penal). Isso é um fato incontestável, e ninguém razoavelmente exigiria que só se publicasse determinada notícia depois de anos debatendo internamente, à luz do contraditório e da ampla defesa, cada circunstância da notícia". [...] "Não se exige da imprensa certeza plena e "judicial" acerca das informações que publica. Há interesse público, ademais, na divulgação célere e transparente das notícias, é algo que conquistamos e não saberíamos - socialmente falando - ficar sem isso, é um passo democraticamente irreversível." Precedente.

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível, nº 0039662-12.2013.8.19.0001 em que é Apelante: Nelson Sequeiros Rodriguez Tanure e Apelado: Universo Online S/A.

Acordam os Desembargadores da Vigésima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso do Autor, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c indenizatória, com pedido de tutela antecipada, na qual alegou o Autor que foi alvo de perseguição, por João Carlos Saad, presidente da Rede Bandeirantes de Televisão.

Afirmou que, ao longo de uma semana, no fim do mês de setembro de 2010, o "Jornal da Band" veiculou matérias de cunho ofensivo à sua pessoa, incorrendo nos crimes de injúria e difamação, os quais estão sendo julgados em sede própria.

Relatou que as matérias exibidas pelo aludido telejornal imputaram ao requerente a prática de irregularidades e atos ilícitos, tais como ter sucateado o setor naval, exterminado o desenvolvimento e os postos de trabalho, pondo fim aos estaleiros "Verolme" e "Ishibrás"; ter ocasionado a falência dos jornais JB e Gazeta Mercantil após os ter comprado; ser o Reclamante mau pagador, citando como exemplo a dívida com o apresentador de televisão Augusto Liberato (Gugu).

Sustentou que a Ré disponibilizou, em seus domínios de internet, "mais.uol.com.br" e "tvuol.com.br", as matérias produzidas e veiculadas pela Rede Bandeirantes de Televisão ao acesso público.

Em inicial, elencou diversos endereços eletrônicos referentes aos conteúdos que considera impróprios disponibilizados pela Demandada.

Salientou ter notificado a suplicada para que adotasse as providências necessárias a cessar a divulgação dos vídeos contendo as reportagens mencionadas, mas não foram removidos, sob o argumento de que se tratavam de "notícias com fins jornalísticos que registram a apuração de uma situação".

Requereu o deferimento da tutela a fim de que a requerida procedesse à retirada, de seus domínios na internet, de todo e qualquer vídeo que tivesse conteúdo relacionado aos fatos descritos na inicial, além das medidas necessárias para que os chamados "sites de busca" eliminassem tais reportagens dos resultados de suas pesquisas.

No mérito, pugnou pela confirmação da tutela e condenação da suplicada ao pagamento de compensação por danos morais.

Decisão deferindo a antecipação da tutela para determinar que a demandada procedesse à retirada de seus domínios na internet qualquer vídeo que tivesse conteúdo relacionado aos fatos descritos na inicial, além das medidas necessárias para que os chamados sites de busca eliminassem tais reportagens dos resultados de suas pesquisas (index 104).

A sentença (index 164), proferida pelo r. Juízo de Direito da 20ª Vara Cível da Comarca da Capital, julgou improcedentes os pedidos e condenou o autor em custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor dado à causa.

Apelação do demandante (index 168), arguindo preliminar de cerceamento de defesa, sob a alegação de que não foi proferida decisão saneadora no feito, o que teria impedido a produção de outras provas que entendia necessárias.

No mérito, pugnou pela total procedência dos pedidos iniciais.

Contrarrazões apresentadas pela Ré (index 190), em prestígio ao julgado.

É o relatório.

VOTO

Ab initio, impõe-se o conhecimento do recurso, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Narra o autor que foi alvo de perseguição por João Carlos Saad, presidente da Rede Bandeirantes de Televisão.

Afirma que, ao longo de uma semana, no fim do mês de setembro de 2010, o "Jornal da Band" veiculou matérias de cunho ofensivo à sua pessoa, incorrendo nos crimes de injúria e difamação, os quais estão sendo julgados em sede própria.

Relata que as matérias exibidas pelo aludido telejornal imputaram ao requerente a prática de irregularidades e atos ilícitos, tais como ter sucateado o setor naval, exterminado o desenvolvimento e os postos de trabalho, pondo fim aos estaleiros "Verolme" e "Ishibrás"; ter ocasionado a falência dos periódicos JB e Gazeta Mercantil após os ter comprado; ser o Reclamante mau pagador, citando como exemplo a dívida com o apresentador de TV Augusto Liberato.

Sustenta que a ré disponibilizou, em seus domínios de internet, "mais.uol.com.br" e "tvuol.com.br", as matérias produzidas e veiculadas pela Rede Bandeirantes de Televisão ao acesso público.

Inicialmente, cabe afastar a preliminar de cerceamento de defesa arguida pelo Suplicante.

Vigora no ordenamento jurídico o sistema do livre convencimento motivado, segundo o qual o juízo da causa está livre para valorar as provas apresentadas.

Portanto, é possível ao órgão jurisdicional entender pela desnecessidade da produção das provas pleiteadas sem que isto caracterize cerceamento de defesa.

Com efeito, no caso em estudo, a produção de outras provas se afigura desnecessária, tendo em vista que as notícias acostadas pelo Demandante são suficientes para averiguação de possível excesso em seus conteúdos.

Ultrapassada a preliminar, passa-se à análise do mérito.

A controvérsia envolve o direito à livre manifestação do pensamento e o direito à imagem e à honra.

O direito à liberdade de expressão, previsto no artigo 5º, inciso IV, da CRFB, deve ser compatibilizado com outros direitos, dentre os quais a imagem e honra objetiva.

Acerca da liberdade de imprensa, vale destacar que o STF elevou tal direito à categoria de sobredireito, por ocasião do julgamento da ADPF 130, da lavra do Ministro AYRES BRITTO.

Confira-se trechos do sobredito acórdão:

"2. REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EM SENTIDO GENÉRICO, DE MODO A ABARCAR OS DIREITOS À PRODUÇÃO INTELECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E COMUNICACIONAL. [...] O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização.

[...]

7. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e "real alternativa à versão oficial dos fatos" (Deputado Federal Miro Teixeira).

[...]

9. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajus-

te de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País apôs o rótulo de "plena" (§ 1 do art. 220). "

No caso em exame, vê-se que as críticas publicadas em relação ao demandante não extrapolaram o exercício regular do direito da livre manifestação do pensamento, constitucionalmente garantido.

Como destacado na sentença:

"Todas as reportagens trazem notícias envolvendo o autor, notório empresário, com expressiva presença no mercado, atuando em diversos setores da economia, como naval, telefonia e jornalístico, dentre outros.

Em detida análise dos referidos vídeos, não se verificou, em momento algum, qualquer informação que se caracterizasse como ofensiva à honra do autor.

Como já dito, as matérias possuem cunho jornalístico, limitando a informar, não caracterizando o abuso do direito de livre expressão. "

Acrescentou o Juízo *a quo*:

"Cabe ressaltar que foi oportunizado ao autor manifestar- se, o que não aconteceu, uma vez que quando procurado, recusou-se a falar, conforme consta nas notícias, limitando-se a dar uma declaração por telefone, a respeito do encerramento da versão impressa do Jornal do Brasil."

Note-se que a realização de reportagens sobre assuntos de interesse público, como na espécie, se insere no "*animus narrandi*" próprio da imprensa livre, não se verificando qualquer abuso no atuar da Ré.

No que tange à veracidade do conteúdo divulgado, cabe trazer a lume a abalizada doutrina de CRISTIANO CHAVES DE FARIAS (*in* **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**, CRISTIANO CHAVES DE FARIAS *et al*, São Paulo, Atlas, 2015, p. 740):

"Os veículos de comunicação não operam - nem poderiam -, na apuração e divulgação de notícias, com os mesmos graus de solidez e certeza exigíveis num processo judicial (sobretudo se penal). Isso é um fato incontestável, e ninguém razoavelmente exigiria que só se publicasse determinada notícia depois de anos debatendo internamente, à luz do contraditório e da ampla defesa, cada circunstância da notícia. "

[...]

"Não se exige da imprensa certeza plena e "judicial" acerca das informações que publica. Há interesse público, ademais, na divulgação célere e transparente das notícias, é algo que conquistamos e não saberíamos - socialmente falando - ficar sem isso, é um passo democraticamente irreversível."

Neste sentido, jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

"Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZATÓRIA. REPORTAGEM NA INTERNET QUE INDICA O AUTOR COMO ACUSADO DE PARTICIPAR DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ALEGAÇÃO DE VEICULAÇÃO INVERÍDICA E OFENSIVA À HONRA E À IMAGEM. CASO CONCRETO NO QUAL NÃO CONFIGURADO O EXCESSO AO DIREITO DE INFORMAR. PRERROGATIVAS NÃO EXTRAPOLADAS. DANO MO-

RAL INOCORRENTE, POIS NÃO CONFIGURADO ILÍCITO. 1. Não existem direitos ou garantias fundamentais que se revistam de caráter absoluto no ordenamento brasileiro. O princípio da unidade da Constituição impõe a coexistência harmônica das liberdades e dos direitos assegurados na Lei Fundamental, não se legitimando o exercício de direito ou garantia com ofensa a bens jurídicos outros de mesma dignidade constitucional. Sopesamento entre os direitos de expressão e de informar *versus* o direito à privacidade e à imagem. 2. Caso concreto em que a reportagem não extrapolou as prerrogativas do "*animus narrandi*". Trecho no qual indicado o nome do autor que não descreve condenação, apenas relata uma das ações da Polícia Federal ocorrida durante a chamada Operação Matrix, em 2005, e que resultou na prisão de alguns acusados. 3. Direito de informar que não deturpou a existência dos acontecimentos em si. Exigir dos órgãos de imprensa que exauram em suas matérias todo um contexto fático e versões dos envolvidos é desvincular-se da realidade. Ausência de ato ilícito ou excesso do réu, afastando a hipótese de indenização por danos morais ou direito à retratação. Mantida a sentença de improcedência. Apelação desprovida. (Apelação Cível nº 70072898828, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: CARLOS EDUARDO RICHINITTI, Julgado em 24/05/2017) ."

Ante o exposto, considerando as razões tecidas, o voto é pelo desprovimento do recurso do autor.

Considerando a sucumbência da Requerente, majoram-se os honorários advocatícios para 15% sobre o valor da causa, nos termos do §11 do art. 85, NCPC.

Rio de Janeiro, 22 de fevereiro de 2018.

DES. ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO
Relator

LIQUIDAÇÃO DE PRECATÓRIO. MUNICÍPIO. MANDADO DE SEGURANÇA PARA IMPEDIR QUE O PRESIDENTE DO TJERJ REALIZE SEQUESTRO NAS CONTAS DO ERÁRIO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. VÍCIO FORMAL NA INTIMAÇÃO DA MUNICIPALIDADE. NULIDADE DO SEQUESTRO. NÃO IMPEDIMENTO DE NOVOS SEQUESTROS.

Mandado de segurança. Município de Natividade. Sequestro nas contas do Erário para pagamento de precatórios judiciais. Constitucionalidade das Emendas nº 30, 37 e 62 à Constituição Federal. Possibilidade de responsabilização do Presidente do Tribunal de Justiça, em caso de descumprimento da liquidação dos precatórios (art. 100, §7º da CF). Fato que não se confunde com a iniciativa prevista no art. 96, inciso II, alínea d da CF. Natureza penal do tipo reconhecida pelo STJ. Inexistência de força maior. Decreto de calamidade financeira que, por si só, não é suficiente para afastar a responsabilidade do gestor público, nem impedir o dever de adimplemento dos débitos através de precatórios. Má gestão que difere de fatos imprevisíveis ou extraordinários. Inexistência de "zona cinzenta" de incerteza na interpretação do conceito jurídico indeterminado: calamidade pública. EC nº 99/2017 que não concedeu novo prazo de carência para pagamento dos débitos do ano de 2017. Impossibilidade de ratificar o estado de permanência da inadimplência municipal. Vício formal na intimação da municipalidade que acarreta a nulidade do sequestro, mas não impede que outro seja realizado, na forma do art. 22 da Lei Estadual nº 5.427/09. Ordem parcialmente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 0070058-

33.2017.8.19.0000, em que é Impetrante o Município de Natividade e Impetrados o Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e a Juíza Auxiliar da Presidência Gestora de Precatórios.

Acordam, os Desembargadores do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, conceder parcialmente a segurança, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Mandado de Segurança ajuizado pelo Município de Natividade contra os atos do Presidente deste Tribunal de Justiça e sua preposta, apontados como coautores, visando à abstenção do sequestro nas contas do Erário local, que tenham por finalidade o pagamento de precatórios.

2. Alega, em síntese, o impetrante (Município) a nulidade da comunicação do ato de sequestro. Diz que a mera publicação no Diário de Justiça Eletrônico não atende o requisito do art. 22, §3º, da Lei Estadual nº 5.427/2009. Argumenta que a Súmula 311 do STJ demonstra a necessidade de aplicação daquele dispositivo. Informa sua situação de calamidade financeira, a qual foi objeto do Decreto nº 001/2017. Narra que o débito consolidado de precatórios da municipalidade é de R$ 2.699.367,63. Afirma que foi intimado para depositar, em dez dias, a quantia de R$ 607.943,50, relativo ao Plano Anual de Pagamento de Precatórios de 2017, porém, isso acarretaria atrasos nos salários dos servidores. Discorre sobre a necessidade de suspensão do ato de sequestro e a devolução dos valores retidos. Salienta que a calamidade financeira configura força maior, que justifica o afastamento do art. 100, §7º da Constituição Federal e do art. 104 do ADCT. Suscita o princípio da realidade, a fim de evitar obrigações inexequíveis à administração municipal. Argui a inconstitucionalidade das emendas constitucionais nº 30, 37 e 62 que previram o crime de responsabilidade dos Presidentes de Tribunais de Justiça, no caso de não liquidação dos precatórios. Defende a impossibilidade de sufocamento da autonomia administrativa do Tribunal. Destaca a PEC nº 212/2016, que tem por objeto a alteração do art. 101 do ADCT, para possibilitar o prazo de 10 anos na quitação dos débitos de precatórios, em razão da gravidade financeira dos municípios. Cita precedente deste Tribunal de Justiça em favor de sua tese. Pretende a liminar para suspender o sequestro nas contas do Município e devolver os valores sequestrados. Pede a concessão da ordem para que o Poder Judiciário se abstenha de efetuar sequestros nas contas do Município (TJe 2/1-16).

3. Após o cumprimento (TJe 72/1-8) da decisão (TJe 67/1-4) que determinou o aditamento da inicial, deferi a liminar para determinar a liberação do montante (TJe 44/2).

4. Informações das autoridades apontadas como coatoras (TJe 189/1-14), comunicando o cumprimento da liminar e esclarecendo que o Município está em débito desde o ano de 2011.

5. A Procuradoria Geral do Estado manifestou seu desinteresse no *writ* (TJe 203/1-2).

6. Parecer do Ministério Público pela concessão da segurança (TJe 212/1-13).

7. Os autos retornaram conclusos em 04 de abril de 2018, sendo devolvidos para inclusão em pauta (TJe 226).

VOTO

8. Ação constitucional de segurança ajuizada pelo Município de Natividade para "que o Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro se abstenha de efetuar sequestro nas contas do

Município de Natividade" (*sic* - TJe 2/16).

9. O impetrante fundamenta seu direito líquido e certo: (i) na nulidade da intimação para pagamento do precatório, em razão de ter ocorrido através de publicação no Diário de Justiça eletrônico; (ii) na força maior decorrente da calamidade financeira reconhecida no Município de Natividade, através do Decreto Municipal nº 01/2017 e (iii) na inconstitucionalidade formal e material das Emendas Constitucionais nº 30, 37 e 62 "que previram como crime de responsabilidade da parte dos Presidentes dos Tribunais de Justiça no caso de não liquidação dos precatórios" (*sic* - TJe 2/3).

10. Os critérios de admissibilidade do *writ* foram analisados quando da concessão da liminar (itens 2 e 3 do *decisum* – TJe 175/2).

11. Neste ponto, é importante deixar claro que a liminar foi concedida apenas para liberar a quantia sequestrada (R$ 608.943,50) em favor do Município.

12. Esclarecidos esses aspectos, passa-se à análise dos argumentos suscitados pela Fazenda Municipal:

- Da constitucionalidade das emendas constitucionais nos 30, 37 e 62.

13. O impetrante fundamenta a inconstitucionalidade formal das Emendas Constitucionais nos 30, 37 e 62 no fato de que a iniciativa do projeto de lei é de competência do STF e dos Tribunais Superiores, na forma do art. 96, inciso II, alínea d da CF. Porém, tais emendas "são de autoria de parlamentares" (*sic* - TJe 2/16).

14. Sem razão a Municipalidade. A responsabilidade do Presidente do Tribunal de Justiça quanto à liquidação dos precatórios foi inserida na Constituição Federal pela Emenda nº 30/2000 (art. 100, §6º), posteriormente alterado pelas EC 37 e 62, definindo tais condutas como crime de responsabilidade.

15. Não há dúvidas de que o dispositivo trata de matéria penal, eis que se refere à tipicidade de conduta. Nesse sentido, confira-se o julgamento da APn nº 451-PB (DJe 30.10.2008) pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no qual foi analisada a natureza do mencionado dispositivo constitucional, *verbi*:

"(...) Com referência à atipicidade de conduta, a Constituição Federal é expressa quando determina no § 6º do art. 100: O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar retardar a liquidação regular do precatório incorrerá em crime de responsabilidade. A regra constitucional não deixa dúvida quando fala em crime de responsabilidade, remetendo à lei que trata especificamente desse tipo de delito (Lei 1.079/50), que, no art. 39-A, parágrafo único, inclui como sujeitos ativos os Presidentes dos Tribunais de Justiça. Não se trata de infrações político-administrativas, e sim de crime, como deixou registrado o legislador (...)" (grifos do relator)

16. Considerando a natureza penal da conduta, não há o vício de iniciativa suscitado pelo impetrante, na medida em que o art. 96, inciso II, alínea d, da CF diz respeito apenas a normas de natureza de organização e divisão judiciárias.

17. Não há, igualmente, vício material por violação à Separação de Poderes. "O sistema de precatórios é garantia constitucional do cumprimento de decisão judicial contra a Fazenda Pública, que se define em regras de natureza processual conducentes à efetividade da sentença condenatória trânsita em julgado por quantia certa contra entidades de direito público" (*ut* STF, ADI 2356 MC - DF, DJe

19/05/2011).

18. A atuação do Presidente do Tribunal de Justiça, na liquidação dos precatórios, está intimamente ligada à observância ao princípio da Separação dos Poderes, na medida em que decorre da jurisdição e da coisa julgada. Nesse ponto, se privilegia o Poder Judiciário, "cuja autoridade é insuscetível de ser negada, máxime no concernente ao exercício do poder de julgar os litígios que lhe são submetidos e fazer cumpridas as suas decisões, inclusive contra a Fazenda Pública, na forma prevista na Constituição e na lei." (precedente do STF citado - grifei).

- Da inexistência de força maior. Estado de permanência de inadimplência do Município.

19. Tal como constou da decisão de concessão da liminar (TJe 175/1-6), o conteúdo semântico da expressão "calamidade pública" não está na zona cinzenta de incerteza de aplicação de conceito jurídico indeterminado pelo administrador ou pelos operadores de Direito.

20. Segundo o STF, no julgamento da ADI 4048 MC-DF (DJe 22/08/2008), a calamidade pública representa situações fáticas de gravidade e consequências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social e que, dessa forma, exigem medidas singulares, extraordinárias e urgentes.

21. A interpretação da Corte Constitucional tem fundamento no Decreto Federal nº 7.257/2010, que regulamenta o Sistema Nacional de Defesa Civil, definindo a calamidade pública como: "situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido;" (art. 2º, inciso IV).

22. No contexto da Lei de Responsabilidade Fiscal, a calamidade pública é a que se apresenta como causa de caos financeiro. No caso do Município de Natividade, a desordem financeira foi o que ensejou a alegada "calamidade pública". Não há dúvida de que houve inversão lógica incompatível com a sistemática legal da responsabilidade fiscal.

23. Afinal, pela análise do parecer elaborado pelo Ministério Público Especial do Tribunal de Contas Fluminense, sobre a prestação de contas do Executivo de Natividade, referente ao exercício de 2016; não houve excepcionalidade, nem tampouco anormalidade. O que ocorreu foi, simplesmente, má gestão da coisa pública.

24. A mera declaração do estado de calamidade financeira pelos Municípios não suspende a cobrança dos débitos da gestão anterior, nem implica no afastamento da incidência de encargos financeiros sobre as dívidas existentes.

25. Daí a adoção do estado de calamidade financeira pela municipalidade produzir efeito meramente enunciativo, de modo a sinalizar à sociedade e aos administrados as condições em que se encontram as finanças públicas.

26. No entanto, isso não se confunde com a calamidade pública decorrente de caso fortuito ou força maior.

27. Nem mesmo o eventual reconhecimento da calamidade financeira pela Assembleia Legislativa deste Estado (art. 65 da LRF) daria a eficácia necessária à suspensão de prazos previstos em lei.

28. Ademais, conforme informações prestadas pelo Presidente deste Tribunal de Justiça, apontado como autoridade coatora, o Município de Natividade preencheu todos os requisitos necessários para adequar-se à Emenda Constitucional nº 94/2016, sendo intimado através de carta registrada para apresentar o plano de pagamento. Porém, o ente público

não se manifestou.

29. Mas não é só! A dívida do Município impetrante, quanto ao pagamento dos precatórios, existe desde 2011. A concessão da segurança tal como pretendida pela municipalidade apenas ratificaria a permanência do estado de inadimplência do ente político para com aqueles que têm direito a créditos reconhecidos pelo Poder Judiciário, em verdadeira afronta à Constituição Federal.

30. Além disso, a atual administração assumiu o Executivo Municipal em janeiro de 2017. Logo, passados mais de um ano do início da atividade administrativa, houve tempo suficiente para que o alcaide encontrasse soluções para cumprir a lei de responsabilidade fiscal.

31. Conforme destacou o Ministério Público, o constituinte reformador tem proporcionado aos entes políticos, em diversas oportunidades, o parcelamento de seus débitos judiciais. O art. 102 do ADCT permitiu que as Fazendas Públicas negociassem com os credores a redução do valor dos precatórios dos créditos não prioritários, além de o art. 100, §20º da CF permitir o parcelamento de parte do montante inscrito nos requisitórios, cujo valor ultrapasse 15% do total de créditos inscritos até 1º de julho do exercício anterior ao pagamento.

32. Portanto, são diversos os mecanismos jurídicos que poderiam ter sido adotados pela municipalidade. Isto não permite que se admita a inércia, como justificativa para a calamidade financeira "criada" pelos administradores locais.

33. Por fim, a alegação de que a PEC 212/2016 iria "conferir aos Municípios o prazo de 10 anos para quitar o débito" (*sic* - TJe 2/12) também não se sustenta.

34. A mencionada PEC deu origem à EC 99, publicada em dezembro de 2017. Em que pese ela tenha instituído novo regime especial de pagamento dos precatórios, a emenda constitucional "não autorizou que o débito relativo ao ano de 2017 fosse novamente recalculado para pagamento, a partir de 2018. Não houve concessão de carência relativo ao pagamento da dívida do ano que passou" (*sic* - TJe 189/7, grifei).

35. Daí ser descabida a tentativa de o ente municipal se valer da nova regra constitucional para impôr verdadeiro "calote" nos seus credores de débitos judiciais.

36. Diante disso tudo, não há o direito líquido e certo pretendido pelo Município para impedir o Presidente deste Tribunal de Justiça de realizar sequestros nas contas do Erário local, a fim de dar cumprimento ao pagamento dos débitos oriundos dos precatórios.

- Da nulidade do ato de intimação para o depósito.

37. Não obstante as razões acima, se impõe reconhecer o vício formal no ato de intimação da Fazenda Municipal.

38. O fato de a Divisão de Precatórios (DIPRE) não dispor de ferramenta digital para a intimação eletrônica do ente político não afasta a aplicação da Lei Estadual nº 5.427/09, que trata do tema, *verbi*:

"art. 22

§3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a ciência do interessado.

§4º No caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deve ser efetuada por meio de publicação oficial."

39. A redação dessas normas não deixa dúvidas de que a intimação, por publicação oficial, somente se dará nas hipóteses definidas no §4º do mencionado dispositivo. Logo, não é essa a situação do Município, por não se ajustar à exceção.

40. O §5º do art. 22 é peremptório quanto à nulidade do ato que não observa tais prescrições formais de comunicação dos atos administrativos.

41. Dessa forma, fica reconhecida a nulidade da intimação do Município para a quitação do Plano Anual de Pagamento de Precatórios de 2017. A consequência disso é a nulidade do sequestro no valor de R$ 608.943,50 (TJe 34/32).

42. No entanto, o que ficou aqui decidido de forma alguma impedirá a repetição do ato, desta vez, com observância aos pressupostos legais.

43. Assim sendo, CONCEDE-SE PARCIALMENTE A SEGURANÇA apenas para reconhecer a nulidade da intimação do ente político, publicada no Diário de Justiça Eletrônico (TJe 34/28) e, como consequência, do sequestro realizado nas contas do Erário municipal (TJe 34/32). A nulidade aqui reconhecida não é impeditiva de novos sequestros, em decorrência da inadimplência do impetrante no pagamento dos créditos oriundos de decisões judicias. Sem custas nos termos dos artigos 10, inciso X, c/c 17, inciso IX, da Lei Estadual nº 3.350. Descabidos os honorários, conforme o artigo 25 da Lei nº 12.016. Cumpra-se o art. 13 da Lei de Mandado de Segurança.

Rio de Janeiro, 11 de junho de 2018.

DES. BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO
Relator

OBRIGAÇÃO DE FAZER. VAGA EM CRECHE MUNICIPAL. DEVER DO ESTADO PROVER MATRÍCULA PARA MENORES. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE. SENTENÇA MANTIDA.

REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER MOVIDA EM FACE DO MUNICÍPIO DE CAMPOS DOS GOYTACAZES. PRETENSÃO DE OBTENÇÃO DE VAGA (MATRÍCULA) EM CRECHE MUNICIPAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. A NEGATIVA DE MATRÍCULA QUE VIOLA FRONTALMENTE, O DISPOSTO NO INCISO IV DO ARTIGO 208 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, QUE DETERMINA SER DEVER DO ESTADO PROVER CRECHE PARA OS MENORES DE ATÉ 06 (SEIS) ANOS DE IDADE - VIOLAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL, CONSAGRADOS NO ART. 227 DA CRFB/88 - O INCISO IV DO ARTIGO 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE TAMBÉM PREVÊ QUE É DEVER DO ESTADO GARANTIR O ATENDIMENTO EM CRECHE PARA CRIANÇAS. NO MESMO SENTIDO, TAMBÉM DISPÕE A LEI DE DIRETRIZES E BASES DE DA EDUCAÇÃO (LEI N° 9.394/96), CARACTERIZANDO ATO ILEGAL A NEGATIVA DE MATRÍCULA, NÃO CABENDO DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO, NEM HÁ VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DE PODERES, POIS SE TRATA DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE DEVE SER GARANTIDO COM ABSOLUTA PRIORIDADE, SEGUNDO ENTENDIMENTO DO STJ - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária - Processo nº 0011271-

03.2016.8.19.0014, em que é Autor I.B.P. REP/P/S/MÃE M.R.S.P. e Réu MUNICÍPIO DE CAMPOS DOS GOYTACAZES.

Acordam os Desembargadores que integram a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em manter integralmente a sentença em reexame necessário, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

O autor, hoje com 04 anos, representado por sua mãe, ajuizou ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela, em face do Município réu, tendo em vista que necessita ser incluído no sistema educacional do Município.

Alega que não obteve êxito na matrícula em creche próxima ao local de trabalho de sua genitora, por ausência de vaga e por isso pleiteia a condenação do Réu na referida obrigação de fazer, consistente em matriculá-lo em creche municipal próxima à residência ou endereço profissional da genitora.

A contestação foi apresentada A f. 27 e seguintes, na qual sustentou o rRéu que não comprova o autor a negativa de atendimento administrativo, bem como que o pleito já havia sido atendido, pugnando pela extinção do feito.

Sobreveio a r. sentença, de f. 44/45, que julgou procedente os pedidos iniciais, com os seguintes fundamentos:

Posto isso, tudo visto e ponderado julgo procedente o pedido da ação, tornando definitiva a tutela concedida, para determinar que o Município de Campos dos Goytacazes mantenha I.B.P. matriculado em escola próxima a sua residência.

No que tange a fixação dos honorários advocatícios, conforme amplamente pacificado nos Tribunais Superiores, é possível a condenação do Município, em virtude do princípio da causalidade. E à sua fixação, deve observar os termos do enunciado nº 182, da Súmula deste Tribunal ("nas ações que versem sobre a prestação unificada de saúde, a verba honorária arbitrada em favor do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública, não deve exceder ao valor correspondente a meio salário-mínimo nacional").

Com efeito, o salário-mínimo atual (a partir de 01/01/2016) é de R$ 880,00, razão pela qual a verba honorária deve corresponder a R$ 440,00.

Isento o réu do pagamento das custas processuais, com base no parágrafo 20, do artigo 141, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Submeto a presente decisão a reexame necessário por órgão fracionário do Egrégio Tribunal de Justiça (CPC, art. 475,11), na ausência de eventual recurso voluntário das partes.

Não há recurso das partes. Os autos vieram a este Tribunal por força do Reexame Necessário.

É o relatório.

A controvérsia versa sobre a existência de direito do autor de ser matriculado em creche da rede municipal de ensino.

O autor possui 04 (quatro) anos de idade e necessita permanecer na creche próxima à sua residência ou do trabalho de sua genitora, de forma que o deferimento em creche diversa da indicada na inicial inviabilizará a permanência da autora na instituição de ensino, já que sua mãe não possui condições de pagar transporte para levá-la a uma creche distante.

É evidente que está sendo violado, frontalmente, o disposto no inciso IV do artigo 208

da Constituição da República, que determina ser dever do Estado prover creche para os menores de até 05 (cinco) anos de idade, *in verbis*:

"Art. 208. O dever do Estado com educação será efetivado mediante a garantia de:

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;" (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

Verifica-se, ainda, que o Município, ao negar a matrícula à autora, viola também o princípio constitucional do melhor interesse da criança, consagrado no artigo 227, *caput*, também da Constituição da República, que prevê o direito à educação e à proteção a qualquer forma de negligência, *in verbis*:

"Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminado, exploração, violência, crueldade e opressão."

Com efeito, o Município também não respeitou o disposto no inciso IV do artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que é dever do Estado, garantir o atendimento em creche, *in verbis*:

"Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:
(...)

II - Atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;"

No mesmo sentido, dispõe a Lei de Diretrizes e Bases de da Educação (Lei n° 9.394/96), nos arts. 4º, 11, 18, 29 e 30.

Como se vê, o direito da autora, assegurado constitucionalmente e na legislação infraconstitucional, é líquido e certo, caracterizando ato ilegal a negativa à matrícula, pois, como expresso na Constituição da República, é dever do Estado prover creche para os menores de até 05 (cinco) anos, mostrando-se cabível a intervenção do Judiciário para sanar tal violação (art. 5º, XXXV), punindo qualquer discriminação atentatória aos direitos fundamentais (art. 5º, XLI).

Ressalte-se que não há discricionariedade, pois a Administração não pode agir com a oportunidade ou conveniência nesses casos, pois a educação infantil é direito fundamental, previsto constitucionalmente e que deve ser garantido de forma ampla e irrestrita.

Ademais, quando o Poder Judiciário atua no sentido de assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais, não interfere na autonomia do administrador, exercendo apenas o seu poder de controle da legalidade da atividade administrativa e proteção dos direitos fundamentais.

O direito à vaga em creche da rede pública é uma norma de caráter social, ou seja, a Constituição Federal e a legislação impõem ao Poder Público a prestação de um ato positivo nesse sentido.

A jurisprudência do STJ, inclusive, já se posicionou pela possibilidade do Poder Judiciário impor uma obrigação de fazer ao poder público, quando se tratar de um direito social constitucionalmente garantido, não implicando em violação do princípio da separação de poderes.

Nesse sentido segue a jurisprudência do STJ especificamente sobre a necessidade de

se garantir, com absoluta prioridade, vaga em creche pública para crianças de 0 (zero) até 6 (seis) anos de idade:

AgRg no REsp 1.198.737/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 04/11/2010, DJe 02/02/2011

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISPONIBILIZAÇÃO DE VAGA PARA CRIANÇAS EM CRECHE MUNICIPAL. DIREITO RESGUARDADO PELO ECA E PELA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO.

1. O direito de ingresso e permanência de crianças com até seis anos em creches e pré-escolas encontra respaldo no art. 208 da Constituição Federal. Por seu turno, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu art. 11, V, bem como o ECA, em seu art. 54, IV, atribui ao Ente Público o dever de assegurar o atendimento de crianças de zero a seis anos de idade em creches e pré-escolas. Precedentes do STJ e do STF. 2. Agravo Regimental não provido."

REsp 440.502/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 24/09/2010

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ALÍNEA "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. DIREITO A CRECHE E A PRÉ-ESCOLA DE CRIANÇAS ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL. LESÃO CONSUBSTANCIADA NA OFERTA INSUFICIENTE DE VAGAS. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Na ordem jurídica brasileira, a educação não é uma garantia qualquer que esteja em pé de igualdade com outros direitos individuais ou sociais. Ao contrário, trata-se de absoluta prioridade, nos termos do art. 227 da Constituição de 1988. A violação do direito à educação de crianças e adolescentes mostra-se, em nosso sistema, tão grave e inadmissível como negar-lhes a vida e a saúde. 3. O Ministério Público é órgão responsável pela tutela dos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos relativos à infância e à adolescência, na forma do art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. 4. Cabe ao *Parquet* ajuizar Ação Civil Pública com a finalidade de garantir o direito a creche e a pré-escola de crianças até seis anos de idade, conforme dispõe o art. 208 do ECA. 5. A Administração Pública deve propiciar o acesso e a frequência em creche e pré-escola, assegurando que esse serviço seja prestado, com qualidade, por rede própria. 6. De acordo com o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), garantia básica do Estado Democrático de Direito, a oferta insuficiente de vagas em creches para crianças de zero a seis anos faz surgir o direito de ação para todos aqueles que se encontrem nessas condições, diretamente ou por meio de sujeitos intermediários, como o Ministério Público e entidades da sociedade civil organizada. 7. No campo dos direitos individuais e sociais de absoluta prioridade, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapso. A ser diferente, estaria o Judiciário a fazer juízo de valor ou político em esfera na qual o legislador não lhe deixou outra possibilidade de decidir que não seja a de exigir o imediato e cabal cumprimento dos deveres, completamente vinculados, da Administração Pública. 8. Se um direito é qualificado pelo legislador como absoluta prioridade, deixa de integrar o universo de incidência da reserva do possível,

já que a sua possibilidade é, preambular e obrigatoriamente, fixada pela Constituição ou pela lei. 9. Se é certo que ao Judiciário recusa-se a possibilidade de substituir-se à Administração Pública, o que contaminaria ou derrubaria a separação mínima das funções do Estado moderno, também não é menos correto que, na nossa ordem jurídica, compete ao juiz interpretar e aplicar a delimitação constitucional e legal dos poderes e deveres do Administrador, exigindo, de um lado, cumprimento integral e tempestivo dos deveres vinculados e, quanto à esfera da chamada competência discricionária, respeito ao due process e às garantias formais dos atos e procedimentos que pratica. 10. Recurso Especial não provido.

Nesse sentido também é a jurisprudência deste TJRJ, inclusive desta E. Sexta Câmara:

0062731-39.2014.8.19.0001 - Apelação. Des(a). CLAUDIA PIRES DOS SANTOS FERREIRA - Julgamento: 19/10/2016 - Sexta Câmara Cível.

AGRAVO INTERNO NA APELAÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA, QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO E MANTEVE A SENTENÇA. SENTENÇA JULGOU PROCEDENTE A DEMANDA, DETERMINANDO A REALIZAÇÃO DA MATRÍCULA DAS MENORES, ORA APELADAS, EM CRECHE MUNICIPAL, PRÓXIMA A SUA RESIDÊNCIA. MANUTENÇÃO. DIREITO À CRECHE, ASSEGURADO EM SEDE CONSTITUCIONAL, NO ECA E NA LDB (LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL). DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL QUE TRADUZ PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL INDISPONÍVEL. AGRAVO INTERNO, DESPROVIDO. NOS TERMOS DO VOTO DA DESEMBARGADORA RELATORA.

0002010-57.2013.8.19.0066 - Apelação/Reexame Necessário. Des. CLAUDIA PIRES - Julgamento: 30/07/2014 - Sexta Câmara Cível.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. COMPROVAÇÃO DA RECUSA DE VAGA EM CRECHE MUNICIPAL. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO. ARTIGOS 205, 208, INCISO IV E 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEVER DO MUNICÍPIO. DESCUMPRIMENTO. OMISSÃO ILEGAL. LEGITIMIDADE DO CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. LESÃO AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA CONCEDIDA. CABIMENTO DA CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO AO PAGAMENTO DE TAXA JUDICIÁRIA, NOS TERMOS DA SÚMULA Nº 145, DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA CONFIRMADA. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 557, *CAPUT*, DO CPC.

0007374-35.2014.8.19.0014 - REEXAME NECESSÁRIO. DES. NAGIB SLAIBI - Julgamento: 19/03/2015 - Sexta Câmara Cível. Direito da Educação. Recusa de vaga devidamente comprovada, configurando ato ilegal da autoridade pública municipal. Princípio da proteção integral. Aplicação dos artigos 208, IV e 227 da Constituição Federal. Garantia de acesso à Educação em creches e pré-escolas municipais para crianças de zero a seis anos. Comprovação de que o Município está impedindo o acesso da criança à escola em afronta direta ao art. 208 da Constituição Federal, art. 11, V, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, bem como ao art. 54, IV do ECA. Precedente: "(.) A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas asseguram, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e

o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças até 5 (cinco) anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. (.)" (ARE 639.337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 *divulg* 14/09/2011 *public* 15/09/2011 *ement vol* - 02587-01 pp-00125). Manutenção da sentença em reexame necessário.

Por tudo isso, a sentença se mostra correta, baseada na lei, na jurisprudência e na prova dos autos.

Por tais fundamentos, em reexame necessário, por manter a sentença reexaminada.

Rio de Janeiro, 04 de julho de 2018.

DESª. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO
Relatora

OVERBOOKING. COMPANHIA AÉREA. MENORES. VOO INTERNACIONAL REMARCADO PARA O DIA SEGUINTE. PREJUÍZO DE UM DIA DE FÉRIAS. ABORRECIMENTOS. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO MAJORADA.

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. COMPANHIA AÉREA. VOO INTERNACIONAL. OVERBOOKING. REMARCAÇÃO PARA O DIA SEGUINTE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO, CONDENANDO AS RÉS AO PAGAMENTO NO VALOR DE R$ 3.000,00, PARA CADA AUTOR, A TÍTULO DE DANO MORAL. ENTENDIMENTO RECENTE DO STF QUE, APRECIANDO O TEMA 210 DA REPERCUSSÃO GERAL, DEU PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE/636.331, FIXANDO A SEGUINTE TESE: "NOS TERMOS DO ART. 178 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, AS NORMAS E OS TRATADOS INTERNACIONAIS LIMITADORES DA RESPONSABILIDADE DAS TRANSPORTADORAS AÉREAS DE PASSAGEIROS, ESPECIALMENTE AS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E MONTREAL, TÊM PREVALÊNCIA EM RELAÇÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR". ENTENDIMENTO DESTE RELATOR QUE, À MINGUA DE TRATAMENTO ESPECÍFICO PELA TESE ASSENTADA PELO STF, NO QUE TANGE À REPARAÇÃO POR DANO MORAL, DEVE PREVALECER A INCIDÊNCIA DO CDC. FORTUITO INTERNO. COMPORTAMENTO ANTIJURÍDICO E NEXO DE CAUSALIDADE PERFEITAMENTE DELINEADOS. EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE INEXISTEN-

TES. VIOLADOS DEVERES JURÍDICOS ORIGINÁRIOS, SURGE PARA A RÉ O DEVER JURÍDICO SUCESSIVO DE RECOMPOR OS DANOS DECORRENTES. DANO MORAL QUE SE VERIFICA *IN RE IPSA*. VERBA COMPENSATÓRIA QUE SE MOSTROU INADEQUADA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE, EM RAZÃO DOS AUTORES SEREM MENORES DE 5 E 9 ANOS DE IDADE E DOS TRANSTORNOS DECORRENTES DO ATRASO DE 24 HORAS DE EMBARQUE EM VIAGEM DE FÉRIAS DA FAMÍLIA. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0079684-10.2016.8.19.0001 em que são Apelantes V.S.F.O. e C.F.O. rep/p/s/mãe C.A.F. e Apelados Delta Air Lines Inc. e Decolar. com. Ltda.

Acordam os Desembargadores que integram a Vigésima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste Estado, por unanimidade, em dar provimento ao recurso do autor, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de Apelação interposta por V.S.F.O. e C.F.O. em face de sentença (index 509) proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca da Capital, nos autos da ação indenizatória por danos morais proposta em face dos Apelados, que julgou procedente os pedidos deduzidos na inicial nos seguintes termos:

"(...) Analisando a dinâmica dos fatos ora discutidos, verifica-se que os autores, por conta da má administração e planejamento das rés, deixaram de embarcar no voo que os levariam as planejadas férias, atrasando em um dia seu lazer, causando aborrecimentos acima do aceitável ao fazer retornarem para suas residências sem conseguirem embarcar, gerando dever de indenizar por este motivo, sendo certo que o atraso no retorno não se deu por culpa da ré, mas por fenômeno natural, sem prova de falha na assistência.

(...)

Diante disto, julgo procedente o pedido, extinguindo-se o feito na forma do art. 487, I do CPC, para condenar as rés solidariamente ao pagamento da quantia equivalente a R$ 6.000,00 (seis mil reais), 50% para cada, a títulos de compensação por danos morais, acrescidos os juros legais desde a citação até a efetiva data de pagamento e a correção monetária desta data até o efetivo pagamento. Condeno as rés nas custas processuais e fixo os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação".

Os autores apresentaram apelação (index 547), sustentando que para a situação experimentada, sendo as mesmas crianças de 5 e 9 anos, o valor do dano foi inferior ao que cabia, requerendo sua majoração.

Contrarrazões da DELTA AIRLINES (index 582).

É o relatório.

VOTO

Estando presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, deve este recurso ser recebido no duplo efeito.

Inicialmente, convém salientar que o STF, apreciando o tema 210 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário RE/636.331, fixando a seguinte tese: "Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor".

Assim, restou assentado que as normas e tratados internacionais, quando limitadores da responsabilidade das companhias aéreas, que prestam serviço de transporte de passageiros, terão aplicação para dirimir conflitos eventualmente havidos entre consumidor e a companhia, devendo ser afastada a incidência do CDC.

Contudo, este relator, em hipóteses similares ao caso concreto, em que se pretende a reparação por danos morais em decorrência de falha na prestação do serviço de transporte aéreo em voos internacionais, vem se posicionando pela aplicação do CDC. Isso porque, no que respeita à indenização por dano moral, à mingua de tratamento específico na tese assentada, entendo que deve incidir a aplicação do direito pátrio que regula a matéria, notadamente as normas insculpidas no Código de Defesa de Consumidor, por se tratar de relação de consumo.

Destarte, a relação existente entre as partes litigantes é de caráter consumerista, vez que presentes os requisitos objetivos e subjetivos insertos dos artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor, sendo, portanto, plenamente aplicáveis à espécie as normas protetivas do aludido diploma legal, mais especificamente o preceito contido no *caput*, do seu artigo 14, que consagra a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores de serviços, fundada na teoria do risco empresarial ou do empreendimento, bastando somente a demonstração do dano e do nexo causal entre o comportamento do prestador do serviço e a lesão causada, prescindida a demonstração de culpa.

Deste modo, responde o fornecedor pelos defeitos dos serviços prestados e pelos atos deles decorrentes, devendo indenizar ou reparar os danos eventualmente causados, independentemente da demonstração de culpa, isentando-se apenas na hipótese de existir alguma das causas de exclusão do nexo causal elencadas nos incisos do § 3º do aludido dispositivo legal.

Assim, consagrando a legislação consumerista, de maneira induvidosa, a responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços pela reparação dos danos causados aos consumidores pelos fatos ou vícios de produtos ou de serviços (artigos 12, 14, 18 e 20, Código de Proteção e Defesa do Consumidor), independentemente da existência de culpa, desconsidera, no campo probatório, quaisquer investigações relacionadas à conduta do fornecedor - ressalva se faz à responsabilidade civil dos profissionais liberais que, nos termos do artigo 14, §4º, da Lei nº 8.078/90, se estabelece mediante verificação de culpa.

Milita, pois, em prol da parte autora, segundo as regras do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, presunção de defeito na prestação do serviço, competindo ao réu, para se eximir de qualquer responsabilidade, provar a inexistência de defeito na prestação do serviço ou que o fato danoso seria atribuível exclusivamente a terceiros.

Na hipótese, aduzem os autores/apelantes que adquiriram passagens aéreas para viagem de férias para Cancun, sendo que após efetuarem o *check in*, foram informados que não havia vaga para toda a família no referido voo, em decorrência da prática do conhecido *overbooking*.

A verba de dano moral é o objeto da controvérsia, devendo sua quantificação ser avaliada.

No exame dos autos, vê-se que os autores eram crianças de 5 e 9 anos de idade, no aguardo de viagem com os pais, para gozo de férias.

Evidente que em voo dessa natureza, uma

remarcação para embarque somente no dia seguinte, 24 horas depois, causando inúmeros transtornos em decorrência de deslocamento da família e reorganização das inúmeras bagagens para 4 pessoas.

Além disso, tiveram que retornar ao lar em horário por volta de meia-noite, o que traduz uma maior exposição aos perigos da cidade que são conhecidos de sempre.

Relataram também o inconveniente de terem que se dirigir ao Juizado Especial para reclamação e da perda de um dia de férias.

Assim, para fixação do valor da indenização, sem um critério legal pré-determinado para arbitramento da indenização por dano moral, mas diante do que indica a doutrina e a jurisprudência, deve o julgador observar a capacidade econômica das partes, o objetivo compensatório e um componente punitivo, diante das circunstâncias do caso concreto.

Assim, considerando as circunstâncias do caso concreto, tem-se que o *quantum* fixado a título de danos morais de R$ 3.000,00 (três mil reais) para cada autor não restou adequado à hipótese, na medida que não atendeu ao seu caráter compensatório e preventivo-pedagógico.

As situações experimentadas pelas duas crianças pequenas, que foram acima relatadas, denotam que o valor da indenização merece uma majoração para se adequar com a realidade.

Registre-se que o valor arbitrado pelo juízo *a quo* se mostra em consonância com o patamar fixado em casos análogos por este Tribunal de Justiça, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS. Autores pedem indenização por danos morais em razão de *overbooking*. Prova dos autos demonstra a impossibilidade de embarque na data contratada e realocação em voo para o dia seguinte, bem como da prática de overbooking, considerada ilegal. Danos morais *in re ipsa*. *Quantum* indenizatório de R$ 7.000,00 para cada Autor que se mostra adequado ao caso e que deve ser mantido considerando-se a extensão do dano sofrido pelos Autores. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (APELAÇÃO CÍVEL. - 0035162-84.2015.8.19.0209 - LEILA ALBUQUERQUE - VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR, Data de julgamento: 10/01/2018).

TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL - OVERBOOKING - DANO MORAL Apelação Cível. Voo internacional. Atraso de 24 horas. Requerimento de compensação pelos danos morais. Afirma que foram impedidos de embarcar, eis que o voo se encontrava lotado. Sentença de Procedência fixando a indenização em danos morais no valor de R$ 5.000,00 para cada autor. Apelação autoral com pretensão de reforma para majoração da indenização. Falha do serviço que restou comprovada. Ausência de recurso do réu. Valor fixado de forma modesta merecendo ajuste de forma que seja adequada aos fatos narrados pelo apelante motivo pelo qual deve a verba ser majorada para R$ 10.000,00 para cada autor para se adequar aos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, observando-se a extensão da responsabilidade do ofensor e a intensidade do dano. Direito à compensação por dano moral que não pode ser excluído por Tratado Internacional, vez que previsto em cláusula pétrea da Constituição Federal. Recurso parcialmente provido. (0282580-76.2015.8.19.0001 - Apelação - Des. NATACHA NASCIMENTO GOMES TOSTES GONÇALVES DE OLIVEIRA - Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor, Data de julgamento: 14/12/2017).

Ante o exposto, voto no sentido de dar

provimento ao recurso, majorando a indenização pelo dano moral para o valor de R$ 16.000,00 (dezesseis mil reais), na proporção de 50% para cada autor.

Rio de Janeiro, 04 de julho de 2018.

DES. LUIZ ROBERTO AYOUB
Relator

PREVIDENCIÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. BENEFÍCIO. INSS. PENSÃO POR MORTE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO TRABALHO NA ATIVIDADE PESQUEIRA DE FORMA HABITUAL. RECURSO DESPROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSS. LEI Nº 8.213/91. INDEFERIMENTO DE PENSÃO POR MORTE. ALEGAÇÃO DA AUTARQUIA DE AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA. 1 - No caso em análise, restou devidamente comprovado, através de prova documental e testemunhal, de que a apelante vivia com o falecido e possuía com ele relação estável, contínua e duradoura, que perdurou por mais de 30 anos, inclusive com o nascimento de um filho em comum. 2 - Por outro lado, sabe-se que a pensão por morte é benefício direcionado aos dependentes do segurado, visando à manutenção da família, no caso da morte do responsável pelo seu sustento. 3 - A Constituição da República, em seu art. 201, V, quando dispõe que a pensão por morte será paga aos dependentes do segurado falecido, evidencia o nítido caráter alimentar do benefício, haja vista que ao determinar que este será pago àqueles que dependiam economicamente do segurado morto está ratificando, que a finalidade é suprir a contribuição econômica que o finado prestava à família. 4 - Contudo, em análise das provas trazidas, bem como dos requisitos necessários à concessão de pensão por morte, entendo que a sentença deu correta solução à lide, posto que não restou preenchido o requisito de que o falecido exercia a atividade de pescador em caráter habitual, ou seja, de forma rotineira. 5 - Nos depoimentos colhidos, percebeu-se que o falecido e sua esposa eram donos de restaurante, que inclusive tinha o nome dele, porém, o *de cujus* era dono de um barco de pesca. 6 - Contudo, ainda que o Sr. Ricardo, obtivesse permissão fornecida pela autoridade marítima e exercesse a atividade de pesca, não houve demonstração do trabalho na atividade pesqueira de forma habitual, tendo deixado de dar cumprimento aos requisitos necessários à concessão do pensionamento. 7 - Com isso, a autora não faz jus ao recebimento do benefício, posto que não preenchidos os requisitos exigidos pela autarquia, não havendo direito a ser reconhecido. recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação cível nº 0007160-97.2009.8.19.0053, em que é Apelante Cristina da Silva Pereira e Apelado Instituto Social do Seguro Social - INSS, acordam os Desembargadores que integram a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, conhecer o recurso e negar-lhe provimento.

Assim, decidem na conformidade do relatório e voto do relator.

Trata-se de ação de reconhecimento de união estável c/c concessão de benefício previdenciário proposta por Cristina da Silva Pereira em face do Instituto Social do Seguro Social - INSS, sob fundamento, de que viveu em união estável com o Sr. Ricardo Hissa, por mais de

vinte anos, entretanto o mesmo faleceu em 08/10/2008.

Aduziu, que postulou administrativamente, a concessão de benefício previdenciário, porém teve o pedido negado sob alegação de falta de provas, não tendo sido aceita a declaração de que o falecido era pescador da Colônia de Pesca Z-2 de 1976 até o seu óbito.

Afirmou, que se enquadra nas hipóteses do art. 16 da Lei nº 8.213/91, fazendo jus ao benefício postulado, na qualidade de dependente do falecido, que exercia a atividade de acordo com o art. 11, VII da citada Lei.

Pleiteou assim, a concessão de tutela antecipada, a fim de que seja implantado o benefício de pensão por morte, considerando a natureza alimentar da prestação, com a posterior procedência dos seus pedidos.

Indeferimento de tutela antecipada a f. 76.

Regularmente citado o INSS apresentou a sua defesa a f. 81/89, aduzindo que não houve comprovação da qualidade de segurado especial do *de cujus* (art. 55, §3º da Lei nº 8.213/91), bem como ausência de prova do fato constitutivo do direito. Argumentou ainda, que não houve prova da união estável, não havendo que se falar em deferimento de pensão por morte. Requereu a improcedência dos pedidos.

Promoção do Ministério Público a f. 107/108, pela desnecessidade de sua intervenção.

Na sentença de f. 249/250, o douto Juízo a quo não obstante a comprovação de que a autora e o falecido Sr. Ricardo viviam em união estável, entendeu que não restou demonstrado, que o de cujus exercia a atividade de pescador artesanal, por essa razão julgou improcedentes os pedidos e extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I do CPC.

Condenou a autora nas custas processuais, bem como em honorários que arbitrou em 10% sobre o valor da causa, na forma do artigo 82, §2º, do Novo Código de Processo Civil, devendo ser observada gratuidade de justiça concedida nos termos do artigo 12 da Lei de Assistência Judiciária.

Inconformada, a autora interpôs apelação a f. 252/259, pugnando pela reforma total da sentença, repisando os trazidos na inicial, aduzindo que a prova documental juntada aos autos, demonstram a qualidade do companheiro de segurado especial, requerendo o estabelecimento do benefício, com o pagamento dos atrasados.

Contrarrazões de apelação a f. 265/, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

A apelação é tempestiva e estão presentes os demais requisitos de admissibilidade do recurso.

Trata-se de ação reconhecimento de união estável c/c concessão de benefício previdenciário, em que alega a autora que viveu em união estável com o Sr. Ricardo e, que o mesmo faleceu no ano de 2008, pelo que faz jus ao reconhecimento da união estável, bem como ao recebimento de pensão por morte.

Inicialmente, sabe-se que, para que seja reconhecida a união estável, necessária a presença dos requisitos da existência de convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, nos termos do art. 1.723 do CC, *in verbis*:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o ob-

jetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

No caso em análise, restou devidamente comprovado, através de prova documental e testemunhal, de que a apelante vivia com o falecido e possuía com ele relação estável, contínua e duradoura, que perdurou por mais de 30 anos, inclusive com o nascimento de um filho em comum.

Por outro lado, sabe-se que a pensão por morte é benefício direcionado aos dependentes do segurado, visando à manutenção da família, no caso da morte do responsável pelo seu sustento.

A Constituição da República, em seu art. 201, V, quando dispõe que a pensão por morte será paga aos dependentes do segurado falecido, evidencia o nítido caráter alimentar do benefício, haja vista que ao determinar que este será pago àqueles que dependiam economicamente do segurado morto está ratificando, que a finalidade é suprir a contribuição econômica que o finado prestava à família.

Entretanto, são necessários alguns requisitos para que seja possível o recebimento do citado benefício.

Alegou a demandante, que seu companheiro exercia a atividade de pescador desde 1976 até a data do seu óbito em 2008 e, que sempre viveu da pesca.

Por outro lado, quando do requerimento administrativo, o INSS indeferiu o pedido da autora, sob alegação da autarquia de ausência de provas.

A Lei nº 8.213/91, estabelece no seu art. 16, §3º, que são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, a companheira, que mantêm união estável com o segurado.

Ademais, dispõe o artigo 5º, § 3º da Lei nº 8.213/91, que o tempo de serviço será comprovado e, só produzirá efeitos, quando baseado em prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, in verbis:

Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.

Ainda restou fixado na legislação em vigor, que ao pescador artesanal ou a este assemelhado é segurado obrigatório da previdência social, quando faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida (art. 11, inciso VII da Lei nº 8.219/91).

Contudo, em análise das provas trazidas, bem como dos requisitos necessários à concessão de pensão por morte, entendo que a sentença deu correta solução à lide, posto que não restou preenchido o requisito de que o falecido exercia a atividade de pescador em caráter ha-

bitual, ou seja, de forma rotineira.

Nos depoimentos colhidos, percebeu-se que o falecido e sua esposa eram donos de restaurante, que inclusive tinha o nome dele, porém, o de cujus era dono de um barco de pesca.

Contudo, ainda que o Sr. Ricardo, obtivesse permissão fornecida pela autoridade marítima e exercesse a atividade de pesca, não houve demonstração do trabalho na atividade pesqueira de forma habitual, tendo deixado de dar cumprimento aos requisitos necessários à concessão do pensionamento.

Com isso, a autora não faz jus ao recebimento do benefício, posto que não preenchidos os requisitos exigidos pela autarquia, não havendo direito a ser reconhecido.

Ante o exposto, conheço o recurso e nego-lhe provimento.

Rio de Janeiro, 21 de fevereiro de 2018.

DESª. MARCIA FERREIRA ALVARENGA
Relatora

PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO: CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INDÍCIOS DE CRIME GRAVE. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. VIOLAÇÃO À PRECEITO CONSTITUCIONAL. MANUTENÇÃO DA PRISÃO.

HABEAS CORPUS. ARTIGOS 157, § 2º, I E II, POR QUATRO VEZES, NA FORMA DO 70, AMBOS DO CÓDIGO PENAL E 14 DA LEI Nº 10.826/03. PRETENSÃO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR, AO ARGUMENTO DE AUSÊNCIA DO *PERICULUM LIBERTATIS*. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Ao contrário do alegado pela impetrante, a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, além de estar devidamente fundamentada, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal, ampara-se nos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. O pleito de liberdade foi indeferido em decisão subsequente, igualmente fundamentada, restando inalterados os fundamentos fático-jurídicos que deram ensejo ao ergástulo cautelar.

2. O *periculum libertatis* deflui da necessidade de se garantir a ordem pública, na medida em que a conduta imputada ao paciente torna indispensável a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, ante a repercussão negativa em toda a sociedade, em hipóteses semelhantes à presente. A gravidade em concreto fica ainda mais evidente, por se tratar de feito penal em que há indícios da prática de crime grave, praticado em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo.

3. A necessidade de se evitar perturbações no âmbito probatório do processo, torna imperiosa a segregação cautelar do paciente para a conveniência da instrução criminal, que ora se inicia.

4. Saliente-se, outrossim, que condições pessoais favoráveis não impedem a decretação e manutenção da segregação, conforme entendimento jurisprudencial pacificado.

5. No caso em exame, não se vislumbra a possibilidade de aplicação de medida diversa de prisão, por não se mostrarem suficientes.

6. Não obstante a liberdade constituir a regra em nosso ordenamento jurídico, garantida como um preceito básico do indivíduo, o próprio legislador constituinte previu hipóteses de supressão desse direito, em caráter excepcional e taxativo, como se infere do artigo 5º, LXI, da Carta Política. Logo, a prisão cautelar decretada pelo Estado-juiz, quando devidamente fundamentada, não implica nenhuma violação à ordem constitucional, pois

configura uma exceção à regra estabelecida pelo legislador constituinte, como na hipótese em testilha.

7. As demais alegações da impetrante referem-se ao mérito da causa, o que não é cabível na via estreita deste remédio constitucional, em razão da necessidade de exame aprofundado do conjunto fático-probatório. As discussões que dizem respeito ao mérito da causa devem ser primeiramente analisadas pelo Juiz natural, a quem incumbe entregar a prestação jurisdicional mediante a prolação de sentença, sob pena de supressão de instância. Como ação de natureza constitucional, destinada a coibir qualquer ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção, cujo procedimento exige prova pré-constituída para aferição do direito discutido, afigura-se, pois, impossível conceder a ordem.

8. Ausência de constrangimento ilegal. Denegação da ordem.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas corpus* nº 0022429-29.2018.8.19.0000, em que figura como impetrante a Dra. Paula Anselmo de Carvalho (OAB/RJ 174.044), como paciente Alexandre Mendes da Costa e autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 35ª Vara Criminal da Comarca da Capital.

Acordam os Desembargadores que integram a 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em denegar a ordem, nos termos do voto do Des. Relator.

Cuida a hipótese de *habeas corpus* impetrado em favor de Alexandre Mendes da Costa, denunciado pela suposta prática das condutas insertas nos artigos 157, § 2º, I e II, por quatro vezes, na forma do artigo 70, ambos do Código Penal e 14 da Lei nº 10.826/03. Alega a impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal, em razão da inexistência do *periculum libertatis* a fundamentar a decisão que decretou a prisão preventiva.

Diz tratar-se de paciente primário, com residência e atividade laboral lícita, o qual nega a autoria dos delitos, atribuindo a ação criminosa aos corréus.

Assim, pugna pela concessão da medida liminar, a fim de ser concedida a liberdade ao paciente. Ao final, requer a concessão da ordem, com a confirmação da liminar. Subsidiariamente, pretende a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão (e-doc 2).

A exordial se fez acompanhar dos documentos que integram o Anexo 1.

Foram efetivadas as informações pela autoridade apontada coatora (e-doc. 33).

A liminar foi indeferida, nos termos do e-doc.15.

A douta Procuradoria de Justiça exarou parecer, da lavra do Dr. Ellis H. Figueira Junior, manifestando-se pela denegação da ordem (e-doc 41). É o relatório.

VOTO

A alegação da impetrante é no sentido de que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, por ausência do *periculum libertatis* a fundamentar a decretação de sua prisão preventiva.

Razão não lhe assiste.

A prisão em flagrante do paciente foi convertida em preventiva, com fundamento na necessidade de garantir a ordem pública, na conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, em sede de audiência de custódia, realizada no dia 05/04/20187. Confira-se:

"Inicialmente, cumpre consignar que nenhuma forma de agressão física no ato prisional foi relatada pelo custodiado. O Auto de Prisão em Flagrante encontra-se formalmente em ordem, na forma dos artigos 302 e seguintes do Código de Processo Penal. Assim, passo a decidir fundamentadamente, na forma do artigo 310 do CPP. A chamada Audiência de Custódia foi introduzida em nosso ordenamento jurídico em 1992, quando o Brasil ratificou o pacto de São José da Costa Rica (Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992) que em seu art.7º, item 5, dispõe que ´toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade pela lei a exercer funções judiciais´. De igual forma, através de Resolução TJ/OE/RJ 29/15, o ato foi efetivado, através de projeto piloto por este Tribunal. Cuida-se de direito do preso em flagrante que deverá ser apresentado sem demora a uma autoridade judicial. Portanto, considerando que, foram cumpridas as premissas para a apresentação do preso ao juízo de custódia, como fundamento no Decreto nº 678/92 e na Resolução TJ/OE/RJ 29/15, passo à análise da prisão do custodiado. Considerados os requisitos previstos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, entendo presentes os elementos necessários à conversão da prisão de flagrante em preventiva, conforme requerido pelo Ministério Público. Com efeito, estão presentes os indícios de autoria e a prova da existência do crime, facilmente extraídos do Auto de Prisão em Flagrante, Auto de Apreensão e pelos depoimentos prestados pelos policiais militares na Delegacia, assim como pelo reconhecimento feito pelas vítimas. Os custodiados foram presos em flagrante pela prática do crime de roubo com concurso de agentes e emprego de arma (artigo 157, §2º, I e II, do CP), tratando-se, portanto, de crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos (artigo 313, I, CPP). Segundo relato dos policiais militares, receberam notícia pela Maré Zero que automóvel HB20, placa com numeração 6477, estava realizando roubos na área do centro. Duas horas depois, quando se dirigiam para o Hospital Souza Aguiar, visualizaram o referido veículo, no qual se encontravam os custodiados. Em revista pessoal, apreenderam na cintura de Marcelo o revólver calibre 32, municiado. No interior do veículo, encontraram bolsas, carteiras femininas e masculinas, 6 celulares, R$ 1.900,00 em espécie e documentos de pessoas que não eram os ocupantes do automóvel, este também produto de roubo, cuja proprietária apontou Matheus como a pessoa que fez a abordagem e anunciou o assalto. O crime de roubo, praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, merece total repúdio do Poder Judiciário pela gravidade em concreto da conduta delituosa, que costuma marcar as vítimas com traumas futuros. No caso em tela, foi praticado em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo. Também é de se observar que o grupo praticou vários assaltos na mesma área em curto espaço de tempo, ressaltando que a arma de fogo aumenta a possibilidade de as vítimas terem sua vida ceifada, demonstrando assim a periculosidade elevada e justificando a segregação cautelar para manutenção da ordem pública. O custodiado Matheus ostenta antecedentes infracionais, o que autoriza a prisão preventiva, para acautelar a ordem pública. Insta ressaltar que o fato de os custodiados não ostentarem anotações anteriores em sua fac e/ou apresentar comprovante de residência fixa e ocupação lícita por si só não impedem a decretação de sua prisão preventiva, devendo o magistrado atentar também para as circunstâncias do crime e sua gravidade em concreto. Nesse sentido é a jurisprudência do E. TJRJ a seguir colacionada: *Habeas Corpus*. Prisão preventiva. Roubo qualificado pelo concurso de agentes e pelo emprego de arma de fogo. Ausência dos requisitos ensejadores da custódia cautelar. Constrangimento ilegal. Inocorrência. Negativa de autoria. Matéria fática. Descabimento. Medidas cautelares. Fixação. Inviabilidade. O

decreto de prisão preventiva e o indeferimento do pedido de revogação desta medida estão devidamente fundamentados, tendo sido a custódia cautelar determinada para a garantia da ordem pública. (...) Por outro lado, o eventual fato de o paciente ser primário, ostentar bons antecedentes, possuir residência fixa e ter ocupação lícita não é, por si só, fundamento para sua pronta colocação em liberdade, notadamente considerando-se a natureza grave da conduta em apuração e a maneira de execução do delito. Por fim, a hipótese não comporta a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, eis que a custódia do paciente se faz plenamente necessária, uma vez que adequada à gravidade e às circunstâncias do crime. Ordem denegada, com determinação ao juízo de origem que imprima maior celeridade ao feito. 0035544-88.2016.8.19.0000 - *Habeas Corpus* DES. ANTONIO EDUARDO F. DUARTE - Julgamento: 30/08/2016 - Quarta Câmara Criminal. Por fim, o regular andamento da instrução criminal deve ser garantido pela segregação preventiva do custodiado, porquanto sua liberdade nesta fase processual poderia acarretar sérios gravames à colheita das provas necessárias ao julgamento da demanda, sobretudo diante da probabilidade de vir a influenciar negativamente o depoimento da vítima, que se sentiria constrangida ou até intimidada, em prestar o seu depoimento de forma livre, de forma a assegurar, ainda, a devida aplicação da Lei Penal. Observe-se a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça sobre o tema: *Habeas Corpus*. Crime do Art. 157, §2º, I E II, duas vezes, na forma do Art. 70, ambos do CP. Impetrante que se insurge contra a segregação cautelar do paciente ao fundamento que este exerce atividade laborativa, não possui antecedente criminal, dispõe-se a apresentar-se espontaneamente em juízo e não representa qualquer perigo as vítimas do delito. Ausência de constrangimento ilegal a ser sanado. Ordem denegada. 1. (...) 4. Quanto aos argumentos de que o paciente é primário e exerce atividade laborativa, estes não constituem, isoladamente, motivos a ensejar a liberdade provisória, que deve ser analisada em cotejo com os demais elementos de prova nos autos, conforme entendimento já sedimentado no Supremo Tribunal Federal. 5. Quanto aos argumentos de que o paciente não representa perigo as vítimas do delito ocorrido e que se dispõe a apresentar-se espontaneamente em juízo por qualquer determinação, estes relacionam-se com os motivos expostos pelo juízo a quo para decretar a prisão preventiva, quais sejam, regular andamento da instrução criminal e aplicação da lei penal. 6. Porém, percebe-se que não restou configurada nenhuma ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção do paciente, na medida em que a eminente Magistrada, analisou satisfatoriamente as questões postas a seu julgamento, exteriorizando as razões de fato e de direito que a convenceram a decretar a custódia cautelar. (...) 7. Observa-se que o modus operandi descrito na denúncia evidencia o grau de periculosidade do paciente, cuja liberdade colocaria em risco o desenvolvimento da instrução criminal, ante a possibilidade de as testemunhas serem submetidas a diversos tipos de ameaças. 8. A necessidade de se evitar perturbações no âmbito probatório do processo, sobretudo nos depoimentos das testemunhas a serem colhidos em Juízo, torna imperiosa a segregação cautelar do paciente para a conveniência da instrução criminal. 9. Por amor ao debate, uma vez que o impetrante na inicial não se insurgiu contra este fundamento legal exposto na decisão atacada, analiso a fundamentação da prisão preventiva, no tocante à garantia da ordem pública. 10. As circunstâncias em que se deram as condutas delituosas narradas na peça inicial acusatória se revelam capaz de gerar repercussão danosa no meio social, o que torna indispensável a prisão provisória para a garantia da ordem pública, já tão atingida por fatos semelhantes, que causam pavor em toda a sociedade. 11. A indicação de elementos concretos no tocante à necessidade da garantia da ordem pública, em razão da necessidade de se acautelar a sociedade dos perigos oriundos dos delitos de

roubo praticados em concurso de pessoas e com emprego de arma de fogo constitui motivação satisfatória à manutenção da custódia cautelar, que, por óbvio, não caracteriza coação ilegal. 12. Conclui-se que o impetrante não trouxe quaisquer elementos de prova capazes de infirmar a legalidade da custódia do paciente. Ausência de constrangimento ilegal a ser sanado. Ordem denegada. 0036052-34.2016.8.19.0000 - *Habeas Corpus* - DES. CLAUDIO TAVARES DE O. JUNIOR - Julgamento: 14/09/2016 - Oitava Câmara Criminal Diante de tais fatos, inequívoca a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, bem como a necessidade da custódia cautelar para garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e para que se assegure a aplicação da lei penal, evitando-se, também, a reiteração criminosa. Note-se que o princípio da não culpabilidade não está sendo violado, uma vez que a prisão ora decretada é de natureza cautelar, com previsão legal, servindo ao bom andamento do processo e garantindo sua eficácia. 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. Ante o exposto, converto a prisão em flagrante em prisão preventiva. Expeçam-se Mandado de Prisão."

Requerida a liberdade provisória pela defesa, a constrição cautelar foi mantida, como se infere do sítio eletrônico deste e. Tribunal de Justiça:

"Do pedido de liberdade de Marcello Augusto e Alexandre Mendes. Trata-se de Pedidos de Liberdade Provisória dos acusados Marcello Augusto Pereira Filho e Alexandre Mendes. O Ministério Público manifestou-se desfavoravelmente diante das circunstâncias em que o crime foi cometido. No caso ora em apreço, a denúncia narra a prática em tese da conduta prevista nos artigos 14 da Lei nº 10.826/03 (Marcello) e Art. 157 §2º, I e II do CP (Alexandre), tratando-se, pois de delito grave. As circunstâncias do crime são graves e a prisão em flagrante foi há pouco convertida em prisão preventiva e, assim, permanecem íntegros os motivos da prisão cautelar. Cabe ressaltar que o fato de o acusado ser primário, possuir residência fixa e eventualmente exercer atividade laborativa lícita não é, por si só, fundamento para a substituição de medida cautelar diversa da prisão. Ante o exposto, indefiro, por ora, o pleito libertário defensivo de ambos os acusados."

Infere-se das decisões supracitadas que não restou configurada nenhuma ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção do paciente, cuja segregação cautelar se deu com base em fatos concretos e à luz dos requisitos legais e constitucionais.

In casu, as condutas imputadas ao paciente se revelam de extrema gravidade, o que torna indispensável a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, ante a repercussão negativa em toda a sociedade, em hipóteses semelhantes à presente.

A gravidade em concreto, no caso, fica ainda mais evidente, por se tratar de feito penal em que há indícios da prática de crime grave, praticado com emprego de arma de fogo.

Com efeito, a indicação de elementos concretos no tocante à necessidade de garantia da ordem pública constitui motivação satisfatória à manutenção da custódia cautelar, que, por óbvio, não caracteriza coação ilegal.

Como leciona JULIO FABBRINI MIRABETE1[1], "o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos crimi-

1 *In* **Código de Processo Penal Interpretado.** 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 690

nosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão".

No mesmo sentido, posiciona-se GUILHERME DE SOUZA NUCCI[2] ao discorrer sobre a garantia da ordem pública, como fundamento da custódia cautelar, ao afirmar que:

"... A garantia da ordem pública envolve a própria segurança pública, não sendo necessário abranger toda uma cidade, bastando um bairro, uma região ou uma comunidade. Demanda quesitos básicos como gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa (...) A gravidade concreta do delito espelha-se pelo fato e suas circunstâncias e consequências (...)".

Demais disso, a necessidade de se evitar perturbações no âmbito probatório do processo, torna imperiosa a segregação cautelar do paciente para a conveniência da instrução criminal, que se inicia no Juízo de Origem.

Com efeito, o fato do paciente possuir bons antecedentes, não lhe garante, por si só, o direito de responder ao processo em liberdade, conforme pacífica jurisprudência de nossos Tribunais:

HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO DE MENORES E ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PARECER ACOLHIDO.

1. É legítima a prisão cautelar decretada com o fim de garantir a ordem pública quando demonstrado, com base em elementos concretos, que se mostra necessária, dada a gravidade diferenciada da conduta incriminada, bem como em razão do efetivo risco de continuidade das práticas delitivas.

2. O envolvimento de menor de idade no cometimento dos dois roubos e o fato de o paciente ostentar pretérito criminoso (na mesma comarca tramita feito criminal no qual o paciente chegou até a ser beneficiado com medida cautelar alternativa) confirmam a necessidade da rigorosa providência.

3. Primariedade, bons antecedentes, residência fixa predicados pessoais não possuem, por si sós, o condão de revogar a prisão cautelar.

4. Ordem denegada.

(STJ - Sexta Turma - HC 369.027/SP - Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, julgamento em 06/12/2016)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE DO AGENTE. INTIMIDAÇÃO DE TESTEMUNHAS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso

previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A privação antecipada da liberdade do

---

2 *In* **Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei nº 2.403, de 4 de maio de 2011** - 2ª ed. - São Paulo - Revista dos Tribunais, 2012, pp 84/85.

cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. As decisões que decretaram/mantiveram a prisão preventiva do paciente encontram-se amparadas na gravidade concreta do delito (revelada pelo *modus operandi*, indicador da periculosidade social do agente, que teria atentado contra a vida da vítima, pessoa idosa, arremessando sobre ela tijolos até que viesse a perder os sentidos.

Além disso, as decisões precedentes afirmaram haver relatos de que as testemunhas estão sendo intimadas pelo acusado, o que, por si só, já justifica a manutenção do decreto prisional. Prisão preventiva devidamente justificada nos termos do art. 312 do CPP.

4. Eventuais condições subjetivas favoráveis ao paciente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. Precedentes.

5. Ausente constrangimento ilegal hábil a permitir a concessão da ordem de ofício, o presente writ não merece ser conhecido.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(STJ - Quinta Turma - HC 371.245/SP - Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgamento em 22/11/2016)

Desta forma, verifica-se que a decisão que decretou a custódia cautelar, assim como a que manteve a prisão preventiva, além de estarem devidamente fundamentadas, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal, encontram-se devidamente amparadas nos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Ademais, não obstante a Lei nº 12.403/11 ter implementado outras medidas visando tornar mais rara a constrição cautelar, permanecem íntegros os fundamentos do artigo 312, do CPP, para imposição da privação cautelar da liberdade individual.

A priori deverá ser aplicada medida cautelar diversa da prisão, contudo, há casos em que a gravidade dos fatos, o modo de execução, somados ao fundado receio de reiteração da conduta criminosa, autorizam a decretação da prisão preventiva, como na hipótese em comento.

As demais alegações da impetrante referem-se ao mérito da causa, o que não é cabível na via estreita deste remédio constitucional, em razão da necessidade de exame aprofundado do conjunto fático probatório. As discussões que dizem respeito ao mérito da causa devem ser primeiramente analisadas pelo Juiz natural, a quem incumbe entregar a prestação jurisdicional mediante a prolação de sentença, sob pena de supressão de instância.

Como ação de natureza constitucional, destinada a coibir qualquer ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção, cujo procedimento exige prova pré-constituída para aferição do direito discutido, afigura-se, pois, impossível conceder a ordem.

Destarte, não há qualquer ilegalidade que possa ser apreciada, restando indene de máculas a prisão preventiva do paciente.

Diante do exposto, ante a ausência de constrangimento ilegal a ser sanado, voto pela

denegação da ordem.

Rio de Janeiro, 16 de maio de 2018.

DES. CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JUNIOR
Relator

REVISÃO ANUAL DE VENCIMENTOS. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INICIATIVA DO PODER EXECUTIVO. PODER JUDICIÁRIO NÃO É LEGISLADOR POSITIVO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. INEXISTÊNCIA DE LEI NÃO GERA DIREITO À INDENIZAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR FALTA DE REVISÃO GERAL ANUAL DE VENCIMENTOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NORMA NÃO AUTOAPLICÁVEL. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO POR LEI FORMAL, DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. OMISSÃO QUE NÃO PODE SER SANADA PELO PODER JUDICIÁRIO, QUE NÃO É LEGISLADOR POSITIVO, SOB PENA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. SE NÃO HÁ LEI, A INEXISTÊNCIA DE REVISÃO NÃO TEM COMO GERAR DIREITO A INDENIZAÇÃO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 0019085-67.2014.8.19.0004, em que são, respectivamente, Apelante e Apelada Graça Maria dos Santos e Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro - RIOPREVIDÊNCIA,

Acordam, os Desembargadores que integram a 14ª Câmara Cível em, conhecer do recurso e desprovê-lo, nos termos do voto do relator. Decisão unânime.

RELATÓRIO

01. Tem-se apelação cível da sentença f. 183 a 186 (índice eletrônico n.º 183) que, nos autos da ação de procedimento comum, ajuizada por Graça Maria dos Santos, servidora pública estadual, em face de Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro - RIOPREVIDÊNCIA, com pedido de indenização por falta de revisão geral anual de seus vencimentos, julgou-o improcedente, na forma do art. 487, I do Código de Processo Civil, condenou a autora a pagar as despesas processuais e fixou os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, observados os efeitos da gratuidade de justiça.

02. Irresignada, apela a vencida (razões, f. 213 a 226, índice eletrônico n.º 208), alegando, em síntese, que não pede a correção dos seus vencimentos, mas, sim, uma indenização por danos materiais, vistos os prejuízos que lhe causou a omissão do recorrido em proceder à revisão geral anual daqueles, o que é descumprimento da regra do art. 37, X, da Constituição da República.

03. Aduz que, por isso, a Súmula nº 339-STF não se aplica à hipótese.

04. Por fim, ressaltando estarem presentes os pressupostos da responsabilização do apelado, propugna ver provido o apelo, com a reforma da sentença e a procedência da pretensão deduzida.

05. As contrarrazões de f. 274 a 283 (índice eletrônico nº 272) impugnam o recurso, ao asserto de que o pedido entra em evidente rota de colisão com o Princípio da Separação de Poderes e com a Súmula Vinculante nº 37 e Súmula nº 339, ambas do Supremo Tribunal Federal pretender que o Poder Judiciário lhe conceda aumento remuneratório sem a necessária previsão legal.

06. Assim, esclarece que, se o recurso for acolhido, estará violado também o Princípio da Isonomia, pois a decisão concederia aumento a uma servidora inativa, o que não alcançará os demais inativos e, até, servidores em atividade da mesma categoria.

07. Por tais fundamentos, quer o desprovimento da insurgência, que isenta de preparo (cf. cert. de f. 266, mesmo indexador).

É o relatório.

VOTO

08. A apelação preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal.

09. No mérito, há que, de plano, registrar-se a natureza da norma traduzida no tipo do art. 37, X, da Carta Republicana, que não é autoaplicável, porque exige a regulamentação infraconstitucional.

10. Logo, a sentença está correta, já que não integra a função jurisdicional o atuar como legislador positivo, sob pena de clara ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes.

11. A consequência é, então, evidente: se a norma não é autoaplicável e se não há como Poder Judiciário atuar como legislador positivo, a afirmada omissão não tem como gerar direito à indenização, valendo lembrar que o ordenamento jurídico compreende instrumento processual para supri-la.

12. Apenas para bem situar o que seria a origem do direito a ver-se indenizado, fato é que o reajuste geral da remuneração do servidor público é matéria sujeita à reserva legal, pelo que cabe ao Poder Legislativo, por iniciativa do Executivo, editar norma que viabilize a pretensão (a caracterizar a não mais focada possibilidade jurídica do pedido...).

13. A respeito do tema, é pacífica a jurisprudência da Suprema Corte Brasileira, do que são prova os arestos abaixo ementados:

"DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. DIREITO À INDENIZAÇÃO POR AUSÊNCIA DE REVISÃO GERAL DE REMUNERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IMPROCEDENTE. DECISÃO AGRAVADA ALINHADA À JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Os fundamentos apontados no recurso não são aptos a alterar as conclusões da decisão agravada, que está alinhada à jurisprudência desta Corte. 2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg na AR nº 2.109/SC. Rel. Min. ROBERTO BARROSO. Tribunal Pleno. Publicação: 17/04/2017)

"SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL DE VENCIMENTO. COMPORTAMENTO OMISSIVO DO CHEFE DO EXECUTIVO. DIREITO À INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. IMPOSSIBILIDADE. Esta Corte firmou o entendimento de que, embora reconhecida a mora legislativa, não pode o Judiciário deflagrar o processo legislativo, nem fixar prazo para que o chefe do Poder Executivo o faça. Além disso, esta Turma entendeu que o comportamento omissivo do chefe do Poder Executivo não gera direito à indenização por perdas e danos. Recurso extraordinário desprovido." (RE 42.4584, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA. Segunda Turma. Julgamento: 17/11/2009, DJe-081 Divulg 06/05/2010 Public 07/05/2010)

"PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. REVI-

SÃO GERAL ANUAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO. FIXAÇÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. DECISÃO QUE OBSERVA O DISPOSTO NO ART. 20, § 4º, DO CPC. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. PRIMEIRO AGRAVO IMPROVIDO E SEGUNDO AGRAVO NÃO CONHECIDO. I - A iniciativa para desencadear o procedimento legislativo para a concessão da revisão geral anual aos servidores públicos é ato discricionário do Chefe do Poder Executivo, não cabendo ao Judiciário suprir sua omissão. II - Incabível indenização por representar a própria concessão de reajuste sem previsão legal. (...). Agravo não conhecido. V - Agravo regimental improvido. (RE 557945 AgR. Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Primeira Turma. Julgamento: 13/11/2007)

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO – SERVIDORES PÚBLICOS - REMUNERAÇÃO - REVISÃO GERAL ANUAL (CF, ART. 37, X) - ALEGADA INÉRCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO - PRETENDIDA INDENIZAÇÃO CIVIL EM FAVOR DO SERVIDOR PÚBLICO COMO DECORRÊNCIA DA OMISSÃO ESTATAL – NÃO -RECONHECIMENTO DESSE DIREITO - PRECEDENTES - RECURSO IMPROVIDO. (RE 554.810 AgR. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Segunda Turma. Julgamento: 13/11/2007)"

14. Releva notar que, conquanto o plenário da Corte Suprema tenha reconhecido a repercussão geral da matéria, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 565.089/SP, ainda não há decisão de mérito, de forma que prevalece a orientação jurisprudencial anteriormente firmada.

15. Consulte-se, ainda, a jurisprudência desta Corte de Justiça:

"APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO. BARRA MANSA. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA MOTIVADA PELA INÉRCIA ADMINISTRATIVA EM PROCEDER À REVISÃO ANUAL DOS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. INCONFORMISMO MANIFESTADO PELO AUTOR. 1- Trata-se de ação há muito objeto de análise deste E. Tribunal, em que se pretende obter indenização perante a Autarquia ré, pertencente à Administração Indireta do Município de Barra Mansa em razão de sua inércia em promover a revisão anual dos vencimentos dos servidores públicos, com amparo no art. 37, X, da CRFB/88; 2- Com efeito, deve-se observar que a revisão anual necessita da ocorrência de vários fatores, como iniciativa legal específica e questões fáticas, como, por exemplo, previsão orçamentária, motivo pelo qual a condenação representaria indevida intervenção do Poder Judiciário na seara de outro poder; 3- Não obstante, é de se observar que o E. Supremo Tribunal Federal, conquanto tenha atribuído Repercussão Geral ao tema, tomando por recurso paradigma o RE 565089, ainda pendente de julgamento, possui em sua Jurisprudência o entendimento histórico pela rejeição da pretensão indenizatória autoral; 4- Sentença mantida. Recurso desprovido." (0015512-12.2014.8.19.0007 - APELAÇÃO. Rel. Des(a). MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO - Julgamento: 22/08/2017 - Décima Sexta Câmara Cível)."

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. Pretensão de condenação do Poder Público municipal ao pagamento de indenização correspondente à revisão geral anual dos seus vencimentos. Atuação excepcional do Judiciário na adoção de políticas públicas. Mérito administrativo. Conveniência e oportunidade, não sindicáveis pelo Poder Judiciário. Precedente do STF. Recurso despro-

vido." (0003056-27.2016.8.19.0050 - Apelação. Rel. Des(a). CARLOS EDUARDO DA ROSA DA FONSECA PASSOS - Julgamento: 12/07/2017 - Décima Oitava Câmara Cível)."

"APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE RESSARCIMENTO DECORRENTE DE OMISSÃO LEGISLATIVA. REVISÃO GERAL ANUAL DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCISO X DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA. MATÉRIA SUJEITA À RESERVA LEGAL. CRITÉRIOS QUE NÃO PODEM SER DEFINIDOS PELO PODER JUDICIÁRIO. ENTENDIMENTO DO S.T.J., NO SENTIDO DE QUE NÃO CABE AO PODER JUDICIÁRIO CONCEDER INDENIZAÇÃO AOS SERVIDORES PÚBLICOS EM RAZÃO DE OMISSÃO LEGISLATIVA QUANTO À REVISÃO GERAL ANUAL DE VENCIMENTOS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, NA FORMA DO ARTIGO 932, IV, DO CPC." (0012149-46.2016.8.19.0007 - Apelação. Rel. Des(a). ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE - Julgamento: 20/07/2017 - Sétima Câmara Cível)."

"INDENIZATÓRIA. SERVIDORA MUNICIPAL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO PELAS PERDAS SALARIAIS DECORRENTES DA OMISSÃO LEGISLATIVA QUANTO À REVISÃO GERAL ANUAL. Apelação da sentença que julgou improcedente o pedido de indenização pelos prejuízos sofridos por servidora pública em decorrência da mora legislativa municipal em cumprir o disposto no art. 37, X, da CRFB. A jurisprudência deste Tribunal vem se consolidando no sentido de que não compete ao Poder Judiciário suprir eventual omissão legislativa, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes. A satisfação da pretensão autoral depende, necessariamente, da edição de lei formal. Entendimento do Pretório Excelso no sentido de que o comportamento omissivo do chefe do Poder Executivo não gera direito à indenização por perdas e danos e que, embora reconhecida a mora legislativa, não pode o Judiciário deflagrar o processo legislativo, nem fixar prazo para que o chefe do Poder Executivo o faça. Recurso desprovido, nos termos do voto do desembargador relator." (0023014-02.2014.8.19.0007 - Apelação. Des(a). RICARDO RODRIGUES CARDOZO - Julgamento: 11/07/2017 - Décima Quinta Câmara Cível).

16. Por derradeiro, em se tratando de sentença publicada depois de 18 de março de 2016, aplica-se o Enunciado Administrativo nº 07-STJ, assim redigido:

"Somente aos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC."

17. Isso leva à fixação de honorários recursais (art. 85, §11, do Código de Processo Civil).

18. Assim, observado o seu art. 85, § 2º, é adequada à hipótese a majoração da verba em 2% (dois por cento) do valor atualizado da causa.

19. Tudo bem ponderado, voto no sentido de conhecer do recurso, desprovê-lo e fixar os honorários advocatícios recursais em 2% (dois por cento) do valor atualizado da causa, observada a condição suspensiva de exigibilidade do § 3º do art. 98 do Código de Processo Civil.

Rio de Janeiro, 12 de julho de 2018.

DES. GILBERTO CAMPISTA GUARINO
Relator

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRELIMINAR DE PROVA ILÍCITA ARGUÍDA. BUSCA DOMICILIAR SEM AUTORIZAÇÃO. REJEIÇÃO. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO. AGENTE EM SITUAÇÃO DE FLAGRANTE DELITO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

APELAÇÃO. ARTIGO 33, *CAPUT* DA LEI Nº 11.343/2006. RECURSO DEFENSIVO ARGUINDO, PRELIMINARMENTE: 1) A NULIDADE DO PROCESSO ALEGANDO HAVER O MESMO SE FUNDADO EM PROVA ILÍCITA, EM RAZÃO DE TER-SE PROCEDIDO BUSCA DOMICILIAR SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL. NO MÉRITO PUGNA: 2) ABSOLVIÇÃO DO RÉU POR LEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. SUBSIDIARIAMENTE REQUER: 3) A MITIGAÇÃO DA PENA-BASE AO PATAMAR MÍNIMO LEGAL; 4) O ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. POR FIM PREQUESTIONA TODA A MATÉRIA ARGUIDA NO RECURSO. CONHECIMENTO DO RECURSO COM REJEIÇÃO DA PRELIMINAR, E NO MÉRITO DESPROVIMENTO DO MESMO.

Ab initio, destaca-se e rejeita-se a preliminar arguida pela Defesa do acusado-apelante, derivada de suposto *error in procedendo*, teoricamente obstativo ao exame do direito material controvertido e cuja avaliação há de preceder ao seu detido estudo.

Quanto à preliminar, de nulidade da sentença sob a alegação de ter a mesma se fundado em prova ilícita, em razão de ter-se procedido a busca domiciliar no imóvel (local de culto religioso) onde o réu se encontrava, sem autorização legal, convém gizar que uma das exceções ao princípio da inviolabilidade de domicílio que a Constituição da República elenca em seu artigo 5º, inciso XI, é precisamente encontrar-se o agente em situação de flagrante delito.

Averbe-se que, o crime de tráfico de entorpecentes é classificado como delito permanente, pois se perpetua no tempo. Precedentes do STF e STJ.

Preliminar rejeitada.

No mérito, quanto ao pleito absolutório relativamente ao delito descrito no artigo 33, *caput* da Lei nº 11.343/2006, certo é que o conjunto probatório produzido, ao contrário do que alega a Defesa, é firme e seguro no sentido de proclamar o real envolvimento do acusado, Eduardo Damião Vieira Filho, na empreitada criminosa ora em comento, afastando-se, qualquer possibilidade em torno da pretendida absolvição, ou mesmo desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei Antidrogas.

No caso em espécie, a materialidade está positivada pelo auto de prisão em flagrante, auto de apreensão, laudo de exame prévio de entorpecente, contra os quais não houve impugnação, por quaisquer das partes, assim como, a questão da autoria, de igual modo, enquanto envolvimento factual do apelante nominado, no episódio concreto, se mostrou configurada, somada às contundentes declarações prestadas em sede judicial pelos policiais militares, Paulo Henrique e Gilvan Pinheiro.

Diante desse quadro é de se observar que ao contrário do que alega a Defesa do acusado, a conclusão a partir das declarações prestadas pelos policiais militares, que participaram da apreensão do entorpecente, conferem juízo de certeza para a mantença do decreto condenatório, traduzindo-se que a argumentação defensiva, alegando suposta "insuficiência de provas", não fosse sua estridente inverossimilhança, diante do caso concreto, também careceu de comprovação jurídico-formal, ônus a seu cargo exclusivo.

No que tange à dosimetria da pena do delito de tráfico imputado ao réu-recorrente, nenhum reparo merecer ser feito, visto existirem elementos concretos nos autos, aptos a elevar a pena-base acima do patamar mínimo legal, salientando-se que o artigo 42 da

Lei nº 11.343/2006 prevê critérios específicos para a fixação da pena na primeira etapa da dosimetria, ao dispor que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente". Nesse ponto, é de se ver que a natureza e quantidade e diversidade do entorpecente encontrado, cocaína na forma de crack, considerada de maior potencial destrutivo, autoriza o incremento da pena inicial, conforme bem salientou a magistrada sentenciante.

Prosseguindo no exame do recurso defensivo, postula a Defesa do réu a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º da Lei Antidrogas. Sem razão.

Com efeito, tem-se como sustentável a não aplicação da causa especial de redução de pena, uma vez que, consoante registrado pela sentenciante monocrática, a reincidência do réu impede a incidência de tal benesse. Precedente do STJ.

No que pertine ao regime de cumprimento de pena, seu abrandamento não constituiu, no caso, meio suficiente, para a retribuição da conduta criminosa, ou para a sua prevenção geral e específica, considerando-se, ainda, tratar-se de réu reincidente.

Por fim, quanto às alegações de prequestionamento para fins de interposição eventual de recursos extraordinário ou especial arguidas pela Defesa, as mesmas não merecem conhecimento e tampouco provimento, eis que não se vislumbra a incidência de quaisquer das hipóteses itemizadas no inciso III, letras "a", "b", "c" e "d" do art. 102 e inciso III, letras "a", "b" e "c" do art. 105 da CRFB e por consequência nenhuma contrariedade/negativa de vigência, nem demonstração de violação de normas constitucionais ou infraconstitucionais, de caráter abstrato e geral.

CONHECIMENTO DO RECURSO, COM REJEIÇÃO DA PRELIMINAR, E NO MÉRITO DESPROVIMENTO DO MESMO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal nº 0151414-47.2017.8.19.0001, em que figura como Apelante EDUARDO DAMIÃO VIEIRA FILHO, e Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO.

Acordam os Desembargadores da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, no sentido de em conhecer do recurso, rejeitar-se a preliminar, e, no mérito, negar provimento ao mesmo, nos termos do voto da Des. Relatora.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Defesa do réu, Eduardo Damião Vieira Filho, contra a sentença de f. 120/127, nos autos da ação penal a que o mesmo respondeu e que tramitou na 1ª Vara Criminal da Regional de Madureira - Comarca da Capital, havendo sido condenado por infração ao artigo 33, caput, da Lei n° 11.343/2006, sendo-lhe aplicada a pena definitiva totalizada de 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, em regime fechado, além do pagamento das custas judiciais.

Inconformada, a Defesa do réu nominado interpôs recurso de apelação a f. 165/173, arguindo, preliminarmente: 1) a nulidade do processo alegando haver o mesmo se fundado em prova ilícita, em razão de ter-se procedido busca domiciliar sem autorização legal. No mérito pugna: 2) absolvição do réu por alegada insuficiência de provas. Subsidiariamente requer: 3) a mitigação da pena-base ao patamar mínimo legal; 4) o abrandamento do regime prisional. Por fim prequestiona toda a matéria arguida no recurso.

O órgão do Ministério Público, nas contrarrazões de f. 175/177, busca o desprovimento do recurso defensivo.

Nesta instância, manifestou-se a Procura-

doria de Justiça em parecer de f. 194/197, pelo desprovimento do apelo defensivo.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Defesa do réu, Eduardo Damião Vieira Filho, arguindo, preliminarmente: 1) a nulidade do processo alegando haver o mesmo se fundado em prova ilícita, em razão de ter-se procedido busca domiciliar sem autorização legal. No mérito pugna: 2) absolvição do réu por alegada insuficiência de provas. Subsidiariamente requer: 2) a mitigação da pena-base ao patamar mínimo legal; 3) o abrandamento do regime prisional. Por fim prequestiona toda a matéria arguida no recurso.

Ab initio, destaca-se e rejeita-se a preliminar arguida pela Defesa do acusado-apelante, derivada de suposto *error in procedendo*, teoricamente obstativo ao exame do direito material controvertido e cuja avaliação há de preceder ao seu detido estudo.

Quanto à preliminar, de nulidade da sentença sob a alegação de ter a mesma se fundado em prova ilícita, em razão de ter-se procedido a busca domiciliar no imóvel (local de culto religioso) onde o réu se encontrava, sem autorização legal, convém gizar que uma das exceções ao princípio da inviolabilidade de domicílio que a Constituição da República elenca em seu artigo 5º, inciso XI, é precisamente encontrar-se o agente em situação de flagrante delito.

Averbe-se que, o crime de tráfico de entorpecentes é classificado como delito permanente, pois se perpetua no tempo.

Sobre o tema, traz-se à colação julgados do STF e do STJ:

"(...) 1. A norma que tutela a inviolabilidade de domicílio, inserta no inciso XI do art. 5º da Constituição Federal, não é absoluta, cedendo "... em caso de flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial" (HC 74.127, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, 2ª Turma, DJ de 13/06/1997, e RHC 86.082, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJe de 22/08/2008). 2. *In casu,* consta na denúncia que "No dezessete de outubro, do ano de dois mil e oito, cerca das vinte e uma horas e trinta minutos, o denunciado foi preso em estado de flagrância por policiais militares lotados no 25º BPM, porque, com vontade livre e consciente, direcionada à prática do injusto, tinha em depósito e guardada, na sua residência, localizada na Rua da Capivaras, Travessa 07, nº 13 - Unamar, nesta cidade, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para entregar a consumo ou fornecer, ainda que gratuitamente, aos usuários, certa quantidade de drogas capazes de determinar dependência física ou psíquica, denominadas Cannabis Sativa L, vulgarmente conhecida por maconha, e ainda, Cloridrato de Cocaína, popularmente conhecida como cocaína, destinadas ao efetivo exercício do nefando comércio das drogas da morte, além do revólver, sem marca, calibre 38, com numeração raspada, regularmente municiado e em condições de ser utilizado na prática de ilícito penal, conforme noticiam o auto de apresentação e apreensão a f. 04 e laudos toxicológico a f. 06 e pericial de potencialidade ofensiva da arma, que será juntado oportunamente, cujas peças técnicas evidenciam a materialidade delitiva". Por esses fatos, o paciente foi condenado, em 04/08/2010, pelo Tribunal de Justiça, à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e (20) vinte dias como incurso nos arts. 12 da Lei nº 10.826/03 e 33 da Lei nº 11.343/06 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido e tráfico de entorpecentes)". 3. Destarte, o acesso de policiais à residência do paciente, em decorrência do flagrante delito, não tem a aptidão de eivar de ilicitude as provas ali colhidas, *in casu*, maconha, cocaína e arma de fogo mu-

niciada, sobrevindo acórdão que o condenou à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e (20) vinte dias pelos crimes tipificados nos arts. 12 da Lei nº 10.826/03 e 33 da Lei nº 11.343/06 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido e tráfico de entorpecentes). (...)" (RHC 117.159 / RJ - Rio de Janeiro – Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* - Relator(a): Min. LUIZ FUX - Julgamento: 05/11/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma)

1. A questão controvertida consiste na possível existência de prova ilícita ("denúncia anônima" e prova colhida sem observância da garantia da inviolabilidade do domicílio), o que contaminaria o processo que resultou na sua condenação. 2. Legitimidade e validade do processo que se originou de investigações baseadas, no primeiro momento, de "denúncia anônima" dando conta de possíveis práticas ilícitas relacionadas ao tráfico de substância entorpecente. Entendeu-se não haver flagrante forjado o resultante de diligências policiais após denúncia anônima sobre tráfico de entorpecentes (HC 74.195, Rel. Min. SIDNEY SANCHES, 1ª Turma, DJ 13/09/1996). 3. Elementos indiciários acerca da prática de ilícito penal. Não houve emprego ou utilização de provas obtidas por meios ilícitos no âmbito do processo instaurado contra o recorrente, não incidindo, na espécie, o disposto no art. 5°, inciso LVI, da Constituição Federal. 4. Garantia da inviolabilidade do domicílio é a regra, mas constitucionalmente excepcionada quando houver flagrante delito, desastre, for o caso de prestar socorro, ou, ainda, por determinação judicial. (RHC 86.082/RS – Rio Grande do Sul recurso em *Habeas Corpus* - Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 05/08/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação)

"(...) 1. Este Tribunal Superior prega que, por ser permanente o crime de tráfico de drogas, a sua consumação se protrai no tempo, de sorte que a situação de flagrância configura-se enquanto o entorpecente estiver sob o poder do infrator, sendo possível, portanto, em tal hipótese, o ingresso da polícia na residência, ainda que não haja mandado de prisão ou de busca e apreensão, já que incide a excepcionalidade inscrita no art. 5º, inciso XI, da CF, a afastar a inviolabilidade do domicílio.(...)" (HC 208.957 / SP - Relator(a) Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador convocado do TJ/RS) (8155) - Órgão Julgador - T6 - SEXTA TURMA - Data do Julgamento - 06/12/2011)

"(...) Não procede a arguida irregularidade da prisão do Paciente, por ofensa ao princípio constitucional da inviolabilidade de domicílio, pois, sendo o tráfico ilícito de drogas delito permanente, pode a autoridade policial ingressar no interior do domicílio do agente, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa e apreender a substância entorpecente que nele for encontrada, sem que, para tanto, seja necessária a expedição de mandado de busca e apreensão. (...)" (HC 222.173/DF - Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120) Órgão Julgador - T5 - QUINTA TURMA - Data do Julgamento - 22/11/2011)

Assim, a alegação defensiva de ausência de materialidade, ao argumento de nulidade das provas para a persecução penal, por ter-se procedido a busca na residência na qual o acusado se encontrava, decorrente de fundadas suspeitas, não torna a mesma nula, nem importa em ofensa a direitos e garantias constitucionais, considerando os interesses públicos, estatal na investigação de ilícitos penais e social, em ver punidos os culpados, a não excluir tal meio de prova. A propósito a jurisprudência pátria: STF - MS 2.436/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO; STJ - RHC 7.239 - GO, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES e RMS 4.435 – MT, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL.

Relativamente ao argumento de que teria sido violado local de culto religioso, ante o fato do réu ter sido preso no interior de um "terrei-

ro de candomblé", convém trazer à liça jurisprudência desta Corte no sentido de que "Não pode ser taxada de ilícita a diligência policial que vem a prender o acusado em flagrante delito pela posse e guarda em sua residência de 140 tubos plásticos contendo cocaína e 60 tabletes prensados de maconha, ainda que ausente ordem judicial, eis que a própria carta magna estabelece exceção ao princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio na hipótese de flagrante delito, não sendo razoável que a "residência" (no caso um centro espírita) desvirtuada de sua finalidade venha a se transformar em garantia de impunidade de crimes praticados em seu interior de caráter permanente, sem esquecer de que, segundo os policiais, o acesso ao local foi autorizado pelo próprio acusado." (TJ-RJ - *HABEAS CORPUS* HC 0032579-06.2017.8.19.0000 Rio de Janeiro - São Pedro da Aldeia - 2ª VARA (TJ-RJ) - Jurisprudência - Data de publicação: 17/08/2017)

Na hipótese dos autos, ao contrário do alegado pelo réu, de que estaria deitado dormindo em uma esteira para tomar uma limpeza espiritual, os policiais, Paulo Henrique e Gilvan Pinheiro foram uníssonos em afirmar "que o acusado estava em um dos cômodos; que no local foi encontrada uma bolsa atrás de uma cômoda contendo o material entorpecente apreendido, no mesmo cômodo onde o acuado se encontrava; que o acusado disse que a droga lhe pertencia e que ele integrava o tráfico local, atuando como vapor; que não havia mais ninguém no local da prisão; que a casa foi vasculhada por estar em uma área conhecida pela prática do tráfico de drogas, comandada pelo Comando Vermelho;"(transcrito da sentença monocrática)

Desta forma, rejeita-se a preliminar suscitada.

No mérito, quanto ao pleito absolutório relativamente ao delito descrito no artigo 33, *caput* da Lei nº 11.343/2006, certo é que o conjunto probatório produzido, ao contrário do que alega a Defesa, é firme e seguro no sentido de proclamar o real envolvimento do acusado, Eduardo Damião Vieira Filho, na empreitada criminosa ora em comento, afastando-se, qualquer possibilidade em torno da pretendida absolvição, ou mesmo desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei Antidrogas.

No caso em espécie, a materialidade está positivada pelo auto de prisão em flagrante de f. 02 e seguintes, auto de apreensão de f. 08, laudo de exame prévio de entorpecente de f. 13/14, contra os quais não houve impugnação, por quaisquer das partes, assim como, a questão da autoria, de igual modo, enquanto envolvimento factual do apelante nominado, no episódio concreto, se mostrou configurada, somada às contundentes declarações prestadas em sede judicial pelos policiais militares, Paulo Henrique Nunes e Gilvan Pinheiro Gilbert, os quais, de maneira harmônica e segura, relataram "que em operação na Comunidade do Cajueiro, na Rua Tatuí, encontraram quatro elementos portando drogas, que fugiram do local e deixaram drogas e uma arma de fogo; que seguiram a ocorrência pelo caminho e localizaram uma casa onde, após terem a entrada franqueada pela moradora, encontraram um menor portando uma quantidade de maconha; que prosseguiu na diligência com o policial Paulo Henrique, e próximo ao Beco do Sossego adentraram em uma casa espírita onde se encontrava o acusado; que era um centro espírita com dois cômodos; que o acusado estava em um dos cômodos; que no local foi encontrada uma bolsa atrás de uma cômoda contendo o material entorpecente apreendido, no mesmo cômodo onde o acuado se encontrava; que o acusado disse que a droga lhe pertencia e que ele integrava o tráfico local, atuando como vapor; que não havia mais ninguém no local da prisão; que a casa foi vasculhada por estar em

uma área conhecida pela prática do tráfico de drogas, comandada pelo Comando Vermelho; que o acusado estava deitado no chão, mas não estava dormindo; que o portão estava aberto, como se alguém tivesse ingressado no local naquele momento; que o policial Paulo Henrique entrou primeiro no local, e a depoente entrou em seguida; que foi o policial Paulo Henrique que fez a abordagem ao acusado; que não chegou nenhum parente no local; que não encaminhou o acusado para o exame de corpo de delito; que não conhecia o acusado; que trabalha no local há dezesseis anos".

A Defesa do réu nomeado, por sua vez, buscou desautorizar os depoimentos dos agentes públicos, que participaram da diligência que culminou com a prisão do acusado. Entretanto, constata-se que, não foi trazido aos autos qualquer dado que retirasse a credibilidade das oitivas dos agentes da lei.

Diante desse quadro é de se observar que ao contrário do que alega a Defesa do acusado, a conclusão a partir das declarações prestadas pelos policiais militares que participaram da apreensão do entorpecente, conferem juízo de certeza para a mantença do decreto condenatório, traduzindo-se que a argumentação defensiva, alegando suposta "insuficiência de provas", não fosse sua estridente inverossimilhança diante do caso concreto, também careceu de comprovação jurídico-formal, ônus a seu cargo exclusivo.

À toda evidência, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes se contenta com o chamado dolo genérico, de tal modo que sua comprovação se perfaz segundo a análise do painel circunstancial, porquanto a quantidade, diversidade e natureza da droga apreendida em poder do réu (maconha, cocaína e cocaína em forma de "crack"), e a forma de acondicionamento das mesmas, constituem as principais circunstâncias factuais destinadas a subsidiar o conceito do delito de mercancia ilegal de drogas, pelo que reputa-se cumprido o ônus probatório que recaiu sobre o órgão do Ministério Público, relativamente à prova dos elementos constitutivos, da atribuição acusatória, afastando-se, por conseguinte qualquer pretensão em torno da absolvição ou até mesmo de desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei Antidrogas.

Por outro lado, insta registrar que, a jurisprudência é pacífica no sentido de que os depoimentos de policiais não devem ser desacreditados, tão somente, pelo fato de no momento da prisão, estarem atuando como agentes da lei, como tenta fazer crer a defesa.

Por certo, extrapolar-se-ia os limites da razoabilidade dar credibilidade aos agentes da lei, para promoverem investigações, diligências e prisão em flagrante e, em seguida, desconsiderar ou negar crédito a seus testemunhos, em Juízo, sem qualquer fundamentação fático-jurídica.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a matéria, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 74.608-0-SP:

"O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. "O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência..."

(STF - 1ª Turma - HC nº 74.608-0-SP - Rel. Min. CELSO DE MELLO - DJU de 11/04/97, p. 12.189)."

Por derradeiro, a Súmula nº 70, deste Tribunal, é no sentido de que "o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação".

No mesmo sentido, colaciona-se a Jurisprudência desta Egrégia Corte:

0004524-59.2011.8.19.0031 - Apelação 1ª Ementa - Des. SUELY LOPES MAGALHÃES - Julgamento: 11/10/2012 - Oitava Câmara Criminal - Apesar da negativa dos réus, a prova testemunhal é farta quanto à prática dos delitos que lhes é imputado. Materialidade, autoria e culpabilidade devidamente comprovadas, não havendo que duvidar-se das palavras dos policiais que efetivaram a prisão, cuja atividade é fomentada pelo Estado. Ausentes quaisquer deméritos, aplica-se, *ex vi*, a Súmula 70 deste Tribunal.

0010235-24.2011.8.19.0038 - Recurso em Sentido Estrito - 1ª Ementa - Des. VALMIR RIBEIRO - Julgamento: 18/04/2012 - Oitava Câmara Criminal - A palavra dos agentes estatais goza da presunção de credibilidade e, por ora, não há nos autos qualquer elemento que possa desconstituir, infirmar ou fragilizar os seus relatos.

No que tange à dosimetria da pena do delito de tráfico imputado ao réu-recorrente, nenhum reparo merece ser feito, visto existirem elementos concretos nos autos, aptos a elevar a pena-base acima do patamar mínimo legal, salientando-se que o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 prevê critérios específicos para a fixação da pena na primeira etapa da dosimetria, ao dispor que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente". Nesse ponto, é de se ver que a natureza e quantidade e diversidade do entorpecente encontrado, cocaína na forma de crack, considerada de maior potencial destrutivo, autoriza o incremento da pena inicial, conforme bem salientou a magistrada sentenciante.

Prosseguindo no exame do recurso defensivo, postula a Defesa do réu a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º da Lei Antidrogas. Sem razão.

Com efeito, tem-se como sustentável a não aplicação da causa especial de redução de pena, uma vez que, consoante registrado pela sentenciante monocrática, a reincidência do réu impede a incidência de tal benesse.

Compartilhando deste entendimento, colaciona-se recente julgado do STJ, *in litteris*:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA SOPESADA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA E COMO ÓBICE À APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. *BIS IN IDEM* NÃO CONFIGURAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a 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. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador,

atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

3. A reincidência é circunstância que sempre agrava a pena, quando não constitui ou qualifica o crime, nos termos do art. 61, inciso I, do Código Penal.

4. Outrossim, a reincidência, seja ela específica ou não, constitui óbice à aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, tendo em vista que um dos requisitos para a incidência do benefício é que o paciente seja primário.

5. Dessa forma, a reincidência pode ensejar o agravamento da pena, na segunda fase da dosimetria, bem como impedir a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, na medida em que a primariedade é requisito para a incidência desse benefício. Ressalta-se que, por não ser a reincidência elemento constitutivo ou que qualifica o crime de tráfico de drogas, mas apenas um dos elementos que obstam determinado benefício penal, não há falar em *bis in idem*. Precedentes.

6. *Habeas Corpus* não conhecido."

Quinta turma. HC 393.862/DF. Relator Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA. DJe 02/10/2017.

No que pertine ao regime de cumprimento de pena, seu abrandamento não constituiu, no caso, meio suficiente, para a retribuição da conduta criminosa, ou para a sua prevenção geral e específica, considerando-se, ainda, tratar-se de réu reincidente.

Por fim, quanto à alegação de prequestionamento formulada pela defesa do réu-recorrente, para fins de interposição eventual de recursos extraordinário ou especial, tem-se que as mesmas não merecem conhecimento e tampouco provimento, eis que não se vislumbra a incidência de quaisquer das hipóteses itemizadas no inciso III, letras "a", "b", "c" e "d", do art. 102 e inciso III, letras "a", "b" e "c", do art. 105, ambos da Constituição da República, e, por consequência, nenhuma contrariedade/negativa de vigência, nem demonstração de violação de normas constitucionais ou infraconstitucionais, de caráter abstrato e geral.

Recurso Extraordinário - Súmulas:

Súmula nº 279
Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Súmula nº 280
Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.

Súmula nº 281
É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

Súmula nº 282
É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Súmula nº 283
É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Súmula nº 284
É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

Súmula nº 286
Não se conhece do recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial, quando a orientação do plenário do Supremo Tribunal Federal já se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

Súmula nº 322

Não terá seguimento pedido ou recurso dirigido ao supremo tribunal federal, quando manifestamente incabível, ou apresentado fora do prazo, ou quando for evidente a incompetência do tribunal.

Súmula nº 399

Não cabe recurso extraordinário, por violação de lei federal, quando a ofensa alegada for a regimento de tribunal.

Súmula nº 400

Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra "a" do art. 101, III, da Constituição Federal.

Súmula nº 735

Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.

E, ainda, os seguintes arestos:

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CRIMINAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO. OFENSA REFLEXA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Discussão constitucional levantada pelo agravante que, para ser analisada, necessita de apreciação prévia de norma infraconstitucional. Caracterização de ofensa reflexa ou indireta à Constituição Federal. Precedentes. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a ausência de repercussão geral da matéria ora debatida, o que inviabiliza o recurso extraordinário por falta de requisito para seu regular processamento. Agravo regimental a que se nega provimento." (AI 740.235 AgR - segundo, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 07/06/2011, DJe 27/06/2011).

EMENTA: - Recurso extraordinário inadmitido. 2. Não cabe ver ofensa, por via reflexa, a normas constitucionais, aos fins do recurso extraordinário. 3. Se, para dar pela vulneração de regra constitucional, mister se faz, por primeiro, verificar da negativa de vigência de norma infraconstitucional, esta última é o que conta, para os efeitos do art. 102, III, a, da Lei Maior. 4. Falta de prequestionamento do dispositivo constitucional tido como violado. 5. Agravo regimental desprovido." (AI 251.784 AgR, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 21/03/2000, DJ 07/04/2000).

"Ementa: Recurso extraordinário: ofensa reflexa à Constituição: descabimento. O recurso extraordinário e incabível, quando, para apurar-se a contrariedade a dispositivo constitucional que ele denúncia, seja necessário proceder ao exame da legislação ordinária." (AI 154.815 AgR, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 20/09/1994, DJ 02/06/1999).

"CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: CABIMENTO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO: OFENSA DIRETA. I. - A ofensa à Constituição, que autoriza o recurso extraordinário, e a ofensa frontal e direta. Se, para provar a contrariedade a Constituição, tem-se, antes, de demonstrar a ofensa a lei ordinária, e esta que conta para a admissibilidade do recurso. II. - R.E. não conhecido." (RE 119.236, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 09/02/1993, DJ 05/03/1993).

"PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSOS DA COMPETÊNCIA DE OUTROS TRIBUNAIS. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. A questão alusiva ao cabimento de recursos da competência de outros Tribunais se restringe ao âmbito infraconstitucional. Precedentes. Não havendo, em rigor, questão constitucional a ser apreciada

por esta nossa Corte, falta ao caso "elemento de configuração da própria repercussão geral", conforme salientou a ministra Ellen Gracie, no julgamento da Repercussão Geral no RE 584.608." (RE 598.365, Relator Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/2009, DJe 26/03/2010).

Recurso Especial - Súmulas:

Súmula nº 7
A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Súmula nº 83
Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

Súmula nº 126
É inadmissível recurso especial, quando o acordão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.

Súmula nº 187
É deserto o recurso interposto para o superior tribunal de justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos.

Súmula nº 203
Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais.

Súmula nº 211
Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.

E, ainda, os seguintes julgados:

"RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO. NÃO DEMONSTRADA, PELO RECORRENTE, A CONTRARIEDADE OU NEGATIVA DE VIGÊNCIA, NEM DEMONSTRADO, COMO RECOMENDA O TEXTO REGIMENTAL, O DISSÍDIO, NÃO SE CONHECE DO RECURSO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO." (REsp 2.088/RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, Terceira Turma, julgado em 13/03/1990, DJ 02/04/1990, p. 2.457).

"RECURSO. CONTRARIEDADE E NEGATIVA DE VIGÊNCIA À LEI. CONCEITO. NÃO CONHECIMENTO. DÁ-SE CONTRARIEDADE OU NEGATIVA DE VIGÊNCIA À LEI, NO CASO CONCRETO, QUANDO, NA APLICAÇÃO DA NORMA AO FATO, ESSA E DESVIRTUADA OU NÃO E INFLIGIDA. RECURSO NÃO CONHECIDO." (REsp 4.859/SP, Rel. Min. CLÁUDIO SANTOS, Terceira Turma, julgado em 25/09/1990, DJ 22/10/1990, p. 11.667).

"PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO, PORQUE INEXISTENTE A NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI ALEGADA, DETERMINANDO-SE O RETORNO DOS AUTOS AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, CONTUDO, PARA EXAME DE ARGUIÇÃO DE CONTRARIEDADE, NO JULGAMENTO RECORRIDO, A TEXTO CONSTITUCIONAL." (REsp 1.188/RJ, Rel. Ministro ARMANDO ROLEMBERG, Primeira Turma, julgado em 22/11/1989, DJ 18/12/1989, p. 18.465).

Desta forma, vota-se no sentido de conhecer-se do recurso, rejeitar-se a preliminar e no mérito negar-se provimento ao mesmo, mantendo-se intacta a sentença vergastada.

Rio de Janeiro, 13 de junho de 2018.

DESª. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR
Relatora

TUTELA DE URGÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. ABRIGAMENTO DE IDOSO. DOENÇA DE PARKINSON. SITUAÇÃO DE ABANDONO. IMPOSSIBILIDADE DE INFORMAR VÍNCULOS FAMILIARES. INDICAÇÃO DE ACOLHIMENTO POR INSTITUIÇÃO DE LONGA PERMANÊNCIA. MUNICÍPIO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE VAGA. DESCUMPRIMENTO DE DEVER CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO. RECURSO NEGADO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE ABRIGAMENTO EM FAVOR DE IDOSO. TUTELA DE URGÊNCIA. DEFERIMENTO. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES DO AGRAVADO QUE DECORRE, PRECIPUAMENTE, DA GARANTIA DE AMPARO À PESSOA IDOSA, COM TODOS OS SEUS CONSECTÁRIOS LÓGICOS, CONSOANTE EXPRESSAMENTE PREVÊ O ARTIGO 230 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O ARTIGO 3º DA LEI Nº 10.741/2003 (ESTATUTO DO IDOSO). *PERICULUM IN MORA*, POR SUA VEZ, QUE EMANA DO RISCO DE QUE O IDOSO - QUE CONTA COM SESSENTA E QUATRO ANOS, E QUADRO DEMENCIAL, SINAIS COMPATÍVEIS COM DOENÇA DE PARKINSON - E, POR TAL RAZÃO, IMPOSSIBILITADO DE FORNECER MAIORES DADOS SOBRE MORADIA OU VÍNCULOS FAMILIARES, FIQUE EM SITUAÇÃO DE ABANDONO, DEIXADO À SUA PRÓPRIA SORTE. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Vistos, relatados e discutidos este recurso de Agravo de Instrumento n° 0005095-79.2018.8.19.0000 em que é Agravante o Município do Rio de Janeiro e Agravado o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Acordam os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

Trata-se de agravo de instrumento, com requerimento de efeito suspensivo, com vias ao deferimento da antecipação da tutela recursal, interposto pelo réu, contra a decisão de e-f. 1/6, proferida na ação movida pelo agravado em face do agravante, processo nº 0006122-94.2018.8.19.0001, nos seguintes termos:

Trata-se de Ação ordinária de abrigamento c/c tutela antecipada em favor do idoso Esio Guerra, proposta pelo Ministério Público em face do Município do Rio de Janeiro em razão da alegada situação de risco em que se encontra o idoso, com a ameaça à sua integridade física e própria vida, não havendo vagas nas unidades de acolhimento deste Município, tudo nos termos da inicial. Narra, em síntese, o *Parquet* que o idoso se encontra em situação de alta hospitalar, sem qualquer vínculo familiar, com indicação de acolhimento por Instituição de Longa Permanência. Aduz por fim que, o Ministério Público já solicitou a aplicação de medida protetiva de acompanhamento do idoso pelos equipamentos de assistência social, não logrando êxito, visto que o réu rotineiramente alega não possuir vaga na rede, deixando de cumprir seu dever de acolher a pessoa idosa em uma de suas instituições ou em outra custeada por ele. Com a inicial vieram os documentos acostados a f. 16/31. É o breve relatório. Decido: Versa o caso em tela sobre aplicação medida protetiva proposta pelo MP, nos termos da inicial. Inicialmente cabe frisar que a Constituição da República, em seu art. 230, confere especial proteção à pessoa idosa, defendendo sua dignidade e bem-estar, além da própria vida, *in verbis*: ´A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar

e garantindo-lhes o direito à vida.´ Igualmente, o legislador infraconstitucional editou o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), que reconhecendo sua condição particular, estabeleceu garantia contra todo tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão. Nessa linha, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) estabelece que: ´Art. 3.º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. Com efeito, incumbe à família, à sociedade e ao Estado a tutela de proteção do idoso, consoante disposição expressa da CR/88 e do Estatuto do Idoso. Nesse diapasão, importa salientar que, como é comum sabença, a apreciação em sede concessão de medida liminar se dá através da cognição sumária, sendo necessárias a presença dos seus requisitos de admissibilidade, dentre eles, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Ora, de posse dos elementos já constantes dos autos, percebe-se que os fatos são de grande gravidade consubstanciando a situação de risco em que se encontra o idoso, fato que, se perdurar, pode comprometer à sua saúde e a própria vida. Na espécie, o relatório técnico e social de autoria da Equipe técnica do Hospital Municipal Ronaldo Gazolla (f. 17/23), revela a existência de indícios de situação de risco e vulnerabilidade social envolvendo o idoso E.G. Nele há indicação de que o idoso seja encaminhado para uma unidade de acolhimento institucional, dada à condição de fragilidade do idoso, necessidade de cuidados específicos na vida diária e impossibilidade de seus familiares de assumi-los. Consubstanciado, portanto, o *fumus boni iuris* a justificar, a título, cautelar, a aplicação das medidas protetivas de estilo, dentre eles, a sua respectiva institucionalização em abrigo adequado para que possa receber o tratamento adequado. No que diz respeito ao *periculum in mora*, cabe destacar que a Lei nº 10.741 - Estatuto do Idoso -, dispõe que nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência ou omissão estatal, mostrando-se incabível, portanto, a alegação de impossibilidade de atuação judicial em razão dos princípios que vedam a discriminação, violência, crueldade ou opressão, sendo dever de todos evitar a ameaça a violação de seus direitos. Portanto, evidenciada a situação de risco social à vida e a saúde do idoso, cabe a intervenção Judicial, a fim de concretizar o princípio constitucional que determina a observância da Dignidade da Pessoa Humana. É o que dispõe o artigo 2° do Estatuto do Idoso, in verbis: Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por Lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Ressalto, ainda, que o direito à vida é a mais importante das garantias fundamentais consagradas no *caput* do artigo 5º, da CRFB/88 e o direito à saúde está consagrado no *caput* do art. 6º, da CRFB/88, dentro do título relativo aos direitos e garantias fundamentais, sendo um corolário do princípio da dignidade humana, pilar fundamental do Estado Democrático de Direito, elencado no art. 1º, inc. III da Carta Marta Magna Vigente. A propósito: Decisão Monocrática. Estatuto do Idoso. Situação de risco. Medidas protetivas. Ministério Público. As medidas protetivas buscadas pelo representante do Ministério Público em prol de idosa contra seus filhos, visando em síntese, garantir o seu direito à moradia digna, lazer, saúde, alimentos, convivência familiar, respeito e proteção à sua integridade física e moral possuem previsão especial no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), sem se olvidar das normas expressas da Constituição Federal e na Lei Civil. A causa de pedir dos autos funda-se na inobservância do dever dos filhos da idosa em

garantir-lhe tais direitos, responsabilidade que lhes é atribuída por lei, quando estes não forem assegurados por um dever moral. (...) No entanto, cabe ao Judiciário prevenir conflitos e amparar pessoa que se encontra em situação pessoal de risco, sob ameaça de lesão à sua vida e à sua integridade física e moral, em razão de atos de violência de um filho e da omissão dos outros, tal como se viu na situação fática retratada quando do ajuizamento da ação. A própria idosa buscou ajuda perante o Ministério Público por não mais tolerar o comportamento do 3° réu e por temer pela sua integridade física. (...) O Estatuto do Idoso, em seu artigo 45 estabelece que cabe ao Ministério Público requerer ao Poder Judiciário, como substituto processual do idoso sob situação de risco, medidas de proteção, em razão de omissão ou abuso da família (art.43, II), trazendo um rol exemplificativo, por este motivo, não há óbice legal em determinar o afastamento do lar de pessoa que esteja importunando ou colocando o idoso em risco, justamente situações que a lei visa prevenir. Demais, aplicável por analogia o artigo 22, II, da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), lei que também tem por fim a proteção de pessoas em situação de risco. O 3° réu, em razão de sua agressividade quando está em crise ou sob efeito de álcool, não pode sozinho conviver com a mãe. Não há relatos de que a sua situação pessoal tenha se modificado, de modo que é procedente o pedido de afastamento do 3º réu do lar familiar. (...) Merece guarida o pedido de condenação dos demais filhos que não residirão com a idosa, no dever de visitação, porquanto é medida que efetiva o direito à convivência familiar previsto no art. 10 do Estatuto do Idoso e também tem por fim fortalecer os vínculos familiares, tal como expresso no art. 44 do Estatuto do Idoso. Recurso a que se dá provimento. Art. 557 do CPC. Ementário: 10/2011 – Nº 14 - 05/10/2011. Precedente Citado: TJRJ AC 0000804-08.2010.8.19.0003, Rel. Des. CRISTINA TEREZA GÁULIA, julgado em 09/08/2011 e AI 0000286-90.2011.8.19.0000, Rel. Des. CLÁUDIA PIRES, julgado em 10/05/2011. (0004062-50.2007.8.19.0029 - Apelação; 1ª Ementa; Des. ROBERTO DE ABREU E SILVA - Julgamento: 31/08/2011 - Nona Câmara Cível) Isto Posto diante da presença do *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, Defiro a pretensão liminar e Determino: 1) Que o Município do Rio de Janeiro pela sua secretaria de Desenvolvimento Social, no prazo 48 horas, viabilize o acolhimento da pessoa idosa E.G. em instituição de longa permanência, que atenda às necessidades da pessoa idosa, a critério da municipalidade, seja ela pública, filantrópica ou privada, sob pena de bloqueio de quantia em dinheiro necessária a custear o seu abrigamento em instituição particular por mês, enquanto o acolhimento se fizer necessário, notificando-se, por oficial de justiça, para o devido cumprimento, a pessoa do Secretário Municipal de Desenvolvimento Social Expeça-se o necessário para fiel cumprimento da presente decisão, devendo constar do referido mandado também que o idoso já se encontra de alta médica no Hospital Municipal Ronaldo Gazolla, e que deverão informar em 48 horas o local onde o idoso será acolhido. 2) Cite-se o Município. 3) Oficie-se a SMDS para que cumpra medida, com urgência. Dê-se ciência ao MP.

Assevera o agravante que "O idoso possui irmão e filha, mas não possui contato com nenhum deles. Alega o Ministério Público que foram realizadas tentativas de contato familiar, todas sem êxito até o presente momento, seguindo na busca por contato, na tentativa de sensibilização dos familiares, visto ser um dever legal da família o cuidado à pessoa idosa."

Aduz que "o atendimento prestado pelas unidades assistenciais municipais está direcionado aos idosos que não possuem referência familiar nem condições econômicas para arcar com as despesas de uma unidade particular."

Afirma que não há prova nos autos de que o idoso ou os seus familiares sejam hipossufi-

cientes, de molde a obrigar a atuação estatal, que é subsidiária.

Requer, pois, a concessão do efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso, para que seja cassada a decisão recorrida.

Decisão de não concessão do efeito suspensivo a e-f. 23/28.

Certidão de que o agravado não se manifestou em contrarrazões, e-f. 43.

Parecer da Procuradoria de Justiça, a e-f. 46/57, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Cuida-se de Agravo de Instrumento contra a decisão que deferiu a tutela de urgência em ação ordinária de abrigamento c/c tutela antecipada em favor do idoso E.G., proposta pelo Ministério Público em face do Município do Rio de Janeiro, para determinar que o réu viabilize o acolhimento do referido Senhor em instituição de longa permanência, que atenda às necessidades da pessoa idosa, a critério da municipalidade, seja ela pública, filantrópica ou privada, sob pena de bloqueio de quantia em dinheiro necessária a custear o seu abrigamento em instituição particular, por mês, enquanto o acolhimento se fizer necessário.

Registre-se que, em se tratando de agravo de instrumento contra decisão que deferiu a tutela de urgência, no presente recurso cabe apenas o exame perfunctório da questão, posto que incabível discutir-se o mérito da controvérsia.

No que concerne à análise dos requisitos para a concessão da tutela de urgência, transcreve-se o art. 300 do CPC/2015, in verbis:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

A verossimilhança das alegações do agravado decorre, precipuamente, da garantia de amparo à pessoa idosa, com todos os seus consectários lógicos, consoante expressamente prevê o artigo 230 da Constituição da República, *ipsis litteris*:

A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

E, igualmente decorre da Lei nº 10.741/2003 - Estatuto do Idoso, em especial seu artigo 3º ao estabelecer que:

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

O *periculum in mora*, por sua vez, emana

do risco de que o Senhor E., que conta com sessenta e quatro anos, e quadro demencial, sinais compatíveis com doença de Parkinson, e, por tal razão, impossibilitado de fornecer maiores dados sobre moradia ou vínculos familiares (e-f. 09), fique em situação de abandono, deixado à sua própria sorte.

Nesse ponto, é importante asseverar que, se as medidas de acautelamento limitam a cognição judicial à horizontalidade, sob pena de invasão precoce do mérito, somente a manifesta inobservância da Lei, da prova dos autos ou a teratologia têm o condão de desconstituir a decisão que defere ou não a antecipação dos efeitos da tutela.

Nesse sentido, este Eg. Tribunal de Justiça editou a súmula nº 59, que assim dispõe:

Enunciado sumular nº 59 do TJRJ: Somente se reforma a decisão concessiva ou não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à lei ou à evidente prova dos autos.

À conta de tais fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 11 de julho de 2018.

DESª. MARIA ISABEL PAES GONÇALVES
Relatora

SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Jurisprudência Cível

AÇÃO DE INVALIDAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. PROCON. NORMAS DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. CDC. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PREÇO E OBSTÁCULOS À PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA. DESVANTAGEM PARA O CONSUMIDOR QUE NÃO REALIZOU O PRÉVIO AGENDAMENTO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

Apelação cível. Direito Administrativo. Ação de invalidação de ato administrativo consistente em imposição de multas administrativas em virtude de condutas violadoras da legislação consumerista. Ausência de preço nos produtos expostos à venda no interior de loja, ausência de informações sobre os direitos do consumidor e obstáculos à prestação de serviços de assistência técnica. Alegação de que o processo sancionatório estaria eivado de nulidade pelo fato de uma parcela da penalidade haver sido reanalisada pelo ente estatal que não se acolhe. Possibilidade de reformatio *in pejus* no âmbito do processo administrativo. Inteligência do art. 64 da Lei nº. 9.764/99 e da Súmula nº 473/STF, corroborada por doutrina e jurisprudência. No mérito propriamente dito, a pretensão de desfazimento do ato administrativo deve fundar-se em vício que acomete algum de seus requisitos de validade, pois sem eles o ato carecerá da idoneidade que o permita produzir os efeitos almejados pelo Administrador. Valoração do ato segundo os pressupostos de competência, forma, finalidade, motivo e objeto que não encontra óbices ao seu referendo. Exposição de preços que desatende aos ditames da legislação de regência, máxime o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor. Uma informação que demanda de consumidor a expertise de realizar operações que requeiram alguma intuitividade ou interação com um aparato tecnológico não pode ser qualificada como de fácil entendimento (ou clara, na dicção legal). Na mesma linha, não é de fácil constatação (ostensiva) a informação de preço ocultada por detrás de cliques e telas, que demandem do consumidor qualquer coisa para além das ações humanas de olhar o produto, identificar facilmente a localização de seu preço e compreender facilmente essa expressão pecuniária. Política de atendimento a clientes que buscam serviço de assistência técnica que há de ser reputada como desleal e abusiva (art. 6º do Código de Defesa do Consumidor) na medida em que faz surgir uma desvantagem para o consumidor que comparece à loja sem o prévio agendamento, pois terá de esperar mais tempo pelo mesmo atendimento ofertado àqueles que marcaram horário de forma antecipada. Comodidade que adquire caracteres de oportunidade, deixando de ser um mecanismo de facilitação e otimização do tempo de todos os consumidores para converter-se em defeito, na medida em que a prestação de serviço deixa de oferecer os resultados que dela todos razoavelmente possam esperar, o que inclui a eficiência do atendimento dos clientes (art. 20 do Código de Defesa do Consumidor). Controle de juridicidade da conduta atribuída ao ente público no exercício de seu mister. Ato administrativo que não apresenta vícios sob a ótica da razoabilidade e da proporcionalidade. Manutenção da sentença. Desprovimento do recurso.

Vistos, relatados e decididos estes autos da Apelação Cível nº 0059492-22.2017.8.19.0001, em que é Apelante Apple Computer Brasil Ltda e Apelado Autarquia de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado do Rio de Janeiro (PROCON/RJ).

Acordam os Desembargadores da Se-

gunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer o recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de ação anulatória proposta por Apple Computer Brasil Ltda em face de Autarquia de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado do Rio de Janeiro (PROCON/RJ) alegando que pretende a declaração de nulidade dos atos administrativos decorrentes de ação fiscalizatória empreendida no ponto de venda situado no shopping center Village Mall, que culminou com a aplicação de multas administrativas no valor total de R$ 124.935,50. Alternativamente, pugna pela redução do valor das referidas penalidades. Narra que a sanção foi imposta com fundamento em infração de normas de proteção e defesa do consumidor (ausência de preço nos produtos expostos à venda no interior de loja, ausência de informações sobre os direitos do consumidor, além de obstáculos à prestação de serviços de assistência técnica), mas que o valor da multa é excessivo e não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio.

Contestação a f. 361/386 sustentando a legalidade administrativa da multa aplicada em desfavor da empresa, destacando que a aplicação foi precedida de processo administrativo com garantia de ampla defesa e contraditório e que a decisão estava fundamentada e orientada pela proporcionalidade.

Sentença a f. 481/484, julgando improcedente o pedido autoral. Em suas razões de decidir, asseverou o julgador: que no processo sancionatório foram descritas as irregularidades que subsidiaram a imposição das multas; que a ora demandante foi devidamente notificada para apresentar defesa, a qual restou juntada nos autos administrativos; que o art. 55, I do Código de Defesa do Consumidor autoriza que o PROCON aplique sanções administrativas e que a espécie dos autos está situada no âmbito das atribuições da referida autarquia; que a atuação da autarquia se deu no exercício legítimo de seu poder de polícia, não tendo sido verificada ilegalidade a ensejar a desconstituição da multa; que a sanção levou em conta a gravidade da infração e a condição econômica do fornecedor.

Apela o autor a f. 529/548, pela reforma integral do julgado, sustentando, em síntese: impossibilidade de reformatio in pejus em sede administrativa; ausência de violação ao direito de informação do consumidor; regularidade da política de atendimento a clientes que buscam serviço de assistência técnica mediante agendamento prévio; mensuração das penalidades em descompasso com os parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade.

Contrarrazões a f. 572/604, prestigiando o julgado.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça a f. 616/622, pelo desprovimento do recurso.

É o RELATÓRIO.

VOTO

Conheço o recurso uma vez que presentes os seus requisitos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia a apreciar a possibilidade de anulação do ato administrativo praticado pela autarquia estadual de proteção ao consumidor (PROCON) que aplicou ao demandado multa administrativa no valor total de R$ 119.395,55, imputando-lhe a prática de violações a normas previstas no Código de Defesa do Consumidor e na legislação estadual de regência, assim especificadas: 1) A ausência de preço nos produtos expostos à venda no interior da loja, tais como telefones, *tablets*, relógios, fones de ouvidos; 2) Ausência do cartaz

com o telefone 151 e endereço do Procon-RJ, em local visível; 3) Ausência do cartaz informando a disponibilidade do livro de reclamações; 4) Preenchimento de forma errada no livro de reclamações, sendo encontradas 20 (vinte) reclamações sem comprovação de envio ao Procon-RJ e datas desde 22/01/2015; 5) Constatados no ato de fiscalização aproximadamente 15 (quinze) consumidores reclamando na loja pela recusa no atendimento para assistência técnica, sendo este feito somente por agendamento via internet, o que foi colocado pelos consumidores como a grande dificuldade para tal serviço. Em relação ao item 2, os autos dão conta de que foi apresentado o cartaz com telefone e endereço do Procon-RJ.

De início, é de se afastar a alegação de que o processo sancionatório estaria eivado de nulidade pelo fato de uma parcela da penalidade — referente à forma de exposição do preço dos produtos da apelante — haver sido reanalisada pelo ente estatal e efetivamente imposta quando da apreciação do recurso administrativo interposto pelo fornecedor dos produtos contra a imputação inicial.

Embora não se desconheça seja a matéria controvertida na sede doutrinária, a questão da autotutela administrativa encontra normatividade expressa na Lei nº. 9.784/99, adiante colacionada. É bem ressaltar que no caso em tela, antes da reapreciação da matéria, o fornecedor foi instado a se defender sobre este ponto em particular, conforme se depreende da manifestação da autarquia consumerista encartada a f. 124/128, daí resultando ausente qualquer violação às garantias do contraditório e da ampla defesa na seara administrativa. Confira-se a legislação de regência:

Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.

Na mesma linha, confira-se a jurisprudência sumulada do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que assim dispõe, *in verbis*:

Súmula nº 473/STF: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

O magistério de RAFAEL CARVALHO REZENDE DE OLIVEIRA ressoa em idêntico sentido, valendo pontuar que no caso destes autos está-se a debater a *reformatio in pejus* no bojo de recurso administrativo interposto pelo fornecedor apenado (art. 64 da Lei nº. 9.784/99) e não sede de revisão administrativa, como quer fazer crer a argumentação declinada no apelo, que é situação absolutamente diversa (regida no art. 65 do citado diploma). Colha-se a lição doutrinária, *in verbis*[1]:

Em nossa opinião, a *reformatio in pejus* é possível no âmbito do processo administrativo, salvo as hipóteses de expressa vedação legal. Isto porque o processo administrativo, ao contrário do processo judicial, pode ser instaurado de oficio pela autoridade administrativa que deve pautar a decisão no princípio da verdade real e na legalidade (juridicidade). Dessa forma, verificada a ilegalidade da decisão recorrida ou a ausência de correlação entre a sanção e as provas constantes dos autos, deve a

1 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 484.

autoridade superior aplicar a sanção que reputar mais adequada, ainda que agrave a situação do recorrente. Ademais, independentemente de recurso voluntário, a autoridade superior, em razão da hierarquia, pode, de ofício, rever a decisão da autoridade inferior para correção de irregularidades, ainda que isso acarrete agravamento.

Nos processos administrativos federais, a legislação consagra a viabilidade da *reformatio in pejus*. Nesse sentido, o art. 64, parágrafo único, da Lei nº 9.784/1999 dispõe: "Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão".

Situação diversa é aquela relacionada às revisões administrativas. Enquanto no recurso administrativo, a parte interessada, no mesmo processo, prolonga a discussão quanto ao acerto da decisão perante a autoridade superior, na revisão administrativa, a autoridade, de ofício ou a pedido do agente, pode rever, a qualquer tempo, a sanção administrativa aplicada em processo administrativo encerrado, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção.

A revisão não pode resultar no agravamento da sanção anteriormente imposta, sendo aplicável, aqui, o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, na forma prevista no art. 65, parágrafo único, da Lei nº 9.784/1999 e no art. 182, parágrafo único, da Lei nº 8.112/1990.

Corroborando a tese, é também este o entendimento da jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, conforme adiante observado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. (...) RECRUDESCIMENTO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA EM RECURSO DO ADMINISTRADO. PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA. POSSIBILIDADE.

(...)

3. A possibilidade da administração pública, em fase de recurso administrativo, anular, modificar ou extinguir os atos administrativos em razão de legalidade, conveniência e oportunidade, é corolário dos princípios da hierarquia e da finalidade, não havendo se falar em *reformatio in pejus* no âmbito administrativo, desde que seja dada a oportunidade de ampla defesa e o contraditório ao administrado e sejam observados os prazos prescricionais.

(...)

5. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo a que se nega provimento. (ARE 64.1054 AgR, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 25/06/2012 PUBLIC. 26/06/2012)

Ultrapassado este ponto inicial, tem-se que a solução da controvérsia no caso em tela passa justamente por analisar o cabimento do controle judicial repressivo sobre o ato que penalizou o fornecedor de produtos e serviços sob o argumento de que exerce suas atividades ao arrepio da legislação de regência.

A pretensão de desfazimento do ato administrativo deve fundar-se em vício que acomete algum de seus requisitos de validade, pois sem eles o ato carecerá da idoneidade que o permita produzir os efeitos almejados pelo administrador.

É sabido que diante do reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição como corolário do Estado Democrático de Direito, aliado à ampliação do controle judicial de constitucionalidade, restou assentada a noção de que nenhuma matéria oposta à luz da Constituição, poderá ser previamente afastada da apreciação judicial.

Não é por menos que conceitos de Direito Administrativo que de há muito se mostravam intocáveis pelo Poder Judiciário, como é o caso da insindicabilidade dos atos discricionários, deixaram de ser encarados como dogmas e receberam novas interpretações.

O controle jurisdicional do ato administrativo na doutrina tradicional restringia-se apenas aos aspectos da legalidade do ato, de sorte que sua anulabilidade estava atrelada a vício de competência, forma ou finalidade. Não se falava, portanto, em anulação do ato administrativo com base em seu mérito (*rectius*, motivo e objeto), uma vez que a discricionariedade administrativa era vista como algo intangível.

A mudança do paradigma da insindicabilidade fez com que a noção de discricionariedade até então imune ao controle judicial cedesse perante a liberdade do juiz na conformação do ato administrativo aos limites impostos pelo texto constitucional e pela legislação.

É dizer que, com fundamento na juridicidade, o ato administrativo pode ser invalidado. E isto assim se opera por força de um controle ampliado e dotado de maior efetividade que é garantido pela inarredável adequação a que o ato deve ser submetido diante de todo ordenamento jurídico vigente, aí incluídas as regras, princípios e demais atos normativos de conformação.

Com efeito, no controle da discricionariedade administrativa, aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência devem ser aliados o princípio da razoabilidade e o postulado da proporcionalidade como parâmetros de ponderação de valores.

Não se diga que a invalidação de um ato administrativo por violação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade importe exame do mérito pelo órgão judicante. Trata-se da investigação acerca do atendimento dos limites impostos pelo Direito ao administrador quando do exercício de sua discricionariedade, sem que isto importe violação ao princípio da separação das funções estatais (ao revés, ter-se-á verdadeira materialização do sistema de *checks and balances*).

Fixadas estas premissas, passa-se à análise pontual dos parâmetros de controle jurisdicional dos atos administrativos no caso em testilha.

O vício de competência refere-se ao descompasso entre a conduta e as atribuições do agente, seja por usurpação de função pública, ausência ou excesso de poder, ou por defeito de investidura. No caso dos autos, tem-se que a penalidade de descumprimento de intimação foi imposta pela autarquia estadual devidamente jungida de tal atribuição, tendo-se por fontes normativas o Decreto Federal nº. 2.181/97 e a Lei Estadual nº. 5.738/10.

No requisito da finalidade, o defeito se instala quando o ato é praticado com vistas a atender interesses outros que não o interesse público, a caracterizar o que se convencionou denominar "desvio de finalidade". Tal não se observa na espécie, máxime quando se sabe que a fiscalização dos fornecedores de produtos e serviços é medida preventiva e profilática contra violações de direitos assegurados na legislação consumerista.

No vício de forma, tem-se ato exarado ao arrepio dos procedimentos que lhe sejam inerentes, seja por omissão, e ainda, por inobservância incompleta ou irregular de algum pressuposto previsto em lei como necessário à conduta que a Administração deseja adotar. Incluem-se nesta seara a necessidade de justificação e a instauração de prévio processo

administrativo disciplinar mediante o asseguramento das garantias do contraditório e da ampla defesa. Também aqui não se observa qualquer defeito nos atos administrativos praticados pela autarquia consumerista, uma vez que foram observadas as normas regentes do devido processo legal administrativo, valendo destacar que tal ponto sequer foi invocado pelo demandante como fundamento para a desconstituição das penalidades aplicadas.

Quanto ao motivo, viciado é o ato em que este lhe falte, seja inverídico ou seja desconexo com os objetivos pretendidos pela Administração. No caso em tela, não se vislumbram elementos que desqualifiquem as penalidades aplicadas pelo ente estatal segundo este critério uma vez que as condutas imputadas ao fornecedor de produtos e serviços efetivamente importam ofensa ao direito de informação do consumidor.

Conforme consta do auto lavrado durante a operação de fiscalização, a penalidade aplicada foi deflagrada em virtude da ausência de preço nos produtos expostos à venda no interior da loja, tais como telefones, *tablets*, relógios, fones de ouvidos. Em sua defesa, sustenta a apelante que oferece uma forma alternativa de exposição do preço, consistente na interação do consumidor com o produto almejado.

Tal mecanismo, ainda de imbuído de contornos que se possa supor tratar-se de "inovação tecnológica" desatende aos ditames da legislação de regência, máxime o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Por informação "clara" entenda-se aquela que seja de fácil entendimento e por "ostensiva" há que se considerar a que seja de fácil constatação ou percepção. Neste particular, vem a socorro a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

DIREITO DO CONSUMIDOR. ADMINISTRATIVO. NORMAS DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. ORDEM PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. OBRIGAÇÃO DE SEGURANÇA. DIREITO À INFORMAÇÃO. DEVER POSITIVO DO FORNECEDOR DE INFORMAR, ADEQUADA E CLARAMENTE, SOBRE RISCOS DE PRODUTOS E SERVIÇOS. DISTINÇÃO ENTRE INFORMAÇÃO-CONTEÚDO E INFORMAÇÃO-ADVERTÊNCIA. (...) DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

(...)

3. As normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de "ordem pública e interesse social". São, portanto, indisponíveis e inafastáveis, pois resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social, daí a impossibilidade de o consumidor delas abrir mão *ex ante* e no atacado.

4. O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios.

5. O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5°, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-fé Ob-

jetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC.

6. No âmbito da proteção à vida e saúde do consumidor, o direito à informação é manifestação autônoma da obrigação de segurança.

7. Entre os direitos básicos do consumidor, previstos no CDC,

inclui-se exatamente a "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem" (art. 6°, III).

8. Informação adequada, nos termos do art. 6°, III, do CDC, é aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor.

9. Nas práticas comerciais, instrumento que por excelência viabiliza a circulação de bens de consumo, "a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores" (art. 31 do CDC).

10. A informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa.

11. A obrigação de informação é desdobrada pelo art. 31 do CDC, em quatro categorias principais, imbricadas entre si: a) informação-conteúdo (= características intrínsecas do produto e serviço), b) informação-utilização (= como se usa o produto ou serviço), c) informação-preço (= custo, formas e condições de pagamento), e d) informação-advertência (= riscos do produto ou serviço).

(...)

22. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp nº 586.316/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 17/04/2007, DJe 19/03/2009)

Decerto, uma informação que demanda de consumidor a expertise de realizar operações que, embora para muitos de nós pareçam simples, na realidade requeiram alguma intuitividade ou interação com um aparato tecnológico não pode ser qualificada como de fácil entendimento (ou clara, na dicção legal). Na mesma linha, não é de fácil constatação (ostensiva) a informação de preço ocultada por detrás de cliques e telas, que demandem do consumidor qualquer coisa para além das ações humanas de olhar o produto, identificar facilmente a localização de seu preço e compreender facilmente essa expressão pecuniária.

O outro ponto da insurgência autoral que é alvo de inconformismo do recorrente é a aplicação de multa em virtude da política de atendimento a clientes que buscam serviço de assistência técnica. Em sua defesa, assevera o recorrente que todos os clientes que buscam o serviço são atendidos e que o agendamento de horário é uma comodidade oferecida, sendo certo que aqueles que não dispõem da prévia marcação ficam a aguardar o atendimento junto aos demais consumidores nas mesmas condições.

A despeito da justificativa formulada pelo ora recorrente, tal prática há de ser reputada como desleal e abusiva (art. 6º do Código de Defesa do Consumidor) na medida em que faz surgir uma desvantagem para o consumidor que comparece à loja sem o prévio agendamento, pois terá de esperar mais tempo pelo mesmo atendimento ofertado àqueles que marcaram horário de forma antecipada. A comodidade, portanto, adquire caracteres de oportunidade, deixando de ser um mecanismo de facilitação e otimização do tempo de todos os

consumidores para converter-se em defeito, na medida em que a prestação de serviço deixa de oferecer os resultados que dela razoavelmente se possam esperar, o que inclui a eficiência do atendimento dos clientes (art. 20 do Código de Defesa do Consumidor).

Finalmente, concluindo os parâmetros que orientam o controle jurisdicional dos atos estatais, o vício de objeto retrata a prática de um ato cujo conteúdo discrepa daquele que a lei autoriza ou determina, por ilicitude, impossibilidade ou indeterminabilidade. Na espécie, ausente defeito sob este enfoque uma vez que a multa é uma das sanções elencadas na legislação de regência, mercê do art. 56 do Código de Defesa do Consumidor.

Nesta quadra em particular, uma vez alcançada a reflexão acerca do mérito do ato administrativo, impende analisar a conduta ora atribuída ao ente público no exercício de seu mister sob os aspectos da razoabilidade e da proporcionalidade.

A razoabilidade, embora comporte vários sentidos, exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, e isto fica bem claro quando determinada medida não desborda dos limites nela admitidos. Como bem enuncia CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO,

"(...) não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas — e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis —, as condutas desarrazoadas e bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discrição manejada."[2]

No caso em tela, não se pode dizer irrazoável, em face do fornecedor de produtos e serviços a imposição de multa pelas práticas comerciais debatidas nestes autos.

A uma, no que tange à exposição inadequada dos preços dos produtos, porque não há na legislação de regência autorização expressa para a metodologia concebida pelo fornecedor; e porque, sabedor deste fato e podendo adotar os mecanismos tradicionais de informação, optou o vendedor em inovar em prejuízo do consumidor, uma vez que o acesso à informação almejada reputou-se dificultado.

A duas, já no que tocante ao atendimento aos clientes, porque os autos dão conta de que no momento da fiscalização 15 consumidores não agendados aguardavam atendimento, o que revela que os métodos comerciais da demandante desprestigiam justamente aqueles que são os responsáveis por sua lucratividade.

A três, porque as demais sanções previstas no art. 56 do Código de Defesa do Consumidor (dentre elas, apreensão de produtos, suspensão de atividades etc) seriam medidas exageradas ou incompatíveis com o propósito pedagógico e sancionador que deve orientar a situação em tela.

No aspecto da proporcionalidade o resultado não é diverso. Delimitando o alcance desse postulado, ensina HUMBERTO ÁVILA que:

Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 91/93.

menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).[3]

Transpondo os conceitos para o caso em testilha, tem-se que considerada lesiva ao consumidor as práticas comerciais empreendidas pela recorrente, a medida adequada é a lavratura de auto de infração como móvel para cessação da atuação indevida (necessidade), sendo a sanção pecuniária o meio disponível e menos restritivo a alcançar tal desiderato tanto no aspecto repressivo como preventivo de reincidência (adequação), não se vislumbrando que tal escolha da Administração Pública seja mais benéfica ao aplicador da sanção ou mais maléfica ao destinatário, máxime porque as outras alternativas sancionatórias seriam muito mais gravosas a ponto de prejudicarem tanto o fornecedor quanto o consumidor (proporcionalidade em sentido estrito).

Para além disso, é bem notar que a fixação do *quantum* da multa administrativa observou parâmetros objetivos, previstos na própria legislação especial (f. 90, 104 e 105) e que não foram especificamente impugnados pelo demandante.

Nesta senda, tem-se que descabe a invalidação do ato em análise, uma vez que sua prática atendeu aos princípios e requisitos que devem ser observados por todo ato administrativo, daí entender pela manutenção da sentença tal como lançada.

Por fim, é bem assentar que o novo sistema processual inseriu no ordenamento a possibilidade de imposição de sucumbência recursal ao levar em conta o acréscimo de trabalho realizado pelo advogado em segunda instância. Significa dizer que, inaugurada esta via, abre-se a possibilidade de majoração dos honorários já fixados anteriormente em desfavor do vencido caso não logre êxito na pretensão formulada perante o juízo *ad quem*. Com efeito, somente se pode falar em sucumbência recursal na hipótese em que já tenha havido contra aquele que resultou vencido no recurso uma condenação anterior ao pagamento de honorários. Refira-se a norma de regência no CPC/15:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

§ 12. Os honorários referidos no § 11 são cumuláveis com multas e outras sanções processuais, inclusive as previstas no art. 77.

(...)

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas. Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários.

Nesta ordem de ideias, o litigante que resulta vencido em 1ª instância e, na mesma medida, não tem sucesso na pretensão deduzida

3 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 113.

em seu apelo, verá a condenação imposta pelo juízo de origem ser acrescida do montante relativo à sucumbência recursal, o que, na prática, significa a majoração dos honorários anteriormente fixados, nos termos do art. nº 85, §11 do CPC/15.

No caso em tela, tem-se que a conclusão do julgamento do recurso encaminha-se a referendar a improcedência do pedido de anulação das multas administrativas sofridas pela parte autora. Considerando que quanto a tal pedido o recorrente restara vencido também na origem, justifica-se a sucumbência recursal.

No ponto, tratando-se de honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa, deve incidir majoração de mais 5% sobre o montante inicial.

Diante do acima exposto, voto no sentido de conhecer o recurso e negar-lhe provimento, impondo-se, a título de sucumbência recursal, majoração dos honorários advocatícios em mais 5% (cinco por cento) sobre a condenação inicial.

Rio de Janeiro, 13 de junho de 2018.

DES. PAULO SÉRGIO PRESTES DOS SANTOS
Relator

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E REPARAÇÃO MORAL. RECUSA DE FORNECIMENTO DE MATERIAIS PARA CIRURGIA. COLOCAÇÃO DE PRÓTESE PENIANA INFLÁVEL. RECUSA INDEVIDA. AGRESSÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL OU INFRACONSTITUCIONAL. SENTENÇA MANTIDA.

Apelação cível. Plano de saúde. Aplicação das normas contidas na lei nº 9.656/98. Descumprimento contratual. Negativa de autorização para realização de cirurgia para colocação de prótese peniana inflável, indicada para o caso do autor. Lei nº 9.656/98. Antecipação de tutela deferida. Súmula nº 210 TJERJ. Danos morais i*n re ipsa*, arbitrados em r$ 7.000,00. Súmula nº 337 TJERJ. Valor que está em harmonia com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não havendo razão para ser reduzido. Súmula nº 343 TJERJ. Mantida integralmente a sentença. Não provimento do recurso de apelação.

Vistos, relatados, e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0088363-38.2012.8.19.0001, em que é Apelante a ré, Fundação Assistencial dos Servidores do Ministério da Fazenda - ASSEFAZ, e Apelado o autor, X,

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso de apelação interposto, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Trata-se de ação declaratória, com pedidos cumulados de obrigação de fazer e reparação moral, movida por X em face de Fundação Assistencial dos Servidores do Ministério da Fazenda - ASSEFAZ, sustentando que este se recusa a fornecer os materiais solicitados para a cirurgia com a finalidade de colocar prótese peniana inflável indicada por seu médico.

Os efeitos da tutela foram antecipados em sede de medida cautelar (processo nº 0280015-81.2011.8.19.0001).

A sentença (índice 209) julga procedente o pedido para declarar indevida a recusa de colocação da prótese, condenando a ré ao pa-

gamento de R$ 7.000,00 (sete mil reais) a título de reparação moral, com juros a contar da citação, e correção a partir do julgado, além de custas e honorários arbitrados em 20% sobre o valor atualizado da condenação.

Recurso de apelação (índice 209/229), suscitando a preliminar de nulidade por ausência de prova pericial; no mérito, argumentando ser aplicável o CDC apenas de forma subsidiária por tratar de plano de autogestão, o que implicaria em violação do artigo 1º, II, 35-F e artigo 35-G, ambos da Lei nº 9.656/98.

Reitera a afirmação de que o material pretendido não consta da lista da ANS, sendo legítima a negativa, devendo o contrato ser respeitado para manter o equilíbrio atuarial.

Por fim, afirma não configurados os danos morais, e, subsidiariamente, requer a redução do valor fixado.

Contrarrazões no indexador 253.

É o relatório. Passo ao voto.

VOTO

Conheço do recurso, por presentes os pressupostos de admissibilidade.

A preliminar de nulidade não merece acolhida, na medida em que ao contrário do que afirma a recorrente - a prova médica foi deferida por ocasião do saneador (índice 144), apresentando a ASSEFAZ quesitos no indexador 147, tendo sido a perícia realizada nos autos da medida cautelar em apenso (índice 206).

A sentença está correta e deverá ser mantida, a qual, inclusive, ora se adota na forma do Regimento Interno deste Tribunal Estadual.

O contrato de seguro saúde firmado entre as partes é regido pela Lei nº 9.656/98, como se verifica do disposto no inciso I de seu artigo 1º, *verbis*:

"Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;" (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

A negativa não encontra respaldo em qualquer dos dispositivos citados pela apelante, não tendo sido o fornecimento da prótese negada de forma legítima, considerando, ainda, o disposto no artigo 35-C da Lei nº 9.656/98:

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009)

I - De emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente; (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009)

O documento médico contido a f. 44 (índice 27) comprova a necessidade premente de realização da cirurgia de implante de prótese

peniana requerida pelo médico, Dr. W, detendo este conhecimento do quadro clínico de seu paciente, de seu histórico particular, bem como se suas características pessoais, como idade, e demais patologias e comorbidades, possuindo melhores condições para avaliar a necessidade da realização do procedimento e suas minúcias e materiais.

Ilegítima, portanto, a conduta da apelante ao negar o fornecimento do material solicitado pelo médico do apelado.

Além disso, como esclarecido, não foi maculada qualquer norma da ANS, sendo certo prevalecer a Lei nº 9.656/98 diante de todo ano normativo da agência reguladora.

Constata-se, pois, que nenhum dos dispositivos invocados pela apelante, seja constitucional ou infraconstitucional, foi violado pela decisão recorrida.

O dano moral, na verdade, configura-se *in re ipsa*, decorrente da agressão à dignidade da pessoa humana e que se caracteriza diante da dor, do sofrimento e da angústia experimentados pelo apelado em virtude do descumprimento contratual promovido pela operadora do plano de saúde.

Os aborrecimentos experimentados, diante da negativa em autorizar o fornecimento do material imprescindível à realização da cirurgia em questão, sem dúvida, transcenderam a normalidade dos dissabores cotidianos e, por isso, devem ser devidamente reparados.

No que diz respeito ao valor arbitrado à título de danos morais, está o mesmo em harmonia com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não havendo razão para ser elevado, considerando, ainda, os termos da Súmula nº 343/TJRJ: "A verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação."

Por todo o exposto, voto pelo não provimento do recurso de apelação interposto, na forma da fundamentação procedida, deixando de fixar honorários recursais, nos termos do §11 do artigo 85 do NCPC, considerando ter a sentença arbitrado os mesmos no percentual máximo.

Rio de Janeiro, 25 de julho de 2018.

DES. EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA
Relator

BENEFÍCIO. ALUGUEL SOCIAL E MORADIA DEFINITIVA. RETORNO DO IMÓVEL INTERDITADO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. MUNICÍPIO DE NOVA FRIBURGO. PAGAMENTO.

Apelação cível. Direito constitucional e administrativo. Aluguel social e moradia definitiva. Sentença de improcedência, por não ter o autor comprovado a necessidade de alugar outro imóvel para residir. Autor que morou em casa de parentes, após interdição de seu imóvel, decorrente da tragédia das chuvas de 2011 e voltou a residir no imóvel apesar de continuar interditado pela defesa civil do município réu. Laudos de interdição anexados nos autos à f. 21 e f. 175. Julgado que não atende ao direito constitucional à moradia e ao princípio da dignidade humana. Direito público constitucionalmente previsto no artigo 6º da carta política. Parte autora que preenche os requisitos exigidos pela legislação. Direito subjetivo de moradia definitiva que não se configura. Concessão dos benefícos sociais que vem atender ao di-

reito à moradia. Precedentes em nosso tribunal. Reforma parcial da sentença. Recurso a que se dá parcial provimento, para se julgar procedente em parte o pedido inicial, a fim de que o réu efetue o pagamento do chamado aluguel social em favor da parte autora.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0006865-40.2011.8.19.0037, em que é Apelante Eldo Jacinto da Motta e, Apelados, Estado do Rio de Janeiro e Município de Nova Friburgo.

Acordam os Desembargadores da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Exmº. Senhor Desembargador Relator.

Adota-se o relatório de f. 262/263 como parte integrante da presente decisão, na forma regimental.

O recurso interposto é tempestivo e ostenta os demais requisitos de admissibilidade recursal. Dele conheço, portanto, nos seguintes termos:

Assiste parcial razão ao apelante e a sentença deve ser parcialmente reformada, quanto à concessão do benefício denominado aluguel social.

A magistrada de primeira instância ao julgar improcedente o pedido de concessão do benefício considerou que o autor não faria jus ao aluguel social, por não ter atendido aos requisitos para o seu deferimento ao não comprovar "a necessidade de alugar outro imóvel para residir," em razão de ter residido em casa de parentes, após interdição de sua moradia, decorrente da tragédia das chuvas de 2011, laudo de interdição anexado nos autos a f. 21, bem como por voltar, atualmente, a residir no imóvel apesar de continuar interditado pela Defesa Civil do Município réu.

No caso, cuida-se de pessoa hipossuficiente que ficou desalojada por causa das fortes chuvas do ano de 2011 que vitimou a população do Município de Nova Friburgo. Na ocasião o autor foi abrigado, temporariamente, na casa de familiares, tendo regressado a sua residência por não ter outro lugar para onde ir e, atualmente, encontra-se em situação de evidente risco, já que de acordo com o laudo da Defesa Civil, a f. 175, o imóvel permanece interditado.

Ocorre que o Decreto Estadual nº 43.091/2011 e a Lei Municipal nº 3.894/11 em seu artigo 8º, não impõem como requisito para concessão do aluguel social a comprovação de pagamento de aluguel, tal exigência revela-se manifestamente desproporcional e sem qualquer razoabilidade, diante das circunstâncias acima descritas.

Na espécie, cuida-se de direito público subjetivo constitucionalmente previsto no artigo 6º da Carta Política, portanto, deve o Poder Judiciário assegurá-lo para a concretização de um direito fundamental aos que comprovarem sua necessidade, sendo certo que ficou demonstrado que a residência do apelante foi atingida pela forte chuva de janeiro de 2011, tendo sido interditada pela Defesa Civil, bem como a sua hipossuficiência, preenchendo os requisitos exigidos pela legislação acima mencionada.

A Lei Federal nº. 4.320/1964 que prevê as normas gerais de direito financeiro para todos os entes da federação em seu artigo 41, inciso, III, possibilita a dotação de créditos adicionais extraordinários para despesas urgentes e imprevistas, acrescido do §3º do artigo 59 que nos casos comprovados de calamidade pública não se aplica o limite de empenho da despesa,

senão vejamos:

Art. 41. Os créditos adicionais classificam-se em:

I - suplementares, os destinados a reforço de dotação orçamentária;

II - especiais, os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica;

III - extraordinários, os destinados a despesas urgentes e imprevistas, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública.

...

Art. 59 - O empenho da despesa não poderá exceder o limite dos créditos concedidos.

§ 1º Ressalvado o disposto no Art. 67 da Constituição Federal, é vedado aos Municípios empenhar, no último mês do mandato do Prefeito, mais do que o duodécimo da despesa prevista no orçamento vigente.

§ 2º Fica, também, vedado aos Municípios, no mesmo período, assumir, por qualquer forma, compromissos financeiros para execução depois do término do mandato do Prefeito.

§ 3º As disposições dos parágrafos anteriores não se aplicam nos casos comprovados de calamidade pública.

E mais, os Municípios podem se socorrer junto ao Poder Executivo Federal, de acordo com o artigo 3º da Lei nº 12.340/2010, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC e o Fundo Especial para Calamidades Públicas.

Com relação ao pedido de moradia definitiva, é certo que não se verifica direito subjetivo da parte autora em pleitear residência própria a ser fornecida pela Administração Pública, embora o "sonho da casa própria" seja um anseio de nossa sociedade diante da precária política habitacional para a população, a concessão dos benefícios em tela vem atender ao direito constitucional da moradia, não cabendo ao Poder Judiciário a criação de Políticas Públicas.

A matéria não ostenta maior complexidade e este tem sido o entendimento pacífico do nosso Tribunal, senão vejamos:

0007191-97.2011.8.19.0037 - Apelação - Des (a). SÉRGIO NOGUEIRA DE AZEREDO - Julgamento: 27/03/2018 - Décima Nona Câmara Cível

Apelação Cível. Ação de Obrigação de Fazer. Administrativo e Constitucional. Demanda ajuizada em face do Município de Nova Friburgo e Estado do Rio de Janeiro. Pretensão atinente ao recebimento do benefício assistencial eventual denominado "Aluguel Social" e à concessão de moradia definitiva. Imóvel situado na Região Serrana fluminense, onde ocorreram fortes tempestades em janeiro de 2011. Interdição pela Defesa Civil. Antecipação de tutela deferida para incluir o autor no rol dos beneficiários. Não cumprimento pelos réus. Postulante que desistiu do segundo pedido após a desinterdição do seu bem pelas autoridades competentes. Sentença que revogou a liminar deferida, homologou a desistência manifestada e julgou improcedente o pleito remanescente quanto à prestação pecuniária assistencial. Fundamentação no sentido da ausência de provas da necessidade de alugar outra habitação no período em que a residência do requerente permaneceu interditada, uma vez que passou a morar com seus parentes. Irresignação autoral. Contexto fático-probatório a confirmar que o demandante faz jus à percepção do auxílio previsto na Lei Municipal nº 3.894/11 e no Decreto Estadual nº 43.091/2011, considerando-se os termos do programa instituído pelo Decreto Estadual nº 42.406/2010. Cotejo normativo que, em nenhum momento, indica a imprescindibilidade de comprovação prévia - ou *a posteriori* - do pagamento de aluguéis. Família financeiramente hipossuficiente, que, inquestionavelmente, sofreu os efeitos do desastre climático. Inércia dos demandados quanto ao cumprimento de decisão judicial, ainda que de caráter provisório, que não pode prejudicar o direito do demandan-

te. Reforma do *decisum* que se impõe. Confirmação da tutela antecipada e condenação dos requeridos ao pagamento dos 07 (sete) meses de Aluguel Social não percebidos, considerando-se as datas da intimação para cumprimento da liminar (02/08/2011) e do termo de desinterdição do imóvel do Postulante (29/03/2012). Redistribuição dos ônus sucumbenciais. Apelante que segue responsável por metade das custas e pelos honorários advocatícios arbitrados na sentença, diante da desistência homologada, observada a gratuidade de justiça deferida. Isenção dos recorridos quanto à sua parcela das custas. Inexistência de recolhimento prévio. Art. 17, IX e §1º, da Lei Estadual nº 3.350/99. Dispensa da Taxa Judiciária que beneficia o Município apenas quando age na posição processual de autor, desde que comprove que concedeu a isenção de que trata o parágrafo único do art. 115 do CTE, devendo recolher o tributo quando sucumbir, na qualidade de réu, e o Requerente não houver antecipado o seu recolhimento. Incidência do Verbete Sumular nº 145 do TJRJ e do Enunciado Administrativo nº 42 do FETJ. Edilidade que deve suportar o que lhe cabe quanto à Taxa Judiciária. Fenômeno da confusão patrimonial operado em favor do Estado. Precedentes deste Nobre Sodalício. Honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, com base no disposto no art. 85, §3º, I, do CPC, a serem pagos pela Municipalidade. Inteligência do Verbete Sumular nº 421 do STJ. Inaplicabilidade do art. 85, §11, do novel diploma processual, nos termos do Enunciado Administrativo nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. Conhecimento e provimento do recurso.

Por tais fundamentos, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso, a fim de reformar parcialmente a sentença, para se julgar procedente em parte o pedido inicial, condenando-se os réus, solidariamente, ao pagamento do chamado aluguel social em favor do autor, no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) mensais, pelo prazo de doze meses, podendo ser prorrogado desde que haja comprovação da real necessidade do seu pagamento, nos termos do artigo 2º, parágrafo primeiro do Decreto nº 44.052 de 30/01/2013. Sem condenação em honorários, diante da sucumbência recíproca. As despesas processuais devem ser rateadas, observando-se a gratuidade de justiça deferida ao autor e a isenção em custas judiciais que os réus fazem jus, sendo devido pelo Município de Nova Friburgo o pagamento de 25% do valor da taxa judiciária, de acordo com o enunciado 145 da Súmula do TJRJ.

Rio de Janeiro, 23 de maio de 2018.

DES. CLÁUDIO BRANDÃO DE OLIVEIRA
Relator

CONSUMIDOR. SEGURO DE AUTOMÓVEL. AUSÊNCIA DE REPASSE PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DO PAGAMENTO. RENOVAÇÃO DA APÓLICE NÃO EFETUADA. INCONTESTÁVEIS TRANSTORNOS. DANO MORAL. REFORMA DA SENTENÇA. CARÁTER PEDAGÓGICO/PUNITIVO

Apelação cível. Relação de consumo. Ausência de repasse do pagamento do prêmio. Cancelamento do seguro do veículo. Dano material. Dano moral. Versa a demanda acerca da ausência de repasse pela Instituição Financeira de pagamento do seguro de automóvel e os danos daí advindos. No caso, o autor demonstrou ter efetuado o pagamento do boleto de renovação do seguro junto ao banco réu na data de seu vencimento e que em razão do não repasse da quantia à seguradora, houve o cancelamento, tendo sido compelido a contratar um novo seguro, de modo que perdeu o bônus classe 09. Indenização por dano material provocado pela ausência da renovação do seguro, correspondente à diferença entre o valor

do prêmio. Pretensão do autor de majoração do dano material, sob o argumento de que deve ser calculado com base no tempo necessário para atingir a mesma classe de bônus/desconto em cada renovação, ressaltando que o bônus classe 9 pressupõe um período de contrato de 9 anos. Todavia, é juridicamente impossível indenização da expectativa de direito, tendo em vista que os prejuízos de ordem material devem ser devidamente comprovados. Ademais, diversos fatores influenciam no preço final do seguro do automóvel a cada ano, tais como riscos de roubo, itens de segurança e registro de sinistros, não sendo possível presumir que o autor sofrerá dano material no valor de R$ 2.000,00, de modo que deve ser mantida a condenação a este título no valor da diferença entre o segundo prêmio e o primeiro, de R$ 286,72. Configurado dano moral passível de reparação. Notável incúria por parte do réu, que colocou o demandante em condição de impotência, gerando incontestáveis transtornos, sendo dever da instituição bancária prestar o serviço adequado aos fins a que se destina, com a segurança confiada pelo consumidor. Autor que precisou valer-se da tutela jurisdicional para afastar o evento danoso, perdeu o seu tempo livre em razão da conduta abusiva praticada, além da frustração da legítima expectativa de segurança pela instituição que administra seus recursos. Considerando que o veículo do Demandante permaneceu sem cobertura securitária, sua repercussão, o caráter pedagógico/punitivo do instituto, reputo razoável a indenização pretendida no valor de R$ 6.000,00, que se mostra suficiente para suavizar as consequências do evento danoso. Inversão da sucumbência. Recurso Pparcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0098018-92.2016.8.19.0001, em que é Apelante Marcelo de Albuquerque Camargo e Apelado Banco Itaú Unibanco S.A.

Acordam os Desembargadores que integram a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar parcial provimento ao Recurso, nos termos do voto da Relatora.

Cuida-se de ação indenizatória proposta por Marcelo de Albuquerque Camargo em face de Banco Itaú Unibanco S/A.

Na inicial, alega o autor ser cliente personaliteé do banco réu, detentor da titularidade da conta 34.260-2, agência 3820 e que, em 12/09/2015, ao renovar o seguro de seu automóvel, pagou o boleto da seguradora ALLIANZ através do Bankline Itaú e que, para sua surpresa, apesar de agendado e confirmado pelo réu, o pagamento não foi efetivado por motivos desconhecidos.

Afirma que o banco não processou o pagamento e deixou de avisá-lo, tendo seu veículo permanecido desprovido de seguro por vários dias.

Aduz que a Allianz Seguradora, em razão da falta do pagamento, cancelou o seguro do veículo, deixando-o sem cobertura. Esclarece que seu veículo é um PEUGEOT 207, ano 2012 automático, avaliado hoje em aproximadamente R$ 30.000,00.

Ressalta que além do risco imposto ao seu patrimônio, uma vez que ficou absolutamente descoberto no que diz respeito ao seguro contra terceiros e demais coberturas, teve ainda um prejuízo financeiro, na medida em que perdeu o bônus de 40% que tinha sobre o valor de seu seguro que já era renovado havia três anos.

Requer seja o réu condenado à indenização no valor de R$ 8.000,00 a título de danos

morais, nele incluído o dano material pela perda do bônus por renovação da apólice.

A parte autora acostou aos autos documentos, tais como comprovante de pagamento do seguro, apólice do seguro e carta de cancelamento (index 00019).

O demandante emendou a inicial para quantificar o dano moral em R$ 6.000,00 e o material em R$ 2.000,00 (index 00068).

A parte ré deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contestação, conforme certidão de index 00086.

Declarada à revelia do banco Réu (index 00088).

Determinado que as partes se manifestassem em provas, a parte autora informou não possuir mais provas a produzir (index 00093).

Foi prolatada a sentença, da qual transcrevo o dispositivo (index 00096), *verbis*:

Pelo exposto, julgo procedente, em parte, os pedidos, apenas para condenar a parte ré ao pagamento da quantia de R$ 286,72, a título de dano material, quantia que deverá ser corrigida monetariamente, desde o desembolso, pelo índice deste Tribunal e acrescida de juros legais desde a citação até o efetivo pagamento. Julgo improcedente o pedido de reparação por danos morais. Considerando que as partes restaram vencidas e vencedoras, condeno-as ao pagamento de 50% das custas processuais e 50% de honorários advocatícios que fixo em R$ 1.000,00, na forma do §2º do artigo 85 do CPC. P.I.

Apela a parte autora, pugnando pela reforma da sentença para que seja majorado a condenação em dano material e julgado procedente o pedido de reparação por danos morais. Requer ainda, a incidência da teoria da causalidade com a condenação do Réu no pagamento de custas e honorários (index 00106).

Não foram apresentadas contrarrazões (index 00119).

VOTO

Em juízo de admissibilidade, reconheço a presença dos requisitos extrínsecos e intrínsecos, imprescindíveis ao recurso de apelação.

Versa a demanda acerca da ausência de repasse pela Instituição Financeira de pagamento do seguro de automóvel realizado pelo autor.

É de destacar que o capítulo da sentença referente à falha na prestação do serviço transitou em julgado, cingindo a controvérsia sobre o dano moral daí decorrente, bem como sobre o dano material, partindo-se do valor de R$ 286,72, considerando que somente apela a parte autora.

Cuida-se de relação de consumo, a teor do art. 3º, da Lei nº 8.078/90, incidindo as regras de ordem pública e de interesse social, que visam à proteção e a defesa do consumidor, parte hipossuficiente e vulnerável, em regra, na relação contratual.

O Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilidade objetiva dos fornecedores e prestadores de serviço, independentemente da comprovação da culpa, somente afastada a responsabilidade quando comprovada a culpa exclusiva do ofendido ou de terceiro.

No caso, o Autor demonstrou ter efetuado o pagamento do boleto de renovação do seguro junto ao banco réu na data de seu vencimento e que em razão do não repasse da quantia à seguradora, houve o cancelamento do referido seguro.

Outrossim, comprova o consumidor ter sido compelido a contratar um novo seguro,

no valor de R$ 1.671,04, depreendendo-se da apólice trazida aos autos que possuía um bônus classe 09, sendo o valor do prêmio de R$ 1.384,32.

À vista disso, a sentença condenou a parte ré ao pagamento de indenização por dano material provocado pela ausência da renovação do seguro, correspondente à diferença entre o valor do prêmio, insurgindo-se o autor, sob o argumento de que o dano material deve ser calculado com base no tempo necessário para atingir a mesma classe de bônus/desconto em cada renovação, ressaltando que o bônus classe 9 pressupõe um período de contrato de 9 anos, aduzindo ser justo o pedido de dano material no valor de R$ 2.000,00.

Todavia, não é juridicamente possível indenizar expectativa de direito, tendo em vista que os prejuízos de ordem material devem ser devidamente comprovados. Ademais, diversos fatores influenciam no preço final do seguro do carro ano a ano, tais como riscos de roubo, itens de segurança e registro de sinistros, não sendo possível presumir que o autor sofrerá dano material no valor de R$ 2.000,00, de modo que dever ser mantida a condenação a este título no valor da diferença entre o segundo prêmio e o primeiro, de R$ 286,72.

No que diz respeito ao dano moral, infere-se a notável incúria por parte do Réu, que colocou o demandante em condição de impotência, gerando incontestáveis transtornos, sendo dever da instituição bancária prestar o serviço adequado aos fins a que se destina, com a segurança confiada pelo consumidor.

Por seu turno, levando em conta que o autor precisou valer-se da tutela jurisdicional para afastar o evento danoso, ter perdido seu tempo livre em razão da conduta abusiva praticada pelo réu, além da frustração da legítima expectativa de segurança pela instituição que administra seus recursos, configurado o dano moral passível de reparação.

Considerando o fato de que o veículo do autor permaneceu sem cobertura securitária, sua repercussão, o caráter pedagógico/punitivo do instituto, reputo razoável a indenização pretendida no valor de R$ 6.000,00, que se mostra suficiente para suavizar as consequências do evento danoso.

Nesse sentido, precedente deste Tribunal de Justiça:

0028888-56.2014.8.19.0204 - Apelação - Des(a). WILSON DO NASCIMENTO REIS - Julgamento: 01/03/2018 - Vigésima Sexta Câmara Cível

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CARTÃO DE CRÉDITO. PAGAMENTO DA FATURA. AUSÊNCIA DE REPASSE DO VALOR PAGO ANTES DA DATA DO VENCIMENTO. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS *IN RE IPSA*. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE SE MANTÉM. Ilegitimidade passiva do segundo réu e da terceira ré que se afasta. Réus que integram a cadeira de consumo sendo responsáveis pelas falhas na prestação dos serviços. Incidência dos artigos 7º, parágrafo único e 25, § 1º, do CDC. Precedentes. Narra a autora que realizou o pagamento de sua fatura do cartão de crédito, com bandeira Mastercard, ora terceira ré, com vencimento em 16/05/2014, na agência do primeiro réu, Itaú Unibanco, em 14/05/2014, sendo que não houve o repasse de tal quantia, o que acarretou a cobrança de juros e mora nas faturas dos meses subsequentes, bem como o protesto de seu nome no 2º Ofício de Registro Civil de Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas. Apresentação de telas do

sistema de computador do primeiro réu, Itaú Unibanco, que não se presta a comprovar o repasse do valor, uma vez que unilateralmente produzida, sem observância do contraditório e da ampla defesa. As instituições bancárias não produziram qualquer prova apta a demonstrar a regularidade de sua conduta e a legitimidade da inscrição do nome da autora no 2º Ofício de Registro Civil de Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas, ônus que lhe cabia, na forma do artigo 373, inciso II, do CPC de 2015 (artigo 333, inciso II, do CPC de 1973), e do qual não se desincumbiu. Responsabilidade civil objetiva das rés. Falha na prestação do serviço. Dever de indenizar a autora pelos danos sofridos. Aplicação do disposto no artigo 14, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Dano moral configurado *in re ipsa*. Verba compensatória arbitrada na quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) em consonância com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e em atenção ao viés preventivo-pedagógico-punitivo do instituto do dano moral, além do nome da autora ter permanecido protestado por cerca de 1 (um) ano e 6 (seis) meses. Precedentes jurisprudenciais do TJRJ. Sentença que se mantém. Recursos aos quais se nega provimento.

Em consequência, inverto os ônus sucumbenciais, condenando a parte Ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no percentual de 15% do valor da condenação.

Em tais condições, voto no sentido de conhecer e dar parcial provimento ao recurso para reformar a sentença condenando a parte Ré no pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 6.000,00 (seis mil reais) com juros de mora a contar da citação e correção da data do arbitramento e para condenar a parte ré no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no percentual de 15 % do valor da condenação.

Rio de Janeiro, 26 de junho de 2018.

DES. DENISE NICOLL SIMÕES
Relatora

CONTRATO DE LOCAÇÃO EM *SHOPPING CENTER*. DESPEJO E COBRANÇA DE ALUGUÉIS E ACESSÓRIOS. ALEGAÇÃO DE ONEROSIDADE EXCESSIVA. AFASTADA. AUSÊNCIA DE ASSOCIAÇÃO DE LOJISTAS E FUNDO DE PROMOÇÃO. DIREITO DE CRÉDITO INVOCADO PELO LOCADOR. PROCEDENTE. RECURSO NEGADO.

Apelação cível. Ação de despejo c/c cobrança. Locação em *shopping center*. Apelante que se insurge contra a condenação em aluguéis e acessórios da locação indicados em planilha apresentada pelo locador. Alegação de onerosidade excessiva que já foi afastada quando do julgamento de ação de resolução de contrato ajuizada pelo apelante já definitivamente julgada improcedente. Nulidade das cláusulas de aluguel percentual incidente sobre o faturamento, e cobrança dobrada no mês de dezembro, bem como a pactuação de "cláusula degrau" na qual se concede desconto escalonado que não se perfaz. Contrato de locação em shopping center que pode ser livremente pactuado pelas partes. Inteligência do art. 54 da Lei nº 8.245/91. Temas já analisados na ação de resolução do contrato. Locatário que alega não ter sido caracterizado o contrato de locação em shopping center por não ter o empreendedor providenciado a instalação de associação de lojistas ou o fundo de promoção de promoções e propagandas. Presença dos demais elementos que caracterizam a locação comercial em *shopping center*. Ausência de cobrança da *res sperata*. Possibilidade de se impor ao locatário a cobrança de encargos da locação, contanto que expres-

samente previsto no contrato. Aplicação do inc. VIII do art. 22 da Lei nº 8.245/91. Honorários advocatícios recursais. Recurso a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos os argumentos da Apelação Cível de nº 0054174-29.2011.8.19.0014 em que é Apelante Regis Vilela e Apelado Binam Agropecuária Com. Imob. e Consult. LTDA.

Acordam os Desembargadores da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Cuida-se de ação de despejo c/c cobrança de aluguéis e acessórios em contrato de locação comercial em *shopping center*, figurando o apelante como locatário e a apelada como locadora.

Quando da distribuição da presente, observou-se a existência de ação de rescisão de contrato por onerosidade excessiva, com as mesmas partes em polos invertidos, sendo então determinado, ante a possível conexão, a reunião dos feitos para julgamento conjunto.

Entretanto, por *fas* ou *nefas*, enquanto o presente feito era remetido ao juízo de origem para cumprimento do que fora determinado, o feito conexo (nº 0019920.30.2011.8.19.0014) foi distribuído para a 23ª Câmara Cível desta Corte, e conta com julgamento transitado em julgado, na forma da ementa, *verbis*:

0019920-30.2011.8.19.0014
- Des(a). JDS MARIA DA GLÓRIA OLIVEIRA BANDEIRA DE MELLO - Julgamento: 21/02/2018 - Vigésima Terceira Câmara Cível Consumidor - Apelação Cível. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO EM SHOPPING CENTER CONEXA COM AÇÃO DE DESPEJO CUMULADA COM COBRANÇA. MODALIDADE DE LOCATÍCIA QUE TEM DISCIPLINA NORMATIVA PRÓPRIA, POR SUAS CARACTERÍSTICAS PECULIARES. PREVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES LIVREMENTE PACTUADAS. ART. 54 DA LEI Nº 8.241/91. CLÁUSULAS DE PAGAMENTO DE ALUGUEL EM DOBRO NO MÊS DE DEZEMBRO E ALUGUEL PERCENTUAL DO FATURAMENTO QUE ALÉM DE AVENÇADAS SE MOSTRAM CONSONANTES COM A DINÂMICA DO SETOR, QUE EMPREENDE AÇÕES PARA INCREMENTO DO FATURAMENTO DOS LOJISTAS. ALUGUEL ESCALONADO QUE NÃO CONFIGURA REAJUSTES, MAS DESCONTOS NOS MESES INICIAIS PARA ADEQUAÇÃO AO IMPLEMENTO DA ESTRUTURA OPERACIONAL DO LOCATÁRIO. AUSÊNCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS OU ONEROSIDADE EXCESSIVA. DÉBITOS PENDENTES QUE AUTORIZAM A COBRANÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Definitivamente julgada a questão relativa à alegada onerosidade excessiva, e não sendo mais o caso de reunião dos feitos, passa-se ao julgamento da matéria devolvida nesta demanda.

O pedido de despejo foi julgado extinto sem análise do mérito, por perda superveniente do objeto, uma vez que locatários abandonaram o imóvel, conforme constatado pelo OJA em cumprimento ao mandado de verificação a f. 105, ocorrendo a imissão na posse em 21/03/2012 (f. 115 v°).

Prosseguindo com a ação de cobrança, o locador apresenta a planilha de cálculos de f. 88, indicando dívida locatícia no valor de R$ 124.209,29, resultado das somas das seguintes despesas:

1	Alugueres referentes aos períodos de Outubro até Dezembro/2010 e Janeiro até Agosto/2011	R$ 66.440,15
2	Taxa de Condomínio	R$ 26.264,84
3	IPTU (Imposto Predial Territorial Urbano), referente ao exercício de 2010: (6 parcelas)	R$ 1.274,82
4	IPTU (Imposto Predial Territorial Urbano), referente ao exercício de 2011: (7 parcelas)	R$ 982,76
5	Multa rescisória contratualmente avençada na cláusula 14:4	R$13.500,00
6	Dano material em razão da retirada de todos os vidros externos da Loja nº 31	R$ 4.454,97
7	Honorários advocatícios fixados no percentual de 10% (dez por cento): cláusula "7" do referido contrato (bem como artigo 62, alínea "d" da Lei n° 8.245/91)	R$ 1.291,75
	TOTAL	R$124.209,29

A sentença diminuiu o valor da multa rescisória para R$ 7.500,00, uma vez que, na forma da cláusula 14.4, deveria a mesma corresponder somente a 3 meses de aluguéis mínimos pagos, ou seja R$ 7.500,00 (R$ 2.500,00 x 3), e ainda afastou, por ausência de estipulação contratual, os honorários que supostamente estariam fixados na cláusula 7, estabelecendo a condenação em R$ 102.462,57.

A grande parte das alegações do apelante se fundam na já ultrapassada alegação de onerosidade excessiva do contrato, que na sua versão o teria impedido de cumprir o contrato.

Outros argumentos trazidos no presente apelo, no sentido de que seriam nulas as cláusulas contratuais 5.1 e 5.3, que fixam o aluguel percentual e estabelecem que o mesmo seria equivalente à 5% sobre o faturamento bruto mensal das atividades do locatário, e ainda a cláusula 5.2.1, que trata do aluguel dobrado no mês de dezembro, já foram afastados no acórdão que julgou o processo nº 0019920-30.2011.8.19.0014. Transcreve-se o trecho que trata deste tema:

"As cláusulas contratuais ora impugnadas, ao que consta, restaram livremente avençadas pelas partes.

Ademais, não se vislumbra nenhuma ilegalidade nas mesmas, sendo o aluguel percentual e o pagamento de aluguel em dobro no mês de dezembro perfeitamente compatíveis com a dinâmica da locação em shopping center na qual como dito, são empreendidas ações para incremento no faturamento dos lojistas locatários.

(...)

De igual modo, afigura-se plausível a pactuação de cláusula "degrau" na qual se estabelece na fase inicial do contrato, um aluguel menor, a fim de que o comerciante, também em adaptação no local, possa consolidar o seu negócio, alavancando o faturamento. E com o decurso do tempo, pressupondo-se a divulgação progressiva do empreendimento, com a maior atração de público e consequente incremento das vendas, o aluguel então sofra majorações correspondentes, adequando-se ao mercado. "

Corroborando a posição supra, é certo que os locatários comerciantes, que se candidatam a assumir um contrato de locação de loja em *shopping center*, sabem, de antemão,

quais as peculiaridades que envolvem esse tipo de relação locatícia que, por expressa determinação legal, art. 54 da Lei nº 8.245/91[1], admite liberdade aos contratantes para estabelecerem cláusulas que impõem regime especial de cobrança de aluguel, atrelada ao faturamento, conteúdo que é praxe neste segmento.

Nesse sentido cite-se precedente desta Corte:

0026624-11.2005.8.19.0001 - Des(a). CLÁUDIO DE MELLO TAVARES - Julgamento: 05/12/2012 - Décima Primeira Câmara Cível - LOCACÃO DE LOJA EM *SHOPPING CENTER* - RESCISÃO DE CONTRATO - COBRANÇA ABUSIVA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - LEI Nº 8.245, DE 1991 - APLICABILIDADE - APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE LOJA EM *SHOPPING CENTER* C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. AGRAVO RETIDO. INEXISTÊNCIA DE REVELIA DAS RÉS, QUE APRESENTARAM A CONTESTAÇÃO DE FORMA TEMPESTIVA, CONTANDO-SE O PRAZO A PARTIR DA JUNTADA AOS AUTOS DO ÚLTIMO AVISO DE RECEBIMENTO OU MANDADO CITATÓRIO CUMPRIDO (ARTIGO 241, INCISO III, DO CPC). ALEGAÇÃO DE ABUSIVIDADE DOS ENCARGOS COBRADOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS FATOS ADUZIDOS NA INICIAL. ARTIGO 333, INCISO I, DO CPC. O contrato de locação em *shopping center* ostenta natureza atípica, ou seja, constitui negócio jurídico complexo, que não pode ser enquadrado como simples locação, pois existem peculiaridades referentes à utilização do espaço comercial, como a cobrança da res sperata, de aluguel percentual e em dobro no mês de dezembro e dos fundos de promoção. Afigura verdadeira parceria entre o empreendedor e o lojista, que, ao optar por se estabelecer em shopping center, deve arcar com os custos do serviço que lhe é oferecido. Aplicação do artigo 54, *caput*, da Lei nº 8.245/91[1], que determina que "nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei". Inexistência de prova da dispensa de tratamento indevido pelas rés em relação às autoras, não havendo qualquer elemento nos autos que indique a presença de onerosidade excessiva ou cobrança de aluguel em patamar abusivo. Sentença confirmada. Agravo Retido e Apelação desprovidos.

Traz-se ainda em colação elucidativo precedente da jurisprudência desta Corte, que, além de esclarecer os meandros da relação locatícia em *shopping center*, afasta especificamente a alegada nulidade das cláusulas que permitem ao locador cobrar aluguel percentual atrelado ao faturamento, e em dobro em dezembro:

0006841-98.2008.8.19.0204 - Des(a). MARCELO LIMA BUHATEM - Julgamento: 25/04/2011 - Quarta Câmara Cível - Apelação Cível - LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM *SHOPPING CENTER* - CONTRATO ATÍPICO - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO POR MATERIAIS E MORAIS - LEI DO INQUILINATO - APLICAÇÃO - LEI Nº 8.245/1991 QUE ESTABELECE QUE NAS RELAÇÕES ENTRE LOCADOR E LOJISTAS LOCATÁRIOS PREVALECEM AS CONDIÇÕES LIVREMENTE PACTUADAS NOS RESPECTIVOS CONTRATOS, EM VIRTUDE DAS PECULIARIDADES DESSE EMPREENDIMENTO, QUE ENVOLVE UM COMPLEXO DE ATIVIDADES (ART. 54). DÉCIMO TERCEI-

1 Lei nº 8.245/91. "Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nessa lei."

RO ALUGUEL - ALUGUEL PERCENTUAL - FUNDO DE PROMOÇÃO - NÃO ABUSIVIDADE - RELAÇÃO ASSOCIATIVA ENTRE EMPREENDEDOR E LOJISTAS, PARA CONSECUÇÃO DE PLANO ESTRATÉGICO ENVOLVENDO PRODUTOS E SERVIÇOS, COM VISTA A UM FIM COMUM: RENTABILIDADE PELA VENDA DE MERCADORIAS, DA QUAL PARTICIPAM AMBOS. JUSTA EQUAÇÃO ECONÔMICA DO CONTRATO DE LOCAÇÃO EM SHOPPING CENTER, BENEFICANDO AMBAS AS PARTES, O QUE JUSTIFICA A ATICIPIDADE DE CERTAS CLÁUSULAS NELE INSERIDAS. (...) O art. 54 da Lei nº 8.245/91 prevê a liberdade contratual entre os lojistas e empreendedores, prevalecendo o contrato firmado entre as partes como a lei regente da matéria, e os demais artigos da Lei do Inquilinato se aplicando como disposições procedimentais. 8. Contudo, a aludida liberdade contratual será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, e outros princípios jurídicos, nos termos do art. 421 a 425 do Código Civil Brasileiro, entre outros. 9. Nesse viés, nada há de abusivo ou ilegal no chamado "décimo terceiro aluguel". A cobrança do aluguel referente ao mês de dezembro, certamente em todos os contratos de locação celebrados em *shopping* center é feita em dobro, tendo em vista a evidente relação de parceira e proporcionalidade que existe entre o faturamento do lojista - que aumenta consideravelmente no mês de dezembro e o valor dos aluguéis, que são calculados com base no que aufere o locatário. 10. A doutrina e a jurisprudência majoritária acatam a cobrança do décimo terceiro aluguel, sob o argumento da liberdade contratual e da justa equação econômica nos contratos de locação em shopping, que justificam a aticipidade de certas cláusulas neles inseridas. 11. Também não se verifica qualquer abusividade na cláusula que estabelece o chamado "aluguel percentual". Como bem destacado pela Min. ELIANA CALMON, no REsp 178908, o aspecto mais interessante do *shopping center* e que o distingue como contrato atípico, é o propósito principal: relação associativa entre empreendedor e lojistas, que põem em prática um plano estratégico que mistura produtos e serviços, com vista a um fim comum: rentabilidade pela venda de mercadorias, da qual participam ambos. 12. Portanto, as cláusulas que aproximam a aparente relação locatícia a uma parceria comercial não se afiguram abusivas. Na verdade, a opção por se estabelecer em *shopping center* garante ao lojista maior quantidade de clientes com muito mais segurança e qualidade de serviços, sendo certo que, para tanto, deve arcar com o respectivo custo. 13. Ademais, não há o que se falar em desequilíbrio entre as partes contratantes, justamente por ser mera opção da sociedade se estabelecer em *shopping*. Diante das inúmeras vantagens oferecidas pelo condomínio ao lojista, descabe a pretensão de pagar pela locação somente o aluguel mínimo, como se tratasse de locação comercial propriamente dita. 14. É certo que o princípio da força obrigatória dos contratos há muito foi relativizado em razão de princípios como o da função social do contrato e vedação do enriquecimento sem causa. Entretanto, aqui, vislumbra-se integral preservação da função social do contrato, requerendo a apelante verdadeira quebra de isonomia em relação a todos os demais lojistas que pactuaram com o condomínio réu condições similares à presente. 15. No que tange à cláusula 5.12 que obriga o lojista informar o seu faturamento para determinação do aluguel percentual, nada tem de abusivo ou ilegal. 16. A auditoria de vendas é a obrigatoriedade do lojista informar o seu faturamento para determinação do aluguel percentual. Toda semana, o lojista preenche um formulário próprio informado os valores das vendas. 17. A atividade dessa auditoria decorre do próprio aluguel percentual, por isso, é um direito previsto no contrato. 18. Questiona o apelante, igualmente, a taxa de propaganda cobrada pelo *shopping* a título de fundo de promoção (cláusulas 7 e 7.1

do contrato locatício) que vem a ser a propaganda em Televisão, *Outdoor*, *Busdoor*, enfim toda propagando escrita e falada, alegando que em momento algum recebeu qualquer informativo, ou mesmo cópia da referida propaganda. 19. É bem verdade que a locação de *shopping center* é bastante onerosa porque, além do aluguel, o lojista paga o fundo de promoção e uma parcela das contas comuns, denominado, equivocadamente de condomínio. Nesse diapasão, a boa relação de transparência, realizada através da troca de informações, é que fortalece o relacionamento entre as partes do contrato de locação em *shopping center*. (...) NEGO SEGUIMENTO AO RECURSO, NA FORMA DO ART. 557, *CAPUT* DO CPC

Por fim, merece registro ainda, vez que não levado à análise no acórdão da 23ª CC a que se fez referência, a alegação do apelante no sentido de que o locador não poderia se valer das cláusulas do contrato de *shopping center*, uma vez que ainda não teriam sido implementadas algumas medidas típicas de tal relação, como a criação de associação de lojistas e o fundo de promoção de promoções e propagandas.

O locador não nega que pontualmente tais estruturas ainda não teriam sido implementadas, contudo, a ausência das mesmas não desnatura o contrato, até porque as características físicas do empreendimento são de *shopping center*, e é de se presumir a existência de outros equipamentos que tipicamente compõem tais empreendimentos, tais como o mix de lojas, serviços comuns e de segurança, não restando provado pelos locatários que também estes não se fizeram presentes, revelando-se comportamento contraditório e violador dos princípios que impõem ao contratante agir com probidade e boa-fé objetiva (art. 422 CC), a recusa acerca da natureza do contrato.

Refira-se que mais adequado seria o locatário recusar-se ao pagamento da *res sperata*, que seria a remuneração cobrada pelo empreendedor pela disponibilização aos lojistas do incremento ao fundo de comércio advindo dos bens imateriais ligados à estrutura do *shopping center*.

Só que, conquanto exista a previsão de tal cobrança no contrato firmado pelas partes, como esclarecido pelo apelado, tal rubrica de pagamento não foi apresentada ao locatário, sendo o que se verifica, ademais, no teor da cláusula 13, em que expressamente consta cobrança "R$ 0,00". Veja-se:

"13:1 — Em razão da *rés sperata*, pelas vantagens que a localização no interior do *Shopping* Avenida 28 lhe proporcionará e como forma de usufruir do direito de participar da estrutura organizacional do citado *shopping center* com o desfruto constante de seus benefícios e atividades desenvolvidas pelo Locador, inclusive na formação do seu tenant mix antes e durante a vida deste Contrato, e como contraprestação pela fruição de seus bens imateriais durante esse período, a locatária assume a obrigação de pagar ao locador, além das parcelas dos aluguéis e encargos de locação referidos neste contrato a quantia de R$ 0,00(zero), na forma abaixo descrita: A) R$ 0,00(zero), no ato da assinatura deste contrato;"

No tocante à cobrança dos acessórios da locação: taxa condominial e IPTU, conquanto a lei locatícia refira serem despesas, *a priori*, a cargo do locador, expressamente a lei locatícia (art. 22 VIII), refere "salvo disposição contrária". Cite-se a norma:

"O locador é obrigado a: VIII - pagar os impostos e taxas, e ainda o prêmio de seguro complementar contrafogo, que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel, salvo disposição expressa em contrário no contrato; "

O contrato expressamente prevê que cabe

ao locatário assumir o pagamento da taxa condominial e dos tributos incidentes sobre o imóvel locado, conforme cláusulas 6.1 e 6.3.

"6.1. Juntamente com o aluguel mínimo mensal reajustável, a Locatária pagará ao locador os encargos de locação devidos e as despesas por este despendidas com a administração do *shopping center*, de acordo com o disposto nas Normas Gerais, especialmente em seus capítulos III e VII e suas respectivas cláusulas, como despesas aqui simplesmente chamadas de "despesa de condomínio e rateio", ante ideia e existência de rateio que nada mais são dos encargos contratualmente devidos e todos os impostos, taxas e contribuições obrigatórias que incidam - ou venham a incidir sobre o imóvel locado, estipulados nas Normas Gerais e neste contrato, inclusive a remuneração a ser paga à empresa que será contratada, pelo locador, para administrar o *Shopping* Avenida 28, de 5% (cinco por cento) do valor de todos os encargos condominiais cobrados da Locatária do *Shopping* Avenida 28 a título de taxa de administração."

6:3 - Caberá a locatária a contratação e o pagamento das despesas específicas ou exclusivas do funcionamento da(s) loja (s) ou espaço(s) locado(s), tais como: consumo de luz e força elétrica, água e esgoto, gás, telefone, bem como todos os tributos incidentes, sendo certo que quando alguma das despesas por ventura for cobrada diretamente pelo locador, esta deverá ser paga juntamente com o aluguel mínimo mensal.

Por fim, requer o apelante que as parcelas vincendas da locação deveriam ser limitadas a 27/07/2011, data em que teria sido entregue o imóvel ao locador.

Sem razão o apelante em mais esse item, já que conforme se observa na planilha de cálculo de f. 36 e 88, que embasou a fixação da condenação pela sentença, a última prestação cobrada refere-se a agosto de 2011, defasagem portanto de apenas um mês.

Ainda que se enveredasse pela discussão acerca da legitimidade, ou não da cobrança do aluguel e acessórios especificamente do mês de agosto de 2011, há que se expor que a prova dos autos converge para a imissão na posse do locador no imóvel se deu em 21/03/2012, conforme certidão do OJA a f. 115 verso, projetando, portanto, término da locação em data posterior à cobrada pelo autor, e, ademais, não foi indicado, e tampouco existe nos autos, elemento que indique ter a locação se encerrado na data apontada pelo apelante.

Com efeito, as alegações deduzidas pelo apelante não são suficientes para afastar o direito de crédito invocado pelo locador.

Isso posto, voto no sentido de negar provimento ao apelo, majorando-se os honorários advocatícios fixados na sentença, na forma do §11º do art. 85 CPC/15, em 2% (dois por cento). Mantém-se no mais a sentença.

Rio de Janeiro, 24 de abril de 2018.

DES. CRISTINA TEREZA GAULIA
Relatora

INDENIZATÓRIA. ATRASO DE VOO. MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS COMPANHIAS AÉREAS. SUBORDINAÇÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MAJORAÇÃO DO VALOR.

Apelação cível. Relação de consumo. Atraso de 11 (onze) horas no voo. Falha na prestação de serviço. Dano moral configurado. Valor arbitrado pela origem (R$ 4.000,00) que merece majoração a

R$ 8.000,00 (oito mil reais) para cada autor. Método bifásico. Precedentes deste eg. TJRJ. Provimento do apelo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0397949-84.2016.8.19.0001 em que são apelantes João Paulo Vasco Poiares Baptista e Ana Maria Fernandes de Almeida e Apelado American Airlines Inc.

Acordam os Desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de ação indenizatória proposta por João Paulo Vasco Poiares Baptista e Ana Maria Fernandes de Almeida contra American Airlines Inc. Narram os autores, em síntese, que, no dia 19/06/2016, tiveram voo atrasado pela ré de 21h40min. da noite para as 7h da manhã do dia seguinte. Por conta desta alteração, comunicada apenas após o *check in*, foram obrigados a pernoitar no local com um auxílio ínfimo de U$ 12,00 (doze dólares) prestado pela companhia aérea. A par disso, perderam compromissos profissionais adiados para a data do retorno.

A sentença de f. 130/131 julgou procedentes os pedidos nos seguintes termos:

Assim, ante a fundamentação acima, acolho o parecer ministerial e julgo procedente o pedido, extinguindo o feito com julgamento do mérito na forma do disposto no art. 487, inciso I do NCPC, e condeno a Ré ao pagamento de R$ 4.000,00, a título de reparação moral acrescidos de correção a partir desta data e juros de 1% a.m. a partir da citação. Condeno a ré ao pagamento de custas e honorários, fixados estes últimos em 10% do valor da condenação.

O apelo de f. 139/146, tempestivo e devidamente preparado, pugna pela majoração do *quantum* indenizatório a R$ 8.000,00 (oito mil reais) para cada autor.

Contrarrazões a f. 163/170.

É o relatório.

VOTO

Recurso tempestivo e próprio de que se conhece.

De saída, frise-se que a relação articulada entre as partes é colhida pelo microssistema do Código de Defesa do Consumidor. Verificam-se, à luz da teoria finalista e em relação à primeira ré, todos os requisitos objetivos e subjetivos que qualificam as figuras dos artigos 2º e 3º da Lei nº 8.078/90.

Daí se colocar um conflito aparente de normas, em que há mais de uma legislação aplicável à espécie: o CDC, Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenções de Haia e de Montréal com suas posteriores modificações.

Neste sentido, é importante destacar que, recentemente, em 25/05/2017, o E. STF, no julgamento dos ARE nº 766.618 e RE nº 636.331, ambos com repercussão geral reconhecida, assentou a prevalência das Convenções Internacionais sobre o Código de Defesa do Consumidor. Mas apenas naquilo que houver de concorrência entre as normas, nomeadamente as questões relativas a prazo prescricional e indenização por extravio de bagagem.

Nada obstante, não é disso que cuida esta demanda indenizatória por danos morais decorrentes de atraso de voo. Logo, considerando o diálogo das fontes, permanece aplicável o entendimento do Col. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a "responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da

má prestação de serviços, após a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, subordina-se a suas disposições em face da nítida relação de consumo entre as partes." (AgRg no AREsp 737.635 / PE - Min. Rel. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA - Terceira Turma - Julgado em: 27/10/2015).

A propósito, os seguintes julgados deste Eg. TJRJ:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. EXTRAVIO DE BAGAGEM EM VOO INTERNACIONAL. FIXAÇÃO DE TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANDO DA APRECIAÇÃO DO TEMA 210 DA REPERCUSSÃO GERAL. JULGAMENTO CONJUNTO DO RE Nº 636.331 E DO ARE Nº 766.618. PREVALÊNCIA DAS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E MONTREAL EM RELAÇÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO QUE SE REFERE AOS DANOS MATERIAIS, NÃO SE APLICANDO, CONTUDO, À INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. LIMITAÇÃO DAS PERDAS E DANOS DECORRENTES DO EXTRAVIO DA BAGAGEM A MIL DIREITOS DE SAQUE. ART. 22 DA CONVENÇÃO DE MONTREAL. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA IN RE IPSA. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO SUMULAR Nº 45 DO EG. TJRJ. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO, ARBITRADO EM R$ 10.000,00, QUE MERECE MAJORAÇÃO AO PATAMAR DE R$ 15.000,00 (QUINZE MIL REAIS), EM ATENDIMENTO AOS PARÂMETROS DO MÉTODO BIFÁSICO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. É solidária a responsabilidade de todas empresas que integram a cadeia de consumo, na esteira do disposto nos artigos 7º, parágrafo único, 7º, § único, 14, 18, 25, § 1º, todos do estatuto de proteção ao consumidor; 2. "Nos termos do art. 178 da constituição da república, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao código de defesa do consumidor". (Tese de repercussão geral nº 210, fixada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento conjunto do Recurso Extraordinário (RE) nº 636.331 e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 766.618); (...) 9. Verba reparatória dos danos morais, fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais), que merece majoração ao patamar de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), em atendimento aos parâmetros do método bifásico. Precedentes; 10. Recursos providos parcialmente. 10. Recursos providos parcialmente. (AC nº 0027397-70.2016.8.19.0001 - Des. Rel. LUIZ FERNANDO DE ANDRADE PINTO - Vigésima Quinta Câmara Cível - Julgado em: 27/09/2017).

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. VOO INTERNACIONAL. NORMAS ESPECIAIS DO CÓDIGO BRASILEIRO DA AERONÁUTICA, DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E MODIFICAÇÕES POSTERIORES (HAIA E MONTREAL) QUE DEVEM SER AFASTADAS QUANDO IMPLICAREM RETROCESSO SOCIAL OU VILIPÊNDIO AOS DIREITOS ASSEGURADOS PELO CDC. TESE RECENTEMENTE FIXADA PELO STF, APRECIANDO O TEMA 210 DA REPERCUSSÃO GERAL, NO JULGAMENTO CONJUNTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) Nº 636.331 E DO RE COM AGRAVO (ARE) Nº 766.618, DE QUE NOS TERMOS DO ART. 178 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, AS NORMAS E OS TRATADOS INTERNACIONAIS LIMITADORES DA RESPONSABILIDADE DAS TRANSPORTADORAS AÉREAS DE PASSAGEIROS, ESPECIALMENTE AS CONVENÇÕES DE VARSÓ-

VIA E MONTREAL, TÊM PREVALÊNCIA EM RELAÇÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, QUE NÃO SE APLICA À HIPÓTESE, SOMENTE SE APLICANDO AOS CONFLITOS QUE ENVOLVEM EXTRAVIOS DE BAGAGEM E PRAZOS PRESCRICIONAIS LIGADOS À RELAÇÃO DE CONSUMO EM TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS. CANCELAMENTO DE VOO DE RETORNO. ATRASO DO VOO DE REALOCAÇÃO. PROBLEMAS HIDRÁULICOS APRESENTADOS NA AERONAVE. ATRASO DE 24 HORAS NA CHEGADA AO BRASIL. RECURSO APENAS DA PARTE AUTORA PUGNANDO PELA MAJORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO, ARBITRADO EM R$ 3.000,00 PARA CADA AUTOR. MAJORAÇÃO QUE SE REVELA DEVIDA, PARA O PATAMAR DE R$ 7.000,00 PARA CADA AUTOR, EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE E DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. RECURSO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO. (AC nº 0034783-54.2016.8.19.0001 - Des. Rel. SANDRA SANTARÉM CARDINALI - Vigésima Sexta Câmara Cível - Julgado em: 22/06/2017).

In casu, verifica-se que o autor chegou ao seu destino quase 11 (onze) horas depois do programado. Por isso, além de pernoitar em um hotel com uma ajuda de custo de irrisórios U$ 12,00 (doze dólares), tiveram que acordar às 4h30min. da manhã do dia seguinte. Enfim, perderam compromissos profissionais agendados para o dia do retorno.

Diante disso, e observando-se o que vem sendo adotado por esta Eg. Corte em casos congêneres, merece majoração o *quantum* arbitrado pelo Juízo de piso. Confira-se:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. PRETENSÃO COMPENSATÓRIA DE DANOS MORAIS DECORRENTES DE DEFICIENTE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. ATRASO DE VOO. READEQUAÇÃO DA MALHA AÉREA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELAS RÉS, PUGNANDO PELA REFORMA INTEGRAL DA SENTENÇA. FORTUITO INTERNO. COMPORTAMENTO ANTIJURÍDICO E NEXO DE CAUSALIDADE PERFEITAMENTE DELINEADOS. EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE INEXISTENTES. DANO MORAL QUE SE VERIFICA *IN RE IPSA*. VERBA COMPENSATÓRIA (R$ 10.000,00) ADEQUADA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE, SEM OLVIDAR A SUA NATUREZA PUNITIVO-PEDAGÓGICA. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, AMPARADO NA REGRA DO ARTIGO 557, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. (AC nº 0389020-33.2014.8.19.0001 - Des. Rel. WERSON REGO - Vigésima Quinta Câmara Cível - Julgado em: 23/06/2015).

0223042-04.2014.8.19.0001 – APELAÇÃO - Des(a). JDS JOÃO BATISTA DAMASCENO - Julgamento: 13/09/2017 - Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor.

APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. TRANSPORTE AÉREO. VIAGEM INTERNACIONAL. ATRASO DE VOO ENTRE MIAMI E RIO DE JANEIRO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS FIXADOS EM R$ 10.000,00. DANOS MATERIAIS. APELO DA PARTE RÉ. ATRASO DE 24 HORAS. INFORMAÇÕES INADEQUADAS. NÃO FORNECIDA ASSISTÊNCIA MATERIAL. DESCUMPRIMENTO DA RESOLUÇÃO Nº 141/2010, ANAC. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. OBRIGAÇÃO

DE RESULTADO. FORTUITO INTERNO CARACTERIZADO. A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA É DA RÉ, PELA MÁ PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. DANO MORAL. PACTO DE VARSÓVIA. PROTOCOLOS DE HAIA E MONTREAL. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO DE POSTERIOR PROMULGAÇÃO. TARIFAÇÃO RESTRITA A DANO MATERIAL. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. MAJORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO PARA O VALOR DE R$ 10.000,00 PARA CADA AUTOR. JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO. ARTIGO 405 DO CÓDIGO CIVIL. HONORÁRIOS FIXADOS ATENDENDO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, CONFORME § 11 DO ART. 85 DO CPC/2015. CONHECIDOS OS RECURSOS, PROVIDO EM PARTE O RECURSO ADESIVO DA PARTE AUTORA E DESPROVIDO O RECURSO DA RÉ.

0005962-40.2016.8.19.0001 – APELAÇÃO - Des(a). LUIZ ROBERTO AYOUB - Julgamento: 22/11/2017 - Vigésima Quarta Câmara Cível Consumidor.

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. COMPANHIA AÉREA. VOO INTERNACIONAL. ATRASO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO, CONDENANDO O RÉU AO PAGAMENTO NO VALOR DE R$ 10.000,00, PARA CADA AUTOR, A TÍTULO DE DANOS MORAIS. ENTENDIMENTO RECENTE DO STF QUE, APRECIANDO O TEMA 210 DA REPERCUSSÃO GERAL, DEU PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE/636331, FIXANDO A SEGUINTE TESE: "NOS TERMOS DO ART. 178 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, AS NORMAS E OS TRATADOS INTERNACIONAIS LIMITADORES DA RESPONSABILIDADE DAS TRANSPORTADORAS AÉREAS DE PASSAGEIROS, ESPECIALMENTE AS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E MONTREAL, TÊM PREVALÊNCIA EM RELAÇÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR". ENTENDIMENTO DESTE RELATOR QUE, À MINGUA DE TRATAMENTO ESPECÍFICO PELA TESE ASSENTADA PELO STF, NO QUE TANGE À REPARAÇÃO POR DANO MORAL, DEVE PREVALECER A INCIDÊNCIA DO CDC. FORTUITO INTERNO. COMPORTAMENTO ANTIJURÍDICO E NEXO DE CAUSALIDADE PERFEITAMENTE DELINEADOS. EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE INEXISTENTES. VIOLADOS DEVERES JURÍDICOS ORIGINÁRIOS, SURGE PARA A RÉ O DEVER JURÍDICO SUCESSIVO DE RECOMPOR OS DANOS DECORRENTES. DANO MORAL QUE SE VERIFICA *IN RE IPSA*. VERBA COMPENSATÓRIA ADEQUADA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE, SEM OLVIDAR A NATUREZA PUNITIVO-PEDAGÓGICA DA CONDENAÇÃO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 343 DO TJRJ. JUROS DE MORA QUE DEVE INCIDIR DA CITAÇÃO, EIS QUE SE TRATA DE RELAÇÃO DE NATUREZA CONTRATUAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM OBSERVÂNCIA AOS CRITÉRIOS DO ART. 85, §11º DO CPC. RECURSO NÃO PROVIDO.

Neste contexto, considerando os parâmetros do método bifásico, entendo razoável o valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais) para cada autor.

Ante o exposto, voto pelo provimento do recurso na forma da fundamentação supra.

Rio de Janeiro, 10 de abril de 2018.

DES. CUSTÓDIO DE BARROS TOSTES
Relator

INDENIZATÓRIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE DE MOTOCICLETA. CRUZAMENTO. IMPRUDÊNCIA. NÃO OBSERVÂNCIA À PREFERÊNCIA DE PASSAGEM. CONSERTO DA MOTOCICLETA COMPROVADO. VALOR DO DANO MORAL MANTIDO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

Apelação cível. Apelação adesiva. Acidente de trânsito. Colisão com motocicleta quando o condutor do automóvel fazia manobra de conversão à esquerda.

A dinâmica do evento releva que o réu trafegava pela rua Baicuru, Campo Grande, quando iniciou uma manobra de conversão à esquerda, visando ingressar na rua Flora, vindo a colidir com a motocicleta do autor que vinha no sentido contrário.

Os art. nº 34, 38 e 44 do CTB estabelecem as cautelas que devem ser tomadas pelo condutor ao realizar tais manobras. Cabe ao condutor do veículo que pretende realizar a conversão à esquerda, ceder passagem aos veículos que estejam transitando no sentido contrário, para então efetuar a sua manobra. Trata-se de manobra que envolve riscos e que exige cautela especial para a sua realização.

O réu não observou a preferência de passagem da motocicleta conduzida pelo autor. Inclusive o próprio réu reconhece que o cruzamento não possui semáforo e é pouco iluminada, o que lhe exige ainda maior cuidado na realização de tal manobra.

A própria posição da colisão, na parte frontal esquerda do veículo, indica que o réu iniciou a manobra sem guardar distância de segurança em relação à motocicleta do autor. Do contrário, a avaria teria sido do lado direito do seu veículo.

Tampouco ficou demonstrado que o autor estivesse em velocidade excessiva no momento do acidente.

Não tendo o réu logrado êxito em provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, correta a sentença ao reconhecer que o mesmo agiu com culpa (imprudência) ao realizar a conversão à esquerda sem observância das normas do CTB.

Dano material comprovado nos autos, devendo o réu ressarcir os autores pelas despesas.

Dano moral in re psa. Verba indenizatória fixada em observância aos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, não havendo necessidade de qualquer ajuste (Súmula 343 TJRJ).

Sentença modificada tão somente para arbitrar os honorários advocatícios atinentes à reconvenção.

Desprovimento do recurso de apelação. Provimento do recurso adesivo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0021630-21.2016.8.19.0205 em que é Apelante 1: Sergio William dos Santos Ambrozio, Apelante Adesivo: Jhonata dos Santos Silva e outra e Apelados: os mesmos.

Acordam os Desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso de apelação e dar provimento à apelação adesiva, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de recurso de apelação e apelação adesiva contra sentença proferida em ação indenizatória ajuizada por Jhonata dos Santos Silva e Carla Regina Cabral dos Santos Silva em face de Sergio William dos Santos Ambrozio.

Adoto na forma regimental (art. 92, Reg. Interno TJRJ), o relatório contido na sentença, nos seguintes termos:

"Jhonata dos Santos Silva e Carla Regina Cabral dos Santos Silva moveram ação de responsabilidade civil em face de Sergio William dos Santos Ambrozio. Narra a ini-

cial que o autor Jonatha conduzia a motocicleta pela Rua Baicuru, quando foi atingido pelo veículo do réu, que trafegava em sentido contrário e fez manobra de conversão à esquerda, visando ingressar na Rua Flora. Destaca que a culpa pelo acidente foi do réu, na medida em que não teria observado as cautelas de praxe para ingressar numa via perpendicular à principal. Prossegue aduzindo que com o acidente o condutor da motocicleta foi levado ao hospital, sendo após atendimento liberado com prescrição médica. Esclarece que o pagamento do conserto da motocicleta tem sido feito pela autora Carla Regina, mãe do autor Jonhatha. Por tais fatos, requer indenização sobre os gastos com o conserto da moto à autora Carla Regina, bem como indenização por dano extrapatrimonial. (...) A parte ré apresentou contestação e reconvenção, em petição conjunta (f. 90/102). Afirma que o acidente ocorreu no cruzamento, desprovido de semáforo e com iluminação precária. Prossegue aduzindo que ao arrancar lentamente com o veículo e iniciar a conversão à esquerda, o veículo do réu foi atingido na frente pela moto guiada pelo autor. Sustenta que o réu deixou de parar no cruzamento, assim como fez o autor, sendo o responsável pela colisão. Requer a improcedência da pretensão inicial e procedência da reconvenção, no sentido de obter reparação por dano material e moral (...)".

O conflito existente entre as partes foi julgado da seguinte forma:

"(...) Isso posto, julgo procedente a pretensão inicial, condenando o réu a pagar para a autora Carla Regina Cabral dos Santos Silva a quantia de R$ 2.709,42 (dois mil setecentos e nove reais e quarenta e dois centavos), a título de dano material, com correção monetária a contar do desembolso e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Condeno o réu a indenizar o autor Jhonata dos Santos Silva na quantia de R$ 3.000,00 (três mil reais), a título de dano moral, com correção monetária a contar da sentença e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Julgo improcedente a pretensão materializada na reconvenção. Por conseguinte, declaro extinto o processo, com apreciação do mérito, na forma do art. 487, I, do CPC. Condeno a parte ré ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, na forma do art. 85, §2°, do CPC, observada a gratuidade de justiça deferida ao réu (f. 144). P.R.I. Com o trânsito em julgado e sem incidentes, dê-se baixa e arquive-se os autos, observando o art. 229 A da Consolidação Normativa".

Apelação do réu/reconvinte (index 244) sustentando que foi o autor quem não adotou as cautelas ordinárias ao não parar no cruzamento, não havendo que se falar em presunção de culpa do apelante, mas em conduta exclusiva da vítima. Assim, não há direito a indenização por dano moral em favor do autor. Requer o provimento do recurso para que seja reformada a sentença julgando-se improcedentes os pedidos autorais e procedente a reconvenção.

Recurso adesivo do autor pleiteando o arbitramento de honorários advocatícios atinentes à reconvenção (index 261).

Contrarrazões ao recurso de apelação que prestigiam o julgado (index 304).

Não houve contrarrazões ao recurso adesivo.

É o relatório.

VOTO

Os recursos são tempestivos e encontram-se presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal.

Cuida-se de ação indenizatória por danos materiais e morais em razão de prejuízos decorrentes de acidente de trânsito. O autor narra que conduzia sua motocicleta pela Rua Baicuru, Campo Grande quando foi atingido pelo veículo do réu que vinha em sentido contrário e fazia uma manobra de conversão à esquerda, visando ingressar na Rua Flora. Aduz que o réu não observou as cautelas de praxe para ingressar numa via perpendicular à principal.

O réu, por sua vez, sustenta que o cruzamento é desprovido de semáforo e possui iluminação precária, sendo que tomou as cautelas necessárias para realização da manobra e que foi o autor quem não adotou as cautelas ordinárias ao não parar no cruzamento.

A dinâmica do evento releva que o réu trafegava pela Rua Baicuru, Campo Grande, quando iniciou uma manobra de conversão à esquerda, visando ingressar na Rua Flora, vindo a colidir com a motocicleta do autor que vinha no sentido contrário.

O Código de Trânsito Brasileiro estabelece as cautelas que devem ser tomadas pelo condutor ao realizar tais manobras. Confira-se:

Art. 34. O condutor que queira executar uma manobra deverá certificar-se de que pode executá-la sem perigo para os demais usuários da via que o seguem, precedem ou vão cruzar com ele, considerando sua posição, sua direção e sua velocidade.

Art. 38. Antes de entrar à direita ou à esquerda, em outra via ou em lotes lindeiros, o condutor deverá:

(...)

II - ao sair da via pelo lado esquerdo, aproximar-se o máximo possível de seu eixo ou da linha divisória da pista, quando houver, caso se trate de uma pista com circulação nos dois sentidos, ou do bordo esquerdo, tratando-se de uma pista de um só sentido.

Parágrafo único. Durante a manobra de mudança de direção, o condutor deverá ceder passagem aos pedestres e ciclistas, aos veículos que transitem em sentido contrário pela pista da via da qual vai sair, respeitadas as normas de preferência de passagem.

Art. 44. Ao aproximar-se de qualquer tipo de cruzamento, o condutor do veículo deve demonstrar prudência especial, transitando em velocidade moderada, de forma que possa deter seu veículo com segurança para dar passagem a pedestre e a veículos que tenham o direito de preferência.

Como se vê, cabe ao condutor do veículo que pretende realizar a manobra de conversão à esquerda, aguardar a passagem dos veículos que estejam transitando no sentido contrário, para então efetuar a sua manobra com segurança. Trata-se de manobra que envolve riscos e que exige cautela especial para a sua realização.

Do conjunto probatório, verifica-se que o réu não observou a preferência de passagem da motocicleta conduzida pelo autor. Inclusive o próprio réu reconhece que o cruzamento não possui semáforo e é pouco iluminada, o que lhe exige ainda maior cuidado na realização de tais manobras.

A própria posição da colisão, na parte frontal esquerda do veículo, indica que o réu iniciou a manobra sem guardar distância de segurança em relação à motocicleta do autor. Do contrário, a avaria teria sido do lado direito do seu veículo.

Também não ficou demonstrado que o autor estivesse em velocidade excessiva no momento do acidente.

Assim, não tendo o réu logrado provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, correta a sentença ao reconhe-

cer que o mesmo agiu com culpa (imprudência) ao realizar a conversão à esquerda sem observância das normas do CTB.

A propósito, os seguintes precedentes deste TJRJ:

0001506-30.2008.8.19.0065 - Apelação - Des(a). DENISE LEVY TREDLER - Julgamento: 09/10/2014 - Vigésima Primeira Câmara Cível.

Ação indenizatória. Filho dos autores vitimado em acidente de trânsito, no ano de 2006. Danos materiais e danos morais. Apelação interposta pelos réus antes do julgamento dos embargos de declaração opostos pelos autores. Ausência de ratificação do apelo após o julgamento dos embargos. Intempestividade do apelo. Aplicação analógica do verbete nº 418, da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A dinâmica do evento demonstrada nos autos indica que o motorista do veículo segurado praticou manobra de conversão contrária às normas que regem a circulação de veículos automotores. Age com culpa o motorista, que, ao realizar conversão à esquerda, sem respeitar as normas do CTB, intercepta o fluxo normal de motociclista, que se encontrava na pista de rolamento, dando causa ao acidente. Dano moral *in re ipsa*. Verba indenizatória arbitrada proporcionalmente ao fato e respectivos danos, considerados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Negativa de seguimento aos apelos, com base no artigo 557, do Código de Processo Civil.

0013938-04.2012.8.19.0207 - Apelação - Des(a). JORGE LUIZ HABIB - Julgamento: 17/12/2013 - Décima Oitava Câmara Cível.

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RITO SUMÁRIO. CONVERSÃO PARA O ORDINÁRIO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE COMPLEXIDADE. DENUNCIAÇÃO DA LIDE INADMISSIBILIDADE. Se os elementos constantes dos autos não indicam a necessidade de prova técnica de maior complexidade (art. 277 § 5º CPC), revela-se desnecessária a conversão de rito. A denunciação da lide dos condutores dos veículos não se insere na hipótese do inciso III do artigo 70 do CPC. A dinâmica do evento demonstrada no BRAT aponta que o motorista do veículo de propriedade da apelante praticou manobra de conversão em arrepio às normas que regem a circulação de veículos automotores. Age com culpa o motorista que, ao realizar conversão à esquerda sem respeitar as normas do art. 38 CTB, intercepta o fluxo normal de motociclista, dando causa ao acidente. Com respeito ao dano moral, a revisão do *quantum* demanda que este tenha sido arbitrado fora dos padrões de razoabilidade, o que não se verifica no caso concreto. Negado seguimento ao recurso, nos termos do art. nº 557 do CPC.

Quanto ao dano material, os autores comprovaram a despesa para conserto da motocicleta, no valor de R$ 2.709,42 (index 50/51 e 64), devendo o réu ressarci-los pelo referido gasto.

O dano moral decorre *in re ipsa*, pela simples ocorrência do fato danoso. Assim, demonstrada a ofensa, demonstrado está o dano moral.

O valor estabelecido em primeira instância a título de reparação por danos morais deve ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade. Neste sentido, segue entendimento sumulado:

Súmula nº 343, TJRJ: A verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação.

A indenização fixada pelo juízo singular

não destoa dos parâmetros adotados por este Tribunal de Justiça em casos análogos, não havendo, portanto, necessidade de qualquer reparo.

Por fim, no tocante ao recurso adesivo, assiste razão aos autores quanto ao arbitramento dos honorários advocatícios atinentes à reconvenção, por se tratar de ação autônoma, em observância ao disposto no art. 85, § 1º do CPC. Nesse sentido:

REsp nº 614.617/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe nº 29/06/2009 - PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO -

ALTERAÇÃO DO POLO PASSIVO DA AÇÃO ANTES DA CITAÇÃO - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA ESTABILIZAÇÃO SUBJETIVA DO PROCESSO - RECONVENÇÃO - AUTONOMIA - HONORÁRIOS - CABIMENTO.

1. Até a citação, a parte autora pode emendar a inicial, com a correção do pólo passivo, em razão de não ter ocorrido a estabilização da demanda (arts. 264 e 294 CPC). Precedentes: REsp nº 799.369/BA, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, julgado em 18/9/2008, DJe 25/9/2008; REsp nº 988.505/DF, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 26/6/2008, DJe 05/08/2008; e REsp nº 435.580/RJ, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Turma, julgado em 03/08/2006, DJ 18/08/2006, p. 362.

2. A reconvenção constitui ação autônoma; dessa forma, são devidos os honorários em razão da sucumbência, independentemente do resultado da ação principal. Precedentes: AgRg no Ag 690.300/RJ, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, Quarta Turma, julgado em 13/11/2007, DJ 03/12/2007, p. 311; AgRg no REsp nº 753.095/DF, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Terceira Turma, julgado em 23/08/2007, DJ 10/09/2007, p. 228; e EDcl no REsp nº 468.935/SP, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Terceira Turma, julgado em 24/08/2004, DJ 04/10/2004, p. 283.

Recurso especial parcialmente provido.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso de apelação e dar provimento ao recurso adesivo para fixar os honorários de sucumbência da reconvenção em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa a ela atribuído. Observe-se, contudo a gratuidade de justiça deferida em favor do réu-reconvinte. Ficam mantidos os demais termos da sentença.

Nos termos do art. nº 85, § 11, do CPC/15, majoro os honorários fixados em favor do recorrido para 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. Observe-se, contudo a gratuidade de justiça deferida em favor do apelante.

Rio de Janeiro, 28 de junho de 2018.

DES. PETERSON BARROSO SIMÃO
Relator

LEGATÁRIO COMO BENEFICIÁRIO DE PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. DEFESA PELA PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO AO SEU PATRIMÔNIO. VINTE E SEIS ANOS USUFRUINDO DO RECONHECIMENTO DA PENSÃO POR LEGADO. PROBLEMAS DE SAÚDE GRAVES. INCAPACIDADE DE PROVER SEU PRÓPRIO SUSTENTO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO APÓS DEZ ANOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO PROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL. RESTABELECIMENTO DE PAGAMENTO DE PENSÃO INSTITUÍDA POR LEGADO. PENSIONISTA INCAPAZ DE PROVER O

PRÓPRIO SUSTENTO COMO MÉDICA. DOENÇAS GRAVES. AUTOTUTELA. PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE REVISÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS LIMITADO PELA DECADÊNCIA. PRAZO DECADENCIAL. OCORRÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 53 DA LEI ESTADUAL Nº 5.427/2009. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À DATA DO ÓBITO. ENUNCIADO Nº 340 DA SÚMULA DO STJ. FATO GERADOR OCORRIDO APÓS A VIGÊNCIA DA CF/88. DETERMINAÇÃO ESTRITA DOS DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIOS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 201 DA CF. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 283 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E DA LEI Nº 1.951/92, QUE INCLUÍAM O LEGATÁRIO ENTRE OS BENEFICIÁRIOS DE PENSÃO, PELO PLENÁRIO DO STF. ADI Nº 240. ADI Nº 762. SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. RAZOABILIDADE. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. REFORMA DA SENTENÇA. Reconhecimento da limitação do poder-dever de autotutela pela decadência. Modificação de entendimento desta Relatoria acerca da matéria. Princípios da segurança jurídica, da boa-fé, da razoabilidade e da proteção à confiança. Pensionista incapaz de prover o próprio sustento exercendo a medicina por doenças graves. Transtorno depressivo maior, anemia, tendinopatia do supraespinhoso e artrose acromiclavicular, cistos e nódulos na tireóide, síndrome do túnel do carpo bilateral, enterófitos em calcâneos, tendo sido submetida a cirurgia bariátrica, histerectomia, ooforectomia e salpingectomia direitas e colecistectomia. Declaração de inconstitucionalidade, com efeitos *ex tunc*, pelo Plenário do STF, do artigo 283 da Constituição Estadual e da Lei Estadual nº 1.951/92, que elencavam o legatário como beneficiário de pensão previdenciária, respectivamente, pela ADI nº 240 em 1996 e nº 762 em 2004. Procedimento administrativo para cessação do pagamento do benefício deflagrado 26 (vinte e seis) anos após o início da percepção do benefício e mais de 10 (dez) anos após a declaração de inconstitucionalidade da lei que possibilitava legado de pensão. Consolidação do direito no patrimônio jurídico da administrada. Conhecimento e provimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0379222-77.2016.8.19.0001, em que é Apelante Marta Medeiros Cruz de Sousa Reis e Apelado Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro - RIOPREVIDENCIA.

Acordam os Desembargadores da 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer o curso e dar-lhe provimento, na forma do voto do Desembargador Relator.

Trata-se de ação proposta por Marta Medeiros Cruz de Sousa Reis em face do Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro - RIOPREVIDÊNCIA, com pedido de tutela de urgência, objetivando o restabelecimento do pagamento da pensão previdenciária que recebia desde 20/06/1989 na qualidade de legatária de Edmundo José Dias, cujo óbito se deu em 04/04/1989.

Defende ter incorporado o benefício ao seu patrimônio, pois percebia a pensão desde 20.06.1989, portanto, há mais de 26 (vinte e seis) anos, dependendo desse valor para sobreviver, por enfrentar graves problemas de saúde. Aduz ter sido comunicada da suspensão do pagamento de sua pensão pelo RIOPREVIDÊNCIA, por telegrama, em 24/07/2015, com base na declaração de inconstitucionalidade, na ADI nº 762, da Lei nº 1.951/1992, que permitia a instituição de pensão por legado, tendo exercido defesa em sede administrativa, vindo

o benefício a ser suspenso em 05/10/2015.

Sustenta não se aplicar à hipótese a decisão da mencionada ADI nº 762, nem da ADI nº 240, referente à inconstitucionalidade do artigo 283 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, por ter sido concedida sua pensão com base na Lei nº 285/1979, a qual não foi declarada inconstitucional. Alude aos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança e alega ter se operado a decadência do direito da Administração de rever o ato de concessão de pensão, mesmo que contado o prazo de 5 (cinco) anos, como disposto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99, da decisão nas mencionadas ADI nº 240 nº 762, pois publicadas as decisões, respectivamente, em 2000 e em 2004.

Ressalta terem sido recolhidas contribuições pelo instituidor da pensão, correspondentes a 9% (nove por cento) do vencimento-base, desde dezembro de 1978, a fim de custear seu futuro pagamento.

Acrescenta estar impedida de prover seu próprio sustento trabalhando como médica devido a seu precário estado de saúde, tendo ainda de sustentar sua filha menor de idade.

Informa ter sido reajustado o valor de seu benefício em 1996, incutindo-lhe maior certeza de que este era devido.

Alude aos princípios da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica e da proteção à confiança.

Requer a concessão da antecipação dos efeitos da tutela e o provimento do recurso para que seja restabelecido imediatamente o pagamento do benefício, que seu valor seja atualizado para 100 % (cem por cento) dos vencimentos do servidor na data de seu falecimento, bem como pleiteia o pagamento das parcelas pretéritas que deixaram de ser pagas.

Foi indeferida a tutela de urgência (peça 000193), tendo sido negado provimento ao Agravo de Instrumento nº 0063480-88.2016.8.19.0000, interposto dessa decisão.

Foram julgados improcedentes os pedidos, extinto o processo com resolução do mérito, nos termos do disposto no artigo 487, I, do CPC/2015, tora ao pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor da causa, observado o disposto no artigo 85, §3º, § 4º, inciso III e § 6º do CPC/2015 (peça 000318).

Inconformada, recorre Marta Medeiros Cruz de Souza Reis (peça 000334), reiterando os argumentos da inicial. Requer o deferimento da tutela de urgência em decisão monocrática para imediato restabelecimento do pagamento do benefício, a revisão do valor da pensão e a condenação do Apelado ao pagamento das parcelas pretéritas que deixaram de ser pagas, bem como, por eventualidade, seja observada a gratuidade de justiça a ela deferida (peça 000193) se mantida a sentença, sendo declarada a suspensão da exigibilidade dos ônus da sucumbência, nos termos do disposto no artigo 98, § 3º do CPC/2015.

Contrarrazões em prestígio da sentença (peça 000366).

O Órgão do Ministério Público em atuação no 1º grau manifestou-se pela inexistência de interesse a motivar a intervenção do *Parquet* no feito (peça 000292), sendo a manifestação da Procuradoria de Justiça no mesmo sentido (peça 000407).

VOTO

O recurso foi distribuído por prevenção a esta relatoria, devido ao julgamento do Agravo de Instrumento nº 0063480-88.2016.8.19.0000.

O recurso deve ser conhecido por estarem presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade.

Assiste razão à apelante.

Trata-se de recurso de Apelação objetivando o restabelecimento do pagamento de pensão por morte instituída por legado.

O direito à percepção de pensão é definido pela lei em vigor à ocasião do óbito do instituidor, conforme o Enunciado nº 340 da Súmula do STJ ("A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.")

É inconteste que o óbito do instituidor da pensão, Edmundo José Dias se deu em 04/04/1989, na vigência, portanto, da Lei nº 1.951/92, que deu nova redação ao inciso VIII do artigo 29 da Lei nº 285/79, passando a elencar o legatário como beneficiário de pensão.

Ressalta a recorrente que o servidor recolhia contribuições correspondentes a 9% (nove por cento) do vencimento-base, desde dezembro de 1978, a fim de custear o futuro pagamento da pensão.

Defende ter incorporado o benefício ao seu patrimônio, pois percebia a pensão desde 20/06/1989, portanto, há mais de 26 (vinte e seis) anos. Informa ter nascido em 23/02/1967, estando, no entanto, impossibilitada de prover seu próprio sustento trabalhando como médica por enfrentar graves problemas de saúde,como transtorno depressivo maior, anemia, tendinopatia do supraespinhoso e artrose acromiclavicular, cistos e nódulos na tireóide, síndrome do túnel do carpo bilateral, enterófitos em calcâneos, tendo sido submetida a cirurgia bariátrica, histerectomia, ooforectomia e salpingectomia direitas e colecistectomia, dependendo desse valor para sobreviver e sustentar sua filha menor de idade.

Em verdade, a Lei nº 1.951/92 foi declarada inconstitucional pelo Plenário do STF, no julgamento da ADI nº 762, em abril de 2004, pois a CF havia limitado expressamente os beneficiários da pensão por morte aos cônjuges, companheiros e dependentes.

No entanto, não obstante tenha sido declarada a inconstitucionalidade da instituição de pensão por legado com efeitos *ex tunc*, merece atenção o argumento contrário, no sentido da decadência administrativa, tendo este relator revisto seu entendimento acerca da matéria.

Dessa forma, a cessação do pagamento de pensão percebida por mais de 26 (vinte e seis) anos constitui afronta aos princípios da segurança jurídica, da boa-fé, da razoabilidade e da proteção à confiança, sendo mais razoável o entendimento no sentido da limitação do poder-dever de autotutela da Administração pelo reconhecimento da decadência quinquenal, como disposto no artigo 53, § 1º da Lei Estadual nº 5.427/2009:

Art. 53. A Administração tem o prazo de cinco anos, a contar da data da publicação da decisão final proferida no processo administrativo, para anular os atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis para os administrados, ressalvado o caso de comprovada má-fé.

§1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

No mesmo diapasão:

Apelação Cível. Direito Previdenciário. Direito Processual Civil. Ação de Obrigação de Não Fazer, objetivando a que seja obstada a suspensão do pagamento de pensão por morte recebida pela Apelante na qualidade de

legatária de ex-segurada. Sentença de improcedência. Como se sabe, a pensão por morte é benefício com *status* de garantia constitucional e, se trata de importante instrumento de proteção social da pessoa humana e da família, com amparo no princípio da solidariedade. Por sua vez, a contraprestação deste benefício tem por base o critério da necessidade, tendo em vista seu nítido caráter alimentar. Na hipótese, a Apelante tem 78 anos de idade e, recebe há mais de 20 (vinte) anos, pensão como legatária de sua irmã, por disposição testamentária, o que era possível à época do óbito, pois o art. 238, da Constituição Estadual e a Lei Estadual nº 1.951/92, que modificava o art. 29, VIII, da Lei nº 285/79, autorizavam sua concessão. Posteriormente, advieram as declarações de inconstitucionalidade dos referidos dispositivos pela Corte Suprema, no julgamento das ADIN 240 e ADIN 762, nos anos de 2000 e 2004, com efeitos *ex tunc*. Situação jurídica da Apelante já estava definitivamente consolidada no tempo, haja vista receber a pensão por morte como legatária, de forma contínua e ininterrupta, há mais de vinte anos, já tendo se incorporado ao seu patrimônio, sendo certo, também, que o recurso administrativo para cancelar a percepção do benefício somente foi iniciado pela Autarquia Previdenciária, após o decurso de mais de dez anos depois do advento da ADIN 762. Decadência administrativa. O poder-dever da Administração Pública de anular seus próprios atos não é absoluto e também se submete aos princípios constitucionais, e, em especial ao princípio da segurança jurídica. O prazo prescricional a que se submete à Administração Pública para a revisão de seus atos é o quinquenal, previsto na Lei nº 5427/09, que regula o procedimento administrativo. Antes da vigência desta lei, a Lei nº 9874/99 que normatizou o processo administrativo no âmbito federal previa o prazo decenal para anulação do ato administrativo, também decorrido na espécie. Nesse contexto, retirar da Apelante, pessoa idosa, benefício de natureza alimentar usufruído por tantos anos sem qualquer interferência da Administração Pública, importaria em violação aos princípios da boa-fé, da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da segurança jurídica, da proteção ao idoso e, da proteção à legítima confiança depositada na Administração Pública. Nesse passo, extrai-se a verossimilhança das alegações recursais, da situação jurídica consolidada no tempo, bem como, pela decadência do direito do Réu a promover o cancelamento do benefício em tela. Trata-se de pessoa de idade avançada que não pode ser privada de receber um benefício de natureza alimentar, colocando em risco sua própria subsistência. Além do mais, o fato de a apelante, também, receber pensão do INSS, não desnatura sua necessidade, tendo em vista que o valor deste benefício é pequeno, como se pode observar das declarações de imposto de renda juntadas aos autos e; tampouco, os valores constantes de suas aplicações financeiras desnaturam as suas inequívocas necessidades. No que tange aos aborrecimentos da autora, ora apelante, quanto à pretensa suspensão do benefício, entende esta Câmara que tal fato, por si só, não enseja o dever de indenizar do apelado. Descabida a reparação, como pretende a autora, a qual pode valer-se das vias judiciais próprias, no sentido de manter o recebimento da pensão, como ocorre no caso em tela. Procedência parcial dos pedidos. Recurso parcialmente provido. (Apelação Cível nº 0386682-52.2015.8.19.0001 22ª Câmara Cível Rel. Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva Data do Julgamento: 16/11/2017 Data da Publicação:17.11.2017).

Ademais, verifica-se que o procedimento administrativo para suspensão do benefício foi deflagrado em 2015, ou seja, 26 (vinte e seis) anos após o início da percepção do benefício e mais de 10 (dez) anos após a declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, da lei que permitia a instituição de pensão por legado.

Do exposto, o voto é no sentido de conhecer o recurso e dar-lhe provimento, determinando seja restabelecido o pagamento da pensão previdenciária, bem como sejam pagas as parcelas pretéritas, com incidência de juros e de correção monetária na forma do disposto no artigo 1° - F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/2009, isto é, a partir de 30/06/2009, juros praticados na caderneta de poupança e correção monetária pelo IPCA-E, devido ao julgamento do RE nº 870.947 (Tema 810 do STF) em 20/09/2017, isentando o Apelado do pagamento de custas e de taxa judiciária, condenando-o em honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Rio de Janeiro, 20 de fevereiro de 2018.

Des. Rogério de Oliveira Souza
Relator

LOCAÇÃO. RENOVAÇÃO DE ALUGUEL NÃO RESIDENCIAL. LEI Nº 8.245/1991. REQUISITOS PREENCHIDOS. JUROS MORATÓRIOS. AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL. CRISE IMOBILIÁRIA. PROVIMENTO PARCIAL. JUROS A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA DA AÇÃO RENOVATÓRIA. LAUDO PERICIAL. MÉTODO PRÓPRIO. HONORÁRIOS. CPC.

Apelação cível. Ação renovatória. Locação não residencial. Autora que é locatária do imóvel do réu e preenche todos os requisitos para a renovação do contrato de locação, na forma do artigo 51 da lei nº 8.245/1991. Sentença de procedência, com fixação do aluguel em R$ 44.000,00. Insurgência da autora que alega ausência de fixação do termo inicial dos juros moratórios sobre a diferença dos alugueres. Sucumbência mínima da apelante e valor do aluguel em descompasso com a crise imobiliária. Que merece prosperar apenas no tocante à ausência de fixação dos juros moratórios, sendo certo que estes devem se dar do trânsito em julgado da sentença proferida na ação renovatória, pois é este o momento em que surge a obrigação de pagar as diferenças de aluguel. No que toca aos honorários de sucumbência, deve cada parte pagar ao advogado da outra 10% sobre a parcela do proveito econômico obtido, nos termos do art. 85, § 14 do CPC. Situação diametralmente oposta se dá com relação ao valor do aluguel fixado que não merece prosperar, haja vista que *expert* utilizou de método próprio para chegar ao valor do aluguel, sendo certo que o mero inconformismo com o laudo pericial desacompanhado de critérios técnicos não macula o labor do vistor, conforme enunciado sumular nº 155, deste sodalício. Recurso conhecido e provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0026639-20.2014.8.19.0209, em que é Apelante Lojas Americanas S/A e Apelados LOZANO Administração de Bens Próprios Ltda e Outros,

Acordam os Desembargadores da Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por votação unânime, conhecer do recurso e a ele dar provimento parcial.

Trata-se, na origem, de ação renovatória proposta por LOJAS AMERICANAS S/A, devidamente qualificada na inicial, propõe ação renovatória de locação comercial em face de Benjamin Gonzalez Lopez, Espólio de Alvaro Rodrigues Gil cuja inventariante é Maria Rodrigues Gil, LOZANO Administração de Bens Próprios Ltda, igualmente qualificados, alegando, em síntese, que é locatária de imóvel comercial dos Réus, mediante contrato escrito com prazo de 5 (cinco) anos, ini-

ciado em 31/03/2005 e término previsto para 30/03/2010.

Afirma que, ante a impossibilidade de renovação amigável do contrato, distribuiu demanda renovatória para o período de 31/03/2010 até 30/03/2015, em fase de execução perante o Juízo da 2ª Vara Cível da Barra da Tijuca.

Prossegue aduzindo que, estando no exercício de sua atividade, ininterruptamente, desde o início da locação, bem como quite com todas as suas obrigações contratuais, preenche os requisitos legais para a renovação do contrato para o período de 31/03/2015 até 30/03/2020, cuja composição extrajudicial, contudo, novamente não foi possível.

Requer, assim, a renovação compulsória da avença por igual prazo e nas mesmas condições anteriormente ajustadas, determinando a manutenção do valor devido a título de aluguel na monta de R$ 27.831,93 (vinte e sete mil oitocentos e trinta e um reais e noventa e três centavos), ao ser atualizado com base no índice apontado no contrato, com a condenação dos réus ao pagamento dos respectivos ônus da sucumbência. Junta os documentos de f. 8/297.

Contestação do 1º, 4º e 5º réus a f. 364/371, aduzindo, em preliminar, que a parte autora incluiu no polo passivo da demanda indivíduos que não possuem legitimidade para lá figurar, ao que devem excluídos. No mais, afirma que o autor não cumpriu os requisitos para a renovação do contrato de locação e que o valor da proposta apresentada não corresponde ao real valor de mercado, bem como requer a fixação de aluguel provisório na ordem de 80% do valor que pretendem receber, qual seja, R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), ao que importaria aluguel provisório na monta de R$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais) (f. 370/371). Junta os documentos de f. 372/397.

Contestação do 2º e 3ª rés a f. 411/419, repetindo, basicamente, os termos da contestação anterior e requerendo a fixação de aluguel provisório na ordem de 80% do valor que pretendem receber, qual seja, qual seja, R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), ao que importaria aluguel provisório na monta de R$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais) (f. 418/419). Juntam os documentos de f. 420/423.

Réplica a f. 429/433.

Adoto quanto ao mais o relatório contido na sentença, na forma regimental.

Entrega da prestação da tutela jurisdicional por meio da sentença de procedência, nos termos abaixo:

LOJAS AMERICANAS S/A, devidamente qualificada na inicial, propõe ação renovatória de locação comercial em face de Benjamin Gonzalez Lopez, Espólio de Alvaro Rodrigues Gil cuja inventariante é Maria Rodrigues Gil, LOZANO Administração de Bens Próprios Ltda, igualmente qualificados, alegando, em síntese, que é locatária de imóvel comercial dos réus, mediante contrato escrito com prazo de 5 (cinco) anos, iniciado em 31/03/2005 e término previsto para 30/03/2010. Afirma que, ante a impossibilidade de renovação amigável do contrato, distribuiu demanda renovatória para o período de 31/03/2010 até 30/03/2015, em fase de execução perante o Juízo da 2ª Vara Cível da Barra da Tijuca. Prossegue aduzindo que, estando no exercício de sua atividade, ininterruptamente, desde o início da locação, bem como quite com todas as suas obrigações contratuais, preenche os requisitos legais para a renovação do contrato para o período de 31/03/2015 até 30/03/2020, cuja composição extrajudicial, contudo, novamente não foi possível. Requer, assim, a renovação compulsória da avença por igual prazo e nas mesmas condições anteriormente ajustadas, determinando a

manutenção do valor devido a título de aluguel na monta de R$ 27.831,93 (vinte e sete mil oitocentos e trinta e um reais e noventa e três centavos), ao ser atualizado com base no índice apontado no contrato, com a condenação dos réus ao pagamento dos respectivos ônus da sucumbência. Junta os documentos de f. 8/297. Contestação do 1º, 4º e 5º réus a f. 364/371, aduzindo, em preliminar, que a parte autora incluiu no polo passivo da demanda indivíduos que não possuem legitimidade para lá figurar, ao que devem excluídos. No mais, afirma que o autor não cumpriu os requisitos para a renovação do contrato de locação e que o valor da proposta apresentada não corresponde ao real valor de mercado, bem como requer a fixação de aluguel provisório na ordem de 80% do valor que pretendem receber, qual seja, R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), ao que importaria alguém provisório na monta de R$ 48.000 (quarenta e oito mil reais) (f. 370/371). Junta os documentos de f. 372/397. Contestação do 2º e 3ª rés a f. 411/419, repetindo, basicamente, os termos da contestação anterior e requerendo a fixação de aluguel provisório na ordem de 80% do valor que pretendem receber, qual seja, qual seja, R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), ao que importaria aluguel provisório na monta de R$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais) (f. 418/419). Juntam os documentos de f. 420/423. Réplica a f. 429/433. Ata de audiência de conciliação (CPC/73, artigo 331) a f. 45, ocasião em que o processo foi suspenso para tratativa entre as partes. Despacho saneador a f. 464/465, extinguindo o processo em relação à Marta Arias Lozano e Benito Gonzalez e deferindo a produção de prova pericial. Laudo pericial a f. 699/715, sobre o qual os réus se manifestaram a f. 726/728 e a Autora a f. 730/734. Esclarecimentos do Perito a f. 751/756 e 775/778, este último em relação à nova impugnação e pedido de esclarecimentos realizada pela parte autora de f. 767/773. Decisão a f. 811 deferindo a realização de nova prova pericial. Novo Laudo pericial a f. 835/862, sobre o qual se manifestaram os réus (f. 913/914) e a autora (f. 875/880). Esclarecimentos da Perita a f. 902/906, sucedido por nova impugnação da autora a f. 918/922. Os autos vieram os autos conclusos para sentença em 16/10/2017. É o relatório. Passo a decidir. Exauridas as demais questões com o despacho saneador, o único ponto controvertido a ser dirimido é o justo valor do aluguel, tendo o autor ofertado R$ 27.831,93 (vinte e sete mil oitocentos e trinta e um reais e noventa e três centavos) para o período de renovação do contrato de locação comercial. Os réus, por sua vez, pretendem a renovação em valor na faixa de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Diante da impugnação quanto ao laudo do Engenheiro Marcelo Chrisman (f. 699/716), foi deferida a realização de nova perícia, agora ao encargo da Engenheira Clicia Helayel (f. 835/857). No primeiro laudo, apurou-se o valor de R$ 50.147,00 (f. 716); no segundo, o R$ 44.00,00, ambos usando o método comparativo. Apesar de nova impugnação da autora (f. 918/922), insistindo na apresentação de quesitos que já foram respondidos pelo Engenheiro Marcelo Chrisman e também pela Engenheira Clicia Helayel, tudo com a finalidade de reduzir o valor do aluguel, tem-se que os dois laudos oficiais atestam que a oferta inicial é inaceitável, vez que o valor de R$ 27.831,93 (vinte e sete mil oitocentos e trinta e um reais e noventa e três centavos), não reflete o valor médio de mercado para o imóvel objeto da lide, como se extrai dos devidos e suficientes esclarecimentos prestados a f. 902/906. Resta patente, portanto, que as reiteradas impugnações da autora aos laudos periciais apenas refletem seu inconformismo com o montante apontado como adequado pelos Peritos, posto que lhe é desfavorável. Ressalte-se ainda que tal conduta apresenta-se como reiteração daquela anteriormente adotada frente laudo pericial exarado pelo Engenheiro Marcelo Chrisman, cuja análise resultou em avaliação em valor notadamente próximo, sob o ponto de vista das proporções do negócio, ao posterior-

mente apresentado pela Engenheira Clicia Helayel, o que reforça a convicção quanto ao adequado valor do aluguel do imóvel. Vale esclarecer que os réus concordam expressamente com o valor determinado pela Engenheira Clicia Helayel. E essa pequena divergência entre os Peritos também é facilmente explicável, na medida em que é notória a retração do mercado, principalmente no Rio de Janeiro, valendo notar que os laudos foram produzidos com pouco mais de um ano de diferença (junho/2016 e maio/2017). De se notar que o método comparativo de mercado é o mais aceito pela jurisprudência para a correção do aluguel a ser fixado para o contrato renovando, devendo ser aplicado, no caso dos autos, que trata de locação de imóvel que abriga uma loja de conveniências. Na verdade, os Réus pretendem apenas fazer prevalecer o laudo de seu assistente técnico, em detrimento de dois laudos de Peritos do Juízo que não merecem qualquer censura, notadamente porque o perito oficial está equidistante dos interesses das partes. Registre-se, ainda, que a fixação do aluguel em quantia superior àquela ofertada pelo locatário é perfeitamente possível, pois se trata de lide de acertamento, consoante ensinamento de José da Silva Pacheco, perfeitamente aplicável à espécie: ´Na ação renovatória, o locatário pretende a renovação da locação nas condições propostas. O locador, no caso de não opor o pedido de retomada, pode alegar que o aluguel proposto não atende o valor locativo real nem alcança o valor de proposta de terceiro. Ao locatário seria lícito concordar com este valor, encerrando o processo. Se não o faz, o valor real do aluguel do imóvel deve ser apurado através de perícia técnica, cabendo ao juiz determiná-lo. Ora, se cabe ao juiz determinar, diante da controvérsia, qual o aluguel que, efetivamente, na realidade, seja o valor locativo do imóvel, com base nas provas realizadas, não pode ficar adstrito a eventuais valores mencionados pelas partes ou seus assistentes técnicos. Não há, data vênia, qualquer óbice do art. 128 do CPC, por impertinente, nem do art. 460 do CPC, porque não ocorre, no caso, condenação em quantidade superior. A sentença que decreta a renovação do contrato é constitutiva, sendo o aluguel, como retribuição da locação renovada, um dos seus elementos, embora fixado em valor diverso do contrato anterior. Não há que se falar, no caso, de sentença condenatória. O que a lei exige é que, para a renovação da locação, o aluguel corresponda, efetivamente, ao valor locativo real, que tendo sido apurado, demonstrado e comprovado por perícia técnica, pouco importa se está conforme ou não ao valor alegado pelo locatário (autor) ou pelo locador (réu). Portanto, nada impede que o juiz, atendendo ao laudo pericial ou a outros elementos relevantes nos autos, fixe o aluguel, visando a mais autêntica correspondência ao valor locativo real, ou pelo menos ao mais aproximado dele. (**Tratado das Locações, Ações de Despejo e Outras**, 10ª ed., p. 756). Pelo exposto, julgo procedente o pedido e, em consequência, decreto a renovação do contrato firmado entre as partes pelo período de 5 (cinco) anos, iniciando-se em 31/03/2015 e com término em 30/02/2020, arbitrando como preço do aluguel mensal inicial o valor de R$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais, reajustável na forma do contrato anterior, mantidas todas as demais cláusulas contratuais. Considerando o princípio da causalidade e o fato de que o valor do aluguel foi fixado em quantia significativamente superior àquela ofertada na inicial, condeno a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, devidamente corrigido. Transitada em julgado e nada sendo requerido no prazo de cinco dias, dê-se baixa e arquive-se. Publique-se, registre-se e intimem-se.

Oposição de embargos de declaração por parte do autor da autora a f. 935/939, conhecidos e providos a f. 952, nos seguintes termos:

Acolho os embargos tão somente para retificar o erro material contido na parte dispositiva da sentença, até porque não existe o dia 30 de fevereiro, seja de que ano for. A parte dispositiva, portanto, passa a ter a seguinte redação: ´Pelo exposto, julgo procedente o pedido e, em consequência, decreto a renovação do contrato firmado entre as partes pelo período de 5 (cinco) anos, iniciando-se em 31/03/2015 e com término em 30/03/2020, arbitrando como preço do aluguel mensal inicial o valor de R$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais, reajustável na forma do contrato anterior, mantidas todas as demais cláusulas contratuais. Considerando o princípio da causalidade e o fato de que o valor do aluguel foi fixado em quantia significativamente superior àquela ofertada na inicial, condeno a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, devidamente corrigido.sentença. No mais, rejeito os embargos, sendo cansativa a insistência das partes em alegar a ocorrência de omissões e contradições apenas para obter a reforma da sentença mediante atribuição de efeitos infringentes aos embargos, quando há recurso cabível para tanto. Apelo da autora a f. 956/964, requerendo a reforma parcial do julgado, para que seja determinada a data de início da incidência de juros apenas quando da citação da recorrente em execução; seja declarada a sucumbência mínima da apelante, sendo os recorridos condenados ao pagamento das verbas sucumbenciais, ou, ao menos, seja reconhecida a sucumbência recíproca, e que seja fixado o valor de aluguel no patamar pleiteado na inicial, diante do cenário econômico vigente na época da renovação do contrato.

Contrarrazões em prestigiando do julgado se vê a f. 996/1000.

VOTO

Em juízo de admissibilidade, reconheço a presença dos requisitos extrínsecos e intrínsecos, imprescindíveis à interposição do presente recurso.

A ação renovatória destina-se à renovação do contrato de locação comercial nas condições inicialmente firmadas ou conforme as que sejam fixadas judicialmente. Tem por objetivo a prorrogação ou a continuação do contrato de locação ou arrendamento do imóvel para fins comerciais e proteção do fundo de comércio, mormente o ponto de negócio, que vem a ser o lugar onde se encontra o estabelecimento. Os artigos 51 e 71 da Lei nº 8.245/91 dispõem sobre os requisitos para propositura da ação renovatória.

A meu ver assiste razão ao apelante de forma parcial. Isto porque de fato a sentença é omissa com relação a incidência dos juros moratórios da diferença dos alugueis, sendo certo que neste caso os mesmos devem ser contados do trânsito em julgado e não da citação como quer a apelante.

Nesse sentido é farta a jurisprudência:

Vigésima Segunda Câmara Cível Apelação Cível nº. 0489676-03.2011.8.19.0001. Apelante (1): TNG Comércio de Roupas LTDA. Apelante (2): CIMA Empreendimentos do Brasil LTDA (Recurso Adesivo) Apelados: Os mesmos. Relatora: Des. ODETE KNAACK DE SOUZA. ACÓRDÃO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO RENOVATÓRIA. LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. LOJAS LOCALIZADAS EM *SHOPPING CENTER*. PRESENÇA DOS REQUISITOS QUE AUTORIZAM A RENOVAÇÃO DO CONTRATO. DISCUSSÃO QUANTO AO VALOR. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO. UTILIZAÇÃO DO MÉTODO COMPARATIVO PLENAMENTE ACEITO PELA JURISPRUDÊNCIA. O AUXILIAR DO JUÍZO ELABOROU OS CÁLCULOS UTILIZANDO-SE DE TAL MÉ-

TODO, CHEGANDO-SE AO VALOR DO ALUGUEL ATRAVÉS DA COMPARAÇÃO DIRETA COM OUTROS SEMELHANTES, POSICIONADOS NA MESMA ÁREA DE INFLUÊNCIA DO IMÓVEL AVALIANDO, BENEFICIANDO-SE DO MESMO PÚBLICO E USUFRUINDO IGUALMENTE DE TODAS AS VANTAGENS DA INFRAESTRUTURA EMPRESARIAL QUE O SHOPPING PROPORCIONA. COBRANÇA DAS DIFERENÇAS NOS PRÓPRIOS AUTOS DA AÇÃO RENOVATÓRIA. ART. 73 DA LEI Nº 8.245/91. NORMA COGENTE QUE, CONSEQUENTEMENTE, INDEPENDE DE PEDIDO DO AUTOR OU DO RÉU. NÃO SE TRATA, ASSIM, DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS, TAL COMO SE EXIGE NA AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO, EM QUE A COBRANÇA DOS ALUGUÉIS, NOS MESMOS AUTOS, É FACULDADE DO LOCADOR. QUANTO AOS JUROS, CONFORME ENTENDIMENTO CONSAGRADO PELO STJ, A MORA SOMENTE SE CARACTERIZA A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PROFERIDA NA AÇÃO REVISIONAL/RENOVATÓRIA, MOMENTO EM QUE SURGE A OBRIGAÇÃO DE PAGAR AS DIFERENÇAS DE ALUGUEIS, MOTIVO PELO QUAL DEVE SER O TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS. ENTENDIMENTO AMPLAMENTE SEGUIDO NESTA CORTE. PRIMEIRO RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. SEGUNDO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

Quarta Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0064649-76.2017.8.19.0000.

AGRAVANTE: ARLUCA COMERCIO DE ROUPAS LTDA. AGRAVADO: ESPOLIO NOE SOARES DANTAS REP/P/S/ INVENTARIANTE CARMITA ANTUSIA DANTAS. RELATORA: DESEMBARGADORA MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA COSTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RENOVATÓRIA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO AGRAVADA QUE REJEITA IMPUGNAÇÃO O DEVEDOR, O QUAL OBJETIVAVA O EXPURGO DOS JUROS MORATÓRIOS APLICADOS A PARTIR DA CITAÇÃO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. INCONFORMISMO CALCADO EM PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE ESTADUAL, OS QUAIS ACENAM QUE A MORA SÓ SE CARACTERIZA A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PROFERIDA NA AÇÃO RENOVATÓRIA, MOMENTO EM QUE SURGE A OBRIGAÇÃO DE PAGAR AS DIFERENÇAS DE ALUGUÉIS, MOTIVO PELO QUAL ESTE DEVE SER O TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

No que toca a sucumbência a mesma foi recíproca, devendo os honorários serem pagos por cada parte ao advogado da parte contrária, nos termos do art. 85, § 14, do CPC.

Situação diametralmente oposta se dá com relação ao tópico de que o aluguel deve ser fixado na forma da inicial, pois este estaria em consonância com o mercado imobiliário.

Impende dizer o magistrado nomeou perito para aferir o valor do aluguel que iria vigorar no novo período locatício, sendo certo que foi oportunizado às partes o direito de se manifestar sobre o laudo, onde o vistor prestou os esclarecimentos necessários.

Registre-se, porquanto oportuno, que o ilustre *expert* utilizou de método comparativo para chegar ao justo valor de mercado, sendo certo que dito método é usualmente aceito em demandas que visam renovar a locação.

É de se ressaltar que, nesse ponto, a perí-

cia foi concluída com observância dos requisitos impostos pelo art. 473 do CPC/15, sendo certo que se encontra bem fundamentada, com linguagem acessível e coerente, sendo possível compreender-se a conclusão a que o perito chegou, incidindo no caso o Enunciado nº 155, deste sodalício.

"Mero inconformismo com as conclusões da prova pericial, desacompanhado de fundamentação técnica, não autoriza sua repetição".

Ademais cabe dizer que o perito como auxiliar do juízo é equidistante do interesse das partes, não sendo a mera insurgência dos litigantes, portanto, capaz de desqualificá-lo.

Afinado neste diapasão se orienta a jurisprudência deste egrégio Tribunal, *in verbis*:

Vigésima Terceira Câmara Cível. Apelação Cível: 0070335-17.2015.8.19.0001. APELANTE: SILVIO SANTOS DE OLIVEIRA. APELADOS: CEDAE - COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO e PRECE - PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DA CEDAE. RELATOR: DES. MARCOS ANDRÉ CHUT. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. APOSENTADORIA. COMPLEMENTAÇÃO PLANOS PRECE I E II. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO AUTORAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE A CEDAE E A PRECE QUE ENCONTRA PREVISÃO EXPRESSA NO ART. 58 DO ESTATUTO DESTA ENTIDADE. NO ENTANTO, NO MÉRITO, VERIFICA-SE A EXISTÊNCIA DE LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO PELA AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE NA COMPLEMENTAÇÃO DA APOSENTADORIA DO AUTOR. O LAUDO PERICIAL ENCONTRA-SE BEM FUNDAMENTADO, ELUCIDANDO SUFICIENTEMENTE AS QUESTÕES POSTAS AO SEU CRIVO, DE MODO QUE NÃO SE CARACTERIZA OMISSO OU CONTRADITÓRIO. ADEMAIS, TRATA-SE DE LAUDO ELABORADO POR PERITO DE CONFIANÇA DO JUÍZO E EQUIDISTANTE DO INTERESSE DAS PARTES, NÃO SENDO A MERA INSURGÊNCIA DOS LITIGANTES, PORTANTO, CAPAZ DE DESQUALIFICÁ-LO. IMPOSSIBILIDADE DE INTEGRAÇÃO DO INCREMENTO SALARIAL OBTIDO NA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA Nº 1.651/1992. O VALOR DA COMPLEMENTAÇÃO É DIRETAMENTE LIGADO AO VALOR DAS CONTRIBUIÇÕES REALIZADAS. NÃO HAVENDO CONTRIBUIÇÕES SOBRE AS DIFERENÇAS RECEBIDAS JUDICIALMENTE, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM INTEGRAÇÃO DO VALOR RECEBIDO POR DECISÃO JUDICIAL, SOB PENA DE VIOLAÇÃO DO EQUILÍBRIO ATUARIAL. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Vigésima Câmara Cível. Apelação Cível nº 0016987-34.2009.8.19.0021. APELANTE: NORIVAL JOSE DE SOUZA. APELADO: INSS INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. RELATOR: DES. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR. "APELAÇÃO CÍVEL. ACIDENTE DO TRABALHO. AUXÍLIO-ACIDENTE. Ação na qual persegue o autor a concessão do benefício de auxílio-acidente, desde a data de seu requerimento, em 03/08/2008. Conjunto probatório dos autos do qual se extrai não fazer jus o autor ao benefício acidentário, tendo em vista que a patologia apresentada não guarda relação com a atividade laborativa desenvolvida por ele, requisito este indispensável para concessão do benefício de auxílio-acidente, a teor do disposto no art. 86 da Lei nº 8.213/91. Laudo pericial que não se afigura contraditório ou inconsistente, como sustenta o recorrente, e sim conclusivo e suficientemente esclarecedor, o qual foi elaborado por perito de confiança do juízo e equidistante do interesse das partes, não havendo, na espécie, elementos capazes de desqualificá-lo.

Enunciado nº 155 da Súmula do TJRJ e precedentes desta E. Corte. Por fim, no que tange aos pedidos alternativos de concessão de auxílio-doença previdenciário ou de auxílio à reabilitação profissional, tal análise compete à Justiça Federal, consoante o disposto no inciso I, do artigo 109, da Constituição Federal. Sentença mantida. Desprovimento do recurso."

Em tais condições, voto no sentido de conhecer do recurso e a ele dar parcial provimento, mantendo quanto ao mais a sentença tal como lançada.

Rio de Janeiro, 31 de julho de 2018.

DES. JAIME DIAS PINHEIRO FILHO
Relator

OBRA DE ARTE. DOAÇÃO À ABL. DESAPARECIMENTO. VIOLAÇÃO AO DIREITO MORAL DO AUTOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. TEORIA DA *ACTIO NATA*. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. SENTENÇA REFORMADA.

Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória. Direito moral do autor. Aplicação do viés subjetivo da Teoria da *Actio Nata*. Prescrição afastada. Obra de arte doada à Academia Brasileira de Letras que desapareceu. Violação ao direito moral do autor de ter acesso ao exemplar de sua obra. Dano moral. Dever de informar a localização da tela. Reforma da sentença.

1. Em um primeiro momento, a jurisprudência do Eg. STJ aplicava o prazo prescricional trienal com base no disposto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil às pretensões de ressarcimento por violação a direito do autor fundadas em ilícitos extracontratuais, reservando o prazo prescricional decenal àquelas fundadas em ilícitos contratuais. Nos acórdãos mais recentes, contudo, aquela Corte Superior tem aplicado o prazo prescricional trienal a qualquer pretensão de reparação civil fundada em violação a direito autoral, pouco importando se se trata de ilícito contratual ou extracontratual.

2. Assim, assiste razão ao sentenciante quando afirma que deve ser aplicado ao caso o prazo prescricional trienal. Não obstante, equivocou-se o d. magistrado quanto ao termo inicial da prescrição.

3. Isso porque apesar do disposto no art. 189, do Código Civil, o ordenamento jurídico vigente reconhece a aplicabilidade do viés subjetivo da teoria da *Actio Nata*, especialmente com a valorização da informação decorrente do princípio da boa-fé.

4. A teoria da *Actio Nata* subjetiva preconiza que o termo inicial do prazo prescricional ocorre tão somente a partir do conhecimento da violação ou lesão ao direito subjetivo pelo respectivo titular.

5. No caso, o Juízo de Primeiro Grau considerou o e-mail datado de 27/10/2011 (f. 20) como o termo inicial de fluência do prazo prescricional. Note-se, porém, que tal documento não demostra a ciência inequívoca do demandante quanto ao desaparecimento da obra, pois no aludido documento consta apenas o questionamento do autor quanto à informação do Sr. Ancelmo Maciel, Chefe de Museologia da ABL, no sentido de que nunca teria visto a obra e que ela não se encontrava na reserva técnica da ABL.

Com efeito, o demandante apenas tomou conhecimento inequívoco do sumiço da tela por ocasião da resposta ao Ofício enviado pela Defensoria Pública, f. 29/30, em que a ré reconheceu o recebimento do quadro por meio de doação e a não localização da obra, sendo certo que como o documento de f. 29/30 possui data de envio em 24/04/2012, a pretensão não está tingida pela prescrição, pois a demanda foi ajuizada em 26/03/2015.

Desse modo, rejeitando-se a prejudicial

de prescrição, deve ser reformada a sentença, e nos termos do art. 1.013, § 4º, do CPC, passo a julgar o mérito.

6. No mérito, a recorrida sustenta que não pode ser responsabilizada pelo desaparecimento da obra de autoria do recorrente, em razão da doação pura por ele realizada em 1983, fato incontroverso.

7. Ocorre, porém, que como se trata de uma obra de arte, não se pode confundir o aspecto patrimonial do bem doado - que pode ser disponível - com o direito moral do autor - o qual é caracterizado pela sua indisponibilidade, nos termos do disposto no art. 27, da Lei nº. 9.610/98, já que se trata de direito afeto à sua personalidade.

8. Sendo assim, ao efetuar a doação do quadro, o recorrente não se desvinculou da sua criação, e nem poderia fazê-lo, pois, repita-se, cuida-se de direito indisponível. A doação, por certo, compreendeu apenas o direito de exposição ao público (previsto no art. 77, da Lei nº 9.610/98), bem como os direitos patrimoniais da tela.

9. Ademais, nos termos do art. 24, inciso VII, da Lei de Direitos Autorais, constitui direito moral do autor ter acesso a exemplar da obra, a fim de preservar a sua memória e identidade, valores superiores aos interesses patrimoniais do detentor do bem.

10. Desse modo, uma vez violado o aludido direito moral do autor, e tendo em vista que a recorrida não se desincumbiu do ônus de demostrar qualquer excludente de responsabilidade, pois ela sequer fez o Registro de Ocorrência policial para noticiar eventual furto da tela - fato que elidiria o nexo causal -, forçoso reconhecer o dever de reparar o dano causado ao recorrente.

Ora, parece inegável que tal fato provocou sofrimento e angústia, atentando contra a dignidade da pessoa humana, ou caso se prefira, a um direito fundamental da personalidade, gerando, assim, o dever de indenizar. *Quantum* indenizatório arbitrado em R$ 10.000,00.

11. Condenação da recorrida na obrigação de informar, no prazo de 30 dias, a localização da obra "Vitória de Dom Quixote em Papiro", sob pena de multa diária de R$ 500,00, limitada ao valor de R$ 30.000,00.

12. Provimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº. 0094090-70.2015.8.19.0001, em que é Apelante Luis Hector Pedrini e Apelada Academia Brasileira de Letras,

Acordam os Desembargadores que compõem a Vigésima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em dar provimento ao recurso de Apelação Cível. Decisão unânime.

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c responsabilidade civil em que o autor objetiva compelir à ré a apresentar a localização de sua obra, sob pena de multa diária, bem como ao pagamento de indenização por dano moral.

O demandante alega, em síntese, que é um renomado artista plástico e em 1982, expôs sua obra intitulada "Vitória de Dom Quixote em Papiro" na Academia Brasileira de Letras, fato considerado pela crítica da época como o acontecimento artístico mais importante daquele ano; que com o objetivo de ter a sua obra em um local de destaque, doou o quadro à ré em 05 de maio de 1983; que a ré manteve a pintura em seu espaço por mais de 10 anos, porém de modo inesperado, foi surpreendido com o sumiço da sua obra.

Devidamente citada, a ré alega, em suma, que os pedidos devem ser julgados improcedentes, porque o autor objetiva desfazer uma doação pura, sendo que tal pretensão encontra-se prescrita; que não praticou qualquer ato ilícito a ensejar sua condenação ao pagamento de

indenização a título de dano moral.

A sentença acolheu a prejudicial de prescrição, sob o fundamento de que a Lei nº 9.610/98 não especifica prazo prescricional em relação aos direitos autorais, sendo assim, na lacuna da lei, deve ser aplicado o prazo trienal previsto no Código Civil - porque se trata de uma pretensão de reparação civil, sendo o prazo prescricional de três anos, conforme o art. 206, §3º, V, Código Civil. Afirmou o Juízo de Primeiro Grau que como o único documento que demonstra que o autor teve conhecimento do sumiço da sua obra é um e-mail datado de 27/10/2011 (f. 20), conclui-se que está configurada a prescrição da pretensão deduzida, já que o autor ajuizou a ação no ano de 2015.

Irresignada, a parte autora, ora apelante, interpôs recurso no qual sustenta, em síntese, que se equivocou o d. magistrado, pois referido e-mail não menciona em momento algum a certeza quanto ao paradeiro de sua obra, uma vez que a correspondência eletrônica de fls. 20, na qual afirma ter obtido informação do Sr. Ancelmo Maciel, Chefe de Museologia da ABL, foi no sentido de que nunca teria visto a obra e que não se encontrava na reserva técnica da ABL, fato que foi oficialmente comunicado pelo Sr. Anselmo Maciel em e-mail datado de 03/11/2011 (f. 20); que a certeza quanto ao desaparecimento de sua obra somente foi confirmada por ocasião da resposta ao ofício da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro de f. 29/30 onde há expresso reconhecimento do recebimento do quadro pela ABL por meio de doação e prestada a informação acerca da não localização da sua obra; que o documento de f. 29/30 possui data de envio em 24/04/2012, de modo que a pretensão não estaria atingida pela prescrição, pois a demanda foi ajuizada em 26/03/2015, e contado o prazo de 3 anos como fez o sentenciante, a data fulminante seria a de 23/05/2015, ou seja, há um lastro de 2 meses antes de se considerar a prescrição; que o direito moral do autor é imprescritível. No mérito, sustenta que a questão de fundo debatida está pautada nas normas da Lei nº 9.610/98, legislação referente aos direitos autorais e conexos, e que assegura ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou (art. 22); que o dano moral sofrido deriva do próprio ato ilícito violador de direito, pois considerado in re ipsa.

Contrarrazões prestigiam a sentença.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, o recurso deve ser conhecido.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer c/c indenização por dano moral em razão do sumiço da obra de arte "Vitória de Dom Quixote em Papiro".

Em um primeiro momento, a jurisprudência do Eg. STJ aplicava o prazo prescricional trienal com base no disposto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil às pretensões de ressarcimento por violação a direito do autor fundadas em ilícitos extracontratuais, reservando o prazo prescricional decenal àquelas fundadas em ilícitos contratuais. Confira-se:

"RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. ECAD. PRESCRIÇÃO. INCIDÊNCIA DO PRAZO PREVISTO NO ART. 206, §3º, V, DO CPC. JUROS DE MORA.

1. "O Código Civil de 2002 não trouxe previsão específica quanto ao prazo prescricional incidente em caso de violação de direitos do autor, sendo de se aplicar o prazo de 03 anos (artigo 206, § 3º, V) quando tiver havido ilícito extracontratual ou então o prazo de 10 anos (artigo 205), quando a ofensa ao direito autoral

se assemelhar a um descumprimento contratual, como na hipótese." (REsp 1.159.317/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, julgado em 11/03/2014, DJe 18/03/2014) 2. Jurisprudência do STJ no sentido de que os juros de mora, nas hipóteses de violação a direitos autorais, devem remontar à data em que cometida a infração ao direito.

3. Aplicação dessa orientação aos interesses perseguidos pelo ECAD, ante a clareza da Lei de Direitos Autorais (art. 68), prevendo que aquele que de obra autoral se utiliza deve providenciar a expressa e prévia autorização do titular, estando, em regra, em mora desde o momento em que a utiliza sem a autorização do autor.

4. O reconhecimento da sucumbência recíproca, pois ligado diretamente a fatos e provas, atrai o óbice da 7/STJ.

5. Caso concreto em que a pretensão de cobrança formulada pelo ECAD foi quase in totum acolhida.

6. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(REsp 1.313.786/MS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 08/05/2015) "

Nos acórdãos mais recentes, contudo, aquela Corte Superior tem aplicado o prazo prescricional trienal a qualquer pretensão de reparação civil fundada em violação a direito autoral, pouco importando se se trata de ilícito contratual ou extracontratual, *verbis* :

"RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. VIOLAÇÃO. ECAD. PRETENSÃO FUNDADA EM RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO TRIENAL. ART. 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL.

1. A cobrança em juízo dos direitos decorrentes da execução de obras musicais sem prévia e expressa autorização do autor envolve pretensão de reparação civil, a atrair a aplicação do prazo de prescrição de 3 (três) anos de que trata o art. 206, § 3º, V, do Código Civil, observadas as regras de transição previstas no art. 2.028 do mesmo diploma legal, não importando se proveniente de relações contratuais ou extracontratuais.

2. Recurso especial não provido.

(REsp 1.474.832/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 03/03/2017)"

Assim, assiste razão ao sentenciante quando afirma que deve ser aplicado ao caso o prazo prescricional trienal. Não obstante, equivocou-se o d. magistrado quanto ao termo inicial da prescrição.

Isso porque apesar do disposto no art. 189, do Código Civil, o ordenamento jurídico vigente reconhece a aplicabilidade do viés subjetivo da teoria da *Actio Nata*, especialmente com a valorização da informação decorrente do princípio da boa-fé.

A teoria da *Actio Nata* subjetiva preconiza que o termo inicial do prazo prescricional ocorre tão somente a partir do conhecimento da violação ou lesão ao direito subjetivo pelo respectivo titular.

Sobre o tema, trago à colação excerto da obra do professor FLÁVIO TARTUCE (*In* **Manual de Direito Civil**: volume único / Flávio Tartuce. 7. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. Páginas 209 e 210):

"Apesar do trecho final transcrito, constatasse que a lei, a jurisprudência e a própria doutrina têm levado em conta esse conhecimento para os fins de fixação do termo a quo da prescrição, construindo uma teoria da actio nata com viés subjetivo. Nessa esteira, JOSÉ

FERNANDO SIMÃO expõe que, "contudo, parte da doutrina pondera que não basta surgir a ação (*actio nata)*, mas é necessário o conhecimento do fato. Trata-se de situação excepcional, pela qual o início do prazo, de acordo com a exigência legal, só se dá quando a parte tenha conhecimento do ato ou fato do qual decorre o seu direito de exigir. Não basta, assim, que o ato ou fato violador do direito exista para que surja para ela o exercício da ação. Já aqui mais 'liberal', exige a lei o conhecimento pelo titular para que, só assim, se possa falar em ação e também em prescrição desta. O adjetivo 'liberal' utilizado por BRENNO FISCHER demonstra que, toda vez que a lei se afasta do termo inicial esperado pela segurança jurídica, qual seja, a existência de um fato ou a realização de um negócio ou ato, a doutrina reage mal. Se a prescrição tem por fundamento a segurança, por que se afastar dela?".

Cabe esclarecer que o próprio JOSÉ FERNANDO SIMÃO é favorável à adoção do parâmetro firmado no conhecimento da lesão nos casos de ilícito extracontratual. Segundo o jurista, "para fins de responsabilidade extracontratual, a noção de SAVIGNY de actio nata deve ser afastada. Em se tratando de direito disponível no qual não houve negligência ou inércia do titular do direito que desconhecia a existência do próprio crédito e, portanto, a possibilidade de exercício da pretensão, o prazo prescricional só se inicia com o efetivo conhecimento. A afirmação do autor de que a prescrição da ação começa, então, imediatamente após a perpetração do delito, pois há negligência desde que a pessoa lesada demore em propor a ação, não reflete a realidade, mormente em tempos atuais de danos múltiplos que só são conhecidos com o passar do tempo".

Na mesma esteira, da clássica e definitiva obra de CÂMARA LEAL, retira-se trecho em que o doutrinador demonstra a injustiça da análise meramente objetiva quanto ao termo a quo do prazo prescricional. Em outras palavras, sustenta o doutrinador a ideia de actio nata subjetiva com as seguintes palavras: "Discute-se, no campo da doutrina, se a prescrição é um fenômeno puramente objetivo, decorrendo o seu início do fato da violação, que torna a ação exercitável, independentemente da ciência ou conhecimento do titular, ou, se é um fenômeno também subjetivo, ficando o início da prescrição dependendo da condição de que seu titular tenha conhecimento da violação. SAVIGNY é pela doutrina objetiva, dizendo: 'Se se subordina o ponto de partida da prescrição ao fato da violação que a ação é chamada a combater, este início tem uma natureza puramente objetiva, pouco importando que o titular tenha, ou não conhecimento desta. Não nos parece racional admitir-se que a prescrição comece a correr sem que o titular do direito violado tenha ciência da violação. Se a prescrição é um castigo à negligência do titular - *cum contra desides homines*, *etsui juris contentores*, *odiosa exceptiones oppositae sunt* -, não se compreende a prescrição sem a negligência, e esta certamente não se dá, quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação.

Nosso Cód. Civil, a respeito de diversas ações, determina expressamente o conhecimento do fato, de que se origina a ação, pelo titular, como ponto inicial a prescrição". Realmente, a tese da actio nata com viés subjetivo é mais justa, diante do princípio da boa-fé, especialmente com a valorização da informação derivada desse regramento. Como bem salientam

CRISTIANO CHAVE DE FARIAS e NELSON ROSENVALD, "a tese da actio nata, reconhecida jurisprudencialmente, melhor orienta a questão. Efetivamente, o início da fluência do prazo prescricional deve decorrer não da violação, em si, de um direito subjetivo, mas, sim, do conhecimento da violação ou lesão ao direito subjetivo pelo respectivo titular. Com isso, a boa-fé é prestigiada de modo mais vigoroso, obstando que o titular seja prejudicado por não ter tido conhecimento da lesão que lhe foi imposta. Até porque, e isso não se põe em dúvida, é absolutamente possível afrontar

o direito subjetivo de alguém sem que o titular tenha imediato conhecimento".

No caso, o Juízo de Primeiro Grau considerou o e-mail datado de 27/10/2011 (f. 20) como o termo inicial de fluência do prazo prescricional. Note-se, porém, que tal documento não demostra a ciência inequívoca do demandante quanto ao desaparecimento da obra, pois no aludido documento consta apenas o questionamento do autor quanto à informação do Sr. Ancelmo Maciel, Chefe de Museologia da ABL, no sentido de que nunca teria visto a obra e que ela não se encontrava na reserva técnica da ABL.

Com efeito, o demandante apenas tomou conhecimento do sumiço da tela por ocasião da resposta ao Ofício enviado pela Defensoria Pública, f. 29/30, em que a ré reconheceu o recebimento do quadro por meio de doação e a não localização da obra, sendo certo que como o documento de f. 29/30 possui data de envio em 24/04/2012, a pretensão não está atingida pela prescrição, pois a demanda foi ajuizada em 26/03/2015.

Desse modo, rejeitando-se a prejudicial de prescrição, deve ser reformada a sentença, e nos termos do art. 1013, § 4º, do CPC, passo a julgar o mérito.

Assiste razão ao apelante.

A recorrida sustenta que não pode ser responsabilizada pelo desaparecimento da obra de autoria do recorrente, em razão da doação pura por ele realizada em 1983, fato incontroverso.

Ocorre, porém, que como se trata de uma obra de arte, não se pode confundir o aspecto patrimonial do bem doado - que pode ser disponível - com o direito moral do autor - o qual é caracterizado pela sua indisponibilidade, já que se trata de direito afeto à sua personalidade, fato reconhecido pelo disposto no art. 27, da Lei nº 9.610/98, *verbis*:

"Art. 27. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis."

A doutrina mais abalizada, de igual modo, reconhece que o direito moral do autor ostenta a natureza de direito da personalidade, como se infere das lições do jurista CARLOS ALBERTO BITTAR (*In* **Direito de Autor** - 6 ed. Ver., atual. E ampl. Por Eduardo C. B. Bittar - Rio de Janeiro: Forense, 2015. Páginas 69 e 70):

"Os direitos morais são os vínculos que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade. E isso, porque, toda obra é criação única do espírito e da cultura. Como os aspectos abrangidos se relacionam à própria natureza humana, e desde que a obra é emanação da personalidade do autor - que nela cunha, pois, seus próprios dotes intelectuais -, esses direitos constituem a sagração, no ordenamento jurídico, da proteção dos mais íntimos componentes da estrutura psíquica do seu criador.

(...)

Características fundamentais desses direitos são: a pessoalidade; a perpetuidade; a inalienabilidade; a imprescritibilidade; e a impenhorabilidade. De início, são direitos de natureza pessoal, cabível a ideia para as pessoas jurídicas, inserindo-se nessa categoria direitos de ordem personalíssima; são também perpétuos ou perenes, não se extinguindo jamais; são inalienáveis, não podendo, pois, ingressar legitimamente no comércio jurídico, mesmo se o quiser criador, pois deles não pode dispor; são imprescritíveis, comportando, pois, exigência por via judicial a qualquer tempo; e, por fim, são impenhoráveis, não suportando, pois, constrição judicial (a lei fala em inalienabilidade e irrenunciabilidade, art. 27, realçando,

em outro passo, a inacessibilidade dos direitos - art. 49, inciso I).

Observe-se, pois, com rígida qualificação dos direitos em causa, que, por toda a vida, a marca pessoal do autor acompanha a sua criação, persistindo *ad aeternitatem* com a sua morte, e mesmo depois de esgotada a exclusividade patrimonial, ou sofrida adaptação para outro gênero (que, por si, não afeta o direito moral, eis que importa em adoção de forma outra, com linguagem própria e concretizada em obra independente, como é o caso do direito conexo).

Portanto, eventuais contratos que envolvam esses direitos serão, por ofensa às normas de ordem pública que os regem, despidos de qualquer eficácia, submetida, então, à própria vontade do titular. Serão nulos."

Sendo assim, ao efetuar a doação do quadro, o recorrente não se desvinculou da sua criação, e nem poderia fazê-lo, pois, repita-se, cuida-se de direito indisponível. A doação, por certo, compreendeu apenas o direito de exposição ao público (previsto no art. 77, da Lei nº 9.610/98), bem como os direitos patrimoniais da tela. Segundo as precisas palavras do jurista JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO:

"Não há nenhuma transmissão do direito do autor, que permanece com o criador intelectual, há apenas a alienação do suporte material. O que acontece é que uma faculdade de direito de autor é transmitida com a alienação da obra." (*In* **Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra Editora Limitada. 1992. Página 493)

Ademais, nos termos do art. 24, inciso VII, da Lei de Direitos Autorais, constitui direito moral do autor o acesso a exemplar da obra, a fim de preservar a sua memória e identidade, valores superiores aos interesses patrimoniais do detentor do bem. Confira-se:

"Art. 24. São direitos morais do autor:
(...)

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado."

Desse modo, uma vez violado o aludido direito moral do autor, e tendo em vista que a recorrida não se desincumbiu do ônus de demostrar qualquer excludente de responsabilidade, pois ela sequer fez o Registro de Ocorrência policial para noticiar eventual furto da tela - fato que elidiria o nexo causal -, forçoso reconhecer o dever de reparar o dano causado ao recorrente.

Ora, parece inegável que tal fato provocou sofrimento e angústia, atentando contra a dignidade da pessoa humana, ou caso se prefira, a um direito fundamental da personalidade, gerando, assim, o dever de indenizar.

Considerando os critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, em vista de casos análogos e observância ao seu aspecto compensador ao que se atribui até mesmo um componente punitivo, em vista das circunstâncias do caso concreto, cabível fixar a verba no importe de R$ 10.000,00.

Ante o exposto, voto pelo provimento do recurso, para reformar a sentença e julgar procedentes os pedidos, a fim de condenar a apelada: (i) na obrigação de fazer, consistente em informar no prazo de 30 dias a localização da obra "Vitória de Dom Quixote em Papiro", sob pena de multa diária de R$ 500,00, limitada ao valor de R$ 30.000,00; (ii) ao pagamen-

to de indenização por dano moral no valor de R$ 10.000,00, com acréscimo de juros desde a citação e de correção monetária a partir desta data. Com fulcro no art. 85, §11 do CPC condeno a recorrida ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios no importe de 15% sobre o valor da condenação, a serem revertidos CEJUR.

Rio de Janeiro, 16 de maio de 2018.

DES. MARCOS ALCINO AZEVEDO TORRES
Relator

PARTILHA DE IMÓVEL ENTRE HERDEIROS. COPROPRIETÁRIOS. POSSE DURANTE 20 ANOS. ALEGAÇÃO DE USUCAPIÃO IMPROCEDENTE. AUSÊNCIA DE *ANIMUS DOMINI*. PAGAMENTO DE TAXA CONDOMINIAL. REPARO NA SENTENÇA. TUTELA ANTECIPADA MANTIDA.

Apelação cível. Direito civil. Ação de alienação judicial c/c extinção de condomínio c/c arbitramento de aluguel. Sentença de procedência. Apelação de ambas as partes. Tese defensiva de usucapião que se afasta. Não configuração dos requisitos legais. Inexistência de *animus domini* ao longo dos prazos prescricionais legais. Conhecimento, pelo réu, de que o imóvel haveria de ser partilhado entre os demais herdeiros de sua falecida irmã. Sobre as frações da propriedade cabíveis aos demais herdeiros e coproprietários. *Animus domini* que se afasta, diante da ausência de comprovação do exercício da posse sobre a coisa como se proprietário exclusivo fosse, aliado a tal circunstância a própria iniciativa do réu, oferecendo o pagamento de aluguel pelo uso exclusivo da coisa. De igual sentido, a ausência de impugnação dos demais herdeiros não pode ser interpretada como posse mansa e pacífica, dadas as peculiaridades do caso concreto, sobretudo a relação de parentesco existente entre as partes. Imóvel mantido em comunhão com os herdeiros dos antigos proprietários. Art. 1.206 c/c art. 1.238 do código civil. Taxa condominial que deve ficar a cargo somente do ocupante do imóvel. Precedentes jurisprudenciais. Provimento do recurso dos autores, para excluir sua condenação ao pagamento da taxa condominial. Desprovimento do recurso do réu.

Acordam os Desembargadores da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso dos autores, bem como negar provimento ao recurso do réu, nos termos do voto do Relator.

Adoto, na forma regimental, o relatório da sentença de f. 351/355, a seguir:

"Trata-se de ação com processo pelo rito comum ordinário proposta pelo Espólio de Fernanda Varzea Duarte e Espólio de Dilson José Duarte, devidamente representados, em face de Ricardo Varzea Duarte, objetivando em sede de tutela antecipada, o pagamento de 50% do valor locatício do imóvel, com sua confirmação ao final; a avaliação do imóvel e posterior venda em hasta pública. Junta documentos.

Como causa de pedir, alegam os inventariantes que são filhos de Fernanda Várzea Duarte e Dilson José Duarte. Afirmam que na forma do princípio da saisine, lhes foram transmitidos a posse e propriedade de todos os bens dos falecidos, seus herdeiros. Aduzem que são proprietários e comunheiros do imóvel descrito na inicial, na proporção de 50%, sendo os outros 50% destinados ao réu, irmão de Fernanda Várzea Duarte. Asseveram que 25% restou destinado a Fernanda e 25% a seu marido, Dilson. Alegam que o Réu, desde o falecimento de sua mãe, ficou residindo no imóvel que

coube a ele, bem como a sua irmã e cunhado, no entanto, jamais ofertaram qualquer proposta para os autores. Asseveram que tentaram um acordo na via extrajudicial, sem qualquer êxito. Juntam documentos.

Regularmente citado, o Réu apresenta contestação a f.73/86, na qual alega que a petição inicial é inepta e que adquiriu o imóvel através de usucapião, diante da prescrição aquisitiva. No mérito, afirma que não houve o oferecimento do imóvel para que fosse exercido o direito de preferência.

Afirma que possui 72 anos de idade e que não possui outro imóvel, residindo no mesmo desde 1979. Entende que adquiriu o bem por usucapião. Pugna pela improcedência do pedido. Junta documentos.

Réplica a f. 149/158.

Foram realizadas duas audiências de instrução e julgamento, nas quais foram colhidos os depoimentos de testemunhas de ambas as partes, conforme assentadas de f. 306 e 339.

As partes requereram a suspensão do feito, diante da possiblidade de acordo, no entanto, não lograram êxito em solucionar a questão de forma consensual."

O mérito foi enfrentado consoante o seguinte dispositivo:

"(...) Isto posto, defiro a tutela antecipada para determinar que o Réu pague a quantia de R$ 1.750,00 (mil setecentos e cinquenta reais), a título de aluguel para os Autores, a partir da propositura da ação, devendo o pagamento ocorrer até o dia 05 (cinco), de todo o mês. Fica o Réu, ainda, o encargo de pagamento das despesas de IPTU e manutenção referentes ao imóvel ocupado, sendo que o condomínio será pago por ambas as partes, o que pode ser abatido pelo Réu do valor do aluguel.

Julgo procedente o pedido para confirmar os efeitos da tutela antecipada e para determinar a alienação do bem imóvel após o trânsito em julgado, declarando extinto o condomínio, dividindo o valor da arrematação na proporção de 50% para os Autores e 50% para o Réu.

Condeno o Réu ao pagamento das despesas judiciais e honorários de sucumbência que fixo em 10% sobre o valor atribuído à causa (...)"

Inconformados, apelam os autores, a f. 427/438, requerendo a reforma parcial da decisão, para que seja afastada a sua condenação ao pagamento da taxa condominial, cabendo tal ônus ao réu, possuidor do imóvel.

O réu, por sua vez, interpôs recurso de apelação, a f. 410/425, repisando os argumentos lançados em sua peça de defesa. Aduz, ainda, o descabimento da tutela antecipada deferida. Pugna pela reforma da decisão, para que sejam julgados improcedentes os pedidos.

Contrarrazões apresentadas a f. 450/457 e 459/464.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, deve-se afastar a tese defensiva da usucapião, uma vez que, consoante a disciplina dos artigos 1.238 a 1.244 do Código Civil c/c o art. 183 da Constituição da República, sua configuração exige o exercício da posse mansa e pacífica ao longo do prazo prescricional aquisitivo legal. Por posse mansa e pacífica, leia-se a posse sem efetiva oposição do proprietário, a qual tem o condão de interromper o interregno de posse contínua necessário à aquisição da propriedade por usucapião.

Extrai-se dos autos que pretende o réu o reconhecimento da aquisição de domínio por usucapião, de um apartamento situado na Avenida Rainha Elizabeth da Bélgica, nº 601, apartamento 05, nesta Cidade, sustentando que encontra-se na posse do referido bem há mais

de vinte anos e que jamais sofreu qualquer reivindicação.

Com efeito, a doutrina e também a jurisprudência deste Tribunal tem admitido a possibilidade de que o condômino adquira a propriedade do imóvel comum através de usucapião, porém, desde que prove que vem exercendo a posse com exclusividade, pelo tempo necessário à usucapião do imóvel, e, principalmente, como se dono fosse.

Esta é a lição de BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO, *in* **Tratado de Usucapião**, Editora Saraiva, 1992, p. 284, *in verbis*:

"O herdeiro ou condômino que pretender usucapir contra os consortes precisa alegar e provar que cessou de fato a composse, estabelecendo-se posse exclusiva pelo tempo necessário à usucapião extraordinária, com os demais requisitos que esta requer".

Ocorre que, como restou incontroverso nos autos, cuida-se de imóvel herdado pelo réu, juntamente com sua irmã, Fernanda Várzea Duarte, e seu cunhado, Sr. Dilson Jose Duarte, estes últimos casados pelo regime da comunhão universal de bens, e que são também pais dos autores (Marcelo Várzea Duarte e Luciana Várzea Duarte), imóvel este que era de propriedade de Vera Várzea.

Conforme se depreende de f.15 vº (index 000016), foi averbado à matrícula do imóvel em questão, junto, ao 5º Ofício do RI da Capital, o formal de partilha conforme determinado nos autos do processo de inventário tramitado perante a 2ª Vara de órfãos e Sucessões desta Comarca, onde constam como co-proprietários o réu, juntamente com Fernanda Várzea Duarte e o Sr. Dilson José Duarte.

Após a morte da Srª. Fernanda Várzea, em 18/08/1997, ficaram como seus sucessores o viúvo, Sr. Dilson José Duarte, e seus dois filhos Marcelo Várzea Duarte e Luciana Várzea Duarte.

Ocorre que, com a morte do genitor destes últimos (Sr. Dilson José Duarte), em 17/04/2015, permaneceu o réu na mesma situação, detentor de 50% (cinquenta por cento) do bem, sendo que a outra metade, antes detida pelo casal Fernanda e Dilson, foi sucedida por seus filhos Marcelo Várzea Duarte e Luciana Várzea Duarte, na proporção de 25% para cada um.

Em detida análise das provas, pode-se concluir, de forma indubitável, que o réu é herdeiro de Vera Várzea juntamente com sua irmã Fernanda Várzea Duarte, ambas já falecidas, sendo certo que utilizava o imóvel em comunhão com sua falecida irmã e seu cônjuge Dilson José Duarte.

Necessário observar que, após a morte de Dilson José Duarte, a posse indireta sobre a metade do bem foi automaticamente transmitida aos autores, por força do art. 1.206 do Código Civil, sendo bastante provável que o exercício exclusivo da posse sobre a totalidade do bem, pelo réu, ocorreu por liberalidade dos demais coproprietários.

Em se tratando de usucapião de coisa comum, a utilização exclusiva da coisa por um dos proprietários costuma ocorrer por força de circunstâncias peculiares que envolvem as partes, como na hipótese em apreço, na qual o réu já era ocupante do imóvel na companhia de outras pessoas, todos envolvidos por relação de parentesco com os autores da ação, de forma que, a menos que o possuidor demonstre, com robustez, a existência de *animus domini* sobre a parte comum da coisa usucapienda, do que não cuidou o réu no caso em apreço, deve-se concluir pela ausência deste requisito, presumindo-se o exercício da posse mediante con-

sentimento dos coproprietários, por simples tolerância, que não pode representar posse exclusiva sem resistência.

Ademais, conforme se verifica, ao contrário, como se demonstrou nestes autos, o réu ofereceu o pagamento de aluguel pelo uso exclusivo da coisa e, segura e definitivamente, não se pode considerar tal atitude como própria daquele que se julga ou age como se proprietário fosse da coisa, suficiente à descaracterização do *animus domini*, requisito essencial ao reconhecimento prescrição aquisitiva, prevista no art. 1.238 do Código Civil.

Para corroborar, segue trecho da proposta de acordo constante de f. 344/345:

"(...) 1) o peticionante se compromete a pagar o valor de R$ 1.700,00 (mil e setecentos reais) a título de aluguel, referente aos 50% do imóvel, comprometendo-se a depositar a referida quantia todo dia 15 (quinze) de cada mês.

2) O pagamento da quantia de R$ 20.400,00 (vinte mil e quatrocentos reais), correspondentes a 12 alugueres do percentual de 50% do valor médio mensal de R$ 3.400,00. (12 meses x 3.400,00 (aluguel total) x 50% (propriedade) = R$ 20.400,00).

3) As partes convencionam que não ingressarão com qualquer ação relativamente ao objeto da presente lide, acordando ainda que o réu continuará na posse do imóvel até a data de seu falecimento, comprometendo-se a pagar os alugueres e despesas ordinárias do imóvel (condomínio + IPTU) nos termos de contrato de locação a ser assinado entre as partes, no valor mensal inicial descrito no item 1.

Assim, requer seja dada vista aos autores para que pronunciem sobre a proposta acima (...)"

Soma-se a isso, ainda, a prova testemunhal produzida, testemunha Faliny Barros, arrolada pelo próprio réu, que afirmou ter visto um dos coproprietários no referido imóvel, não sabendo, porém, se antes ou depois da morte dos seus genitores, ou seja, a prova dos autos não é suficiente para afastar o interesse dos autores pela posse do imóvel.

Por fim, impende observar as diversas trocas de e-mails dos autores, entre si e com os filhos do réu, ao longo dos anos, em especial aqueles compreendidos entre 2011 e 2015, antes mesmo da propositura da presente ação, com o propósito de firmarem um acordo de venda do imóvel, o que indica, ao contrário do que sustenta o réu, que este jamais comprovou, no curso do processo, a posse plena sobre a totalidade do imóvel, que sempre foi tolerada pelos demais herdeiros/coproprietários em razão dos laços familiares existentes, não caracterizada, assim, a demonstração de posse com *animus domini*, até porque o referido bem é fruto da herança advinda de seus antecessores e transmitida, posteriormente, ao demandado juntamente com os demais sucessores, não podendo agora querer se beneficiar dessa situação em detrimento destes últimos.

Sobre os atos de mera permissão ou tolerância, certo é que estes, por si sós, não induzem à caracterização da posse de forma a ensejar a usucapião, conforme dispõe o art. 1.208 do Código Civil, *verbis*:

"Art. 1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade."

Nesse sentido:

0028830-14.2009.8.19.0209 - Apelação - DES. JESSÉ TORRES - Julgamento:

28/03/2012 - Segunda Câmara Cível - AGRAVO INTERNO EMBARGOS DE TERCEIRO. EXCEÇÃO DE USUCAPIÃO ARGUIDA POR IRMÃ E CUNHADO DO EXECUTADO. IMPOSSIBILIDADE. TRÊS SÃO OS REQUISITOS ESSENCIAIS A QUALQUER MODALIDADE DE USUCAPIÃO: TEMPO, POSSE MANSA E PACÍFICA E *ANIMUS DOMINI*. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS. EMBARGANTES QUE SE CARACTERIZAM COMO DETENTORES, DADO QUE SE ENCONTRAM NO IMÓVEL EM VIRTUDE DE ATOS DE MERA PERMISSÃO OU TOLERÂNCIA (CC, ART. 1.208). SITUAÇÃO QUE NÃO PODE SER CONSIDERADA COMO POSSE *AD USUCAPIONEN*. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ QUE SE AFASTA, DADO QUE A INICIAL NARRA FATOS INCOMPATÍVEIS COM POSSE, A DEMONSTRAR FALTAR AOS AUTORES CORRETA APREENSÃO DO FENÔMENO JURÍDICO DA POSSE E SEUS REQUISITOS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Para corroborar os argumentos até aqui trazidos, vale transcrever trechos da sentença recorrida:

"(...)

Os herdeiros consentiram que o Réu permanecesse residindo no imóvel, sendo que desde o ano de 1999 e início de 2000, quando foi expedido o formal de partilha, objetivam solucionar a questão referente ao imóvel, sem qualquer êxito, conforme se verifica do depoimento da testemunha José Eduardo Maya (f. 307/308).

O fato é que não há que se falar em usucapião. Os autores se tornaram co-herdeiros do bem, não se podendo dizer que o réu, somente pelo fato de lá residir juntamente com seu pai e sua mãe, tinha a posse com *animus* de lá residir juntamente com seu pai e sua mãe, tinha a posse com animus domini, mas sim uma posse precária, posto que jamais foi proprietário."

Logo, diante da não caracterização do respectivo instituto porventura exercido ao longo dos prazos legais pertinentes, não merece acolhida a alegação defensiva de usucapião, sentido em que se posiciona a jurisprudência desse Tribunal, *in verbis*:

"AÇÃO DE USUCAPIÃO - REQUISITOS DO ARTIGO 550, DO CÓDIGO CIVIL/1916 - COPROPRIEDADE - POSSE MANSA, PACÍFICA E CONTÍNUA E COM *ANIMUS DOMINI* POR VINTE ANOS - AUSÊNCIA - PRESCRIÇÃO AQUISITIVA NÃO CONFIGURADA. NOS TERMOS DO ARTIGO 550, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916, AQUELE QUE, POR VINTE ANOS, SEM INTERRUPÇÃO, NEM OPOSIÇÃO, POSSUIR COMO SEU UM IMÓVEL, ADQUIRIR-LHE-Á O DOMÍNIO, INDEPENDENTEMENTE DE TÍTULO E BOA-FÉ QUE, EM TAL CASO, SE PRESUME, PODENDO REQUERER AO JUIZ QUE ASSIM O DECLARE POR SENTENÇA, A QUAL LHE SERVIRÁ DE TÍTULO PARA TRANSCRIÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. SE OS AUTORES TINHAM CIÊNCIA DE QUE A ÁREA PRETENDIDA PERTENCIA NÃO SÓ A ELES, MAS A OUTROS HERDEIROS, NÃO SE CONFIGURA A POSSE COM ANIMUS DOMINI, ESSENCIAL PARA A PRESCRIÇÃO AQUISITIVA"

024216-45.2013.8.19.0202 - Apelação - LÚCIA MARIA MIGUEL DA SILVA LIMA - DATA DE JULGAMENTO: 29/05/2018 - Décima Segunda Câmara Cível - APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS QUE CONCLUEM PELA AUSÊNCIA DE POSSE ANTERIOR PELA AUTORA/APELANTE, E TAMPOUCO DEMONSTRA A PRÁTICA DE ESBULHO PELAS RÉS/APELADAS E EM QUE DATA TAL ATO TERIA OCORRIDO. ARTIGO 333, I E 927 CPC/73,

ARTIGO 373, I E 561 DO NCPC. PRECEDENTES. POSSE PRECÁRIA DA AUTORA. DIREITO DE SAISINE. ATOS DE TOLERÂNCIA DOS HERDEIROS DE SEU FALECIDO MARIDO QUE NÃO INDUZEM À POSSE. ARTIGO 1.208 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE *ANIMUS DOMINI*. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Por certo, os herdeiros de Fernanda Várzea e Dilson Várzea nunca reivindicaram judicialmente a posse do bem acreditando que o réu vinha exercendo atos de conservação da propriedade, como também o fizeram os co-proprietários Fernanda Várzea e Dilson Várzea quando em vida.

No que toca à condenação dos autores ao pagamento da taxa condominial, merece reparo a sentença, uma vez que o bem em condomínio foi e continua sendo utilizado exclusivamente por um dos condôminos, em detrimento dos demais, sendo certo que tal despesa deve ser suportada exclusivamente por aquele que ocupa o bem e se beneficia do mesmo.

Nesse sentido:

0109595-67.2016.8.19.0001 - Apelação - DES(A). CARLOS JOSÉ MARTINS GOMES - JULGAMENTO: 12/06/2018 - Décima Sexta Câmara Cível - APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. AUTORES QUE BUSCAM A EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO DE BEM HERDADO DE SUA GENITORA. UM ÚNICO HERDEIRO QUE OCUPA EXCLUSIVAMENTE O IMÓVEL. SENTENÇA QUE ESTIPULA PAGAMENTO DE ALUGUEL E DETERMINA, AO ACOLHER RECONVENÇÃO, QUE OS AUTORES ARQUEM TAMBÉM COM AS DESPESAS DO BEM. (...) QUANDO O BEM EM CONDOMÍNIO FOR UTILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR UM DOS CONDÔMINOS, DETERMINADAS DESPESAS DEVEM SER SUPORTADAS EXCLUSIVAMENTE PELO MESMO. SOMENTE AQUELE QUE OCUPOU O BEM OBTEVE O BENEFÍCIO, EXCLUINDO OS OUTROS CONDÔMINOS. O FUNDAMENTO DESSE ENTENDIMENTO ESTÁ CONSUBSTANCIADO NA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA, ESTAMPADO NO ART. 884, DO CC. O GASTO COM A TAXA CONDOMINIAL DEVE FICAR A CARGO SOMENTE DO OCUPANTE DO IMÓVEL. DIFERENTEMENTE, AS DESPESAS RELATIVAS AO IPTU, TAXA DE INCÊNDIO E TAXAS EXTRAS DEVEM SER REPARTIDAS IGUALMENTE ENTRE TODOS OS CONDÔMINOS, EIS QUE DECORRENTES DA PROPRIEDADE, APLICANDO-SE O ART. 1.315, DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, PARA EXCLUIR DA CONDENAÇÃO IMPOSTA AOS AUTORES OS VALORES RELATIVOS À TAXA CONDOMINIAL, MANTENDO, NO MAIS, O JULGADO TAL COMO LANÇADO.

Por fim, deve-se manter a tutela deferida na sentença, uma vez reconhecido o direito dos coerdeiros à propriedade e posse da herança indivisível e que, por longos anos, foi usufruída por apenas um dos condôminos, tendo ficado os autores privados da fruição do bem, presentes, desta forma, os requisitos do art. 300 do NCPC/15.

Em face do exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso dos autores, para excluir sua condenação ao pagamento da taxa condominial, bem como negar provimento ao recurso do réu.

Rio de Janeiro, 01 de agosto de 2018.

DES. LUIZ HENRIQUE OLIVEIRA MARQUES
Relator

RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. MUNICÍPIO DE MESQUITA. PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DE VERBAS TRABALHISTAS. PAGAMENTO DE FGTS. RECURSO PROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA ATENDER NECESSIDADE DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. MUNICÍPIO DE MESQUITA. ARTIGO 37, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DE VERBAS TRABALHISTAS. SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS PARA CONDENAR O RÉU AO PAGAMENTO DA VERBA REFERENTE AO FGTS, NO PERÍODO DE 31/07/2008 A 31/08/2009, A SER DEFINIDA EM FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. IRRESIGNAÇÃO DO MUNICÍPIO RÉU. Demandante que firmou contrato temporário com a Secretaria Municipal de Administração - SEMAD - para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do artigo 37, inciso IX, da Constituição da República, exercendo a função de agente comunitário de saúde, no período de 14/08/2006 a 31/07/2007, sendo o mesmo prorrogado por igual período, com início em 01/08/2007 e término em 31/07/2008. Pacto novamente prorrogado até agosto de 2009. Contratação temporária que se prolongou no tempo por período superior ao legalmente previsto - 12 (doze) meses prorrogáveis por mais 12 (doze) meses -, descaracterizando a norma constitucional, a qual determina que, para que se considere válida a contratação temporária, é necessária a existência de excepcional interesse público e que o prazo da contratação seja determinado. Devida a extensão dos diretos sociais previstos no artigo 7º da Constituição da República a servidor contratado temporariamente, nos moldes do artigo 37, inciso IX, da Carta Magna, especialmente, quando o contrato é sucessivamente renovado. Jurisprudência pacífica do STF. Retificação da sentença, de ofício, para estabelecer que os honorários advocatícios impostos à Fazenda Pública sejam fixados por ocasião da liquidação do julgado, na forma do artigo 85, parágrafo 4º, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015. SENTENÇA QUE NÃO MERECE REFORMA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Vistos e examinados estes autos, de Apelação Cível nº 0093558-87.2012.8.19.0038, em que é Apelante: Município de Mesquita e Apelado: Adriano Macedo Papalardo.

Acordam os Desembargadores da Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso interposto, nos termos do voto do relator.

Trata-se de reclamação trabalhista, proposta por Adriano Macedo Papalardo em face de Município de Mesquita, objetivando o recebimento de férias, férias proporcionais, multa, aviso prévio, depósitos previdenciários e FGTS, bem como o pagamento de compensação por dano moral no valor de 65 (sessenta e cinco) salários-mínimos.

Contestação a f. 49/52 (pasta 000065).

Sentença prolatada pelo Juízo da 3ª Vara do Trabalho de Nova Iguaçu às f. 121/122vº (pasta 000138).

Recurso Ordinário interposto pelo Município de Mesquita (pasta 000146), o qual foi conhecido e provido para declarar a incompetência da Justiça do Trabalho e determinar

a remessa dos autos à Justiça Estadual (pasta 000170).

Despacho proferido a f. 156 (pasta 000186) declarando a nulidade de todos os atos praticados pelo Juízo da 3ª Vara do Trabalho de Nova Iguaçu, tendo em vista a incompetência do mesmo.

Gratuidade de justiça deferida a f. 161 (pasta 000191). Contestação a f. 166/182 (pasta 000198).

Sem manifestação, em réplica, da parte autora, conforme certificado a f. 202 (pasta 000240).

A sentença (pasta 000246) foi proferida nos seguintes termos, *in verbis*:

"... Não há que se falar em incompetência do Juízo, porquanto se trata de demanda que envolve relação jurídico-administrativa, de modo que não se está diante de competência da justiça laboral.

(...)

Da análise dos autos, observa-se que o vínculo jurídico entre autor e réu até a data de 31/07/2008 se afigura legítimo, porquanto estribado no termo de contratação a f. 53/63 que tem suporte na Lei Municipal nº.048/2001 e no princípio do concurso público.

Por outro lado, a partir de tal data, vê-se que já não mais existia vínculo entre a Administração Municipal e a parte autora, com o que se pode falar em nulidade até a data da saída do demandante, isto é, 08/2009 (f. 23 e 66/67).

(...)

Resta claro, portanto, que não se está diante de relação trabalhista. Logo, não incidem na hipótese as regras e verbas previstas na CLT, visto que este tipo de contratação se submete ao regime especial, que não gera vínculo trabalhista, afigurando-se improcedente a pretensão autoral de condenação do réu ao pagamento das verbas trabalhistas pleiteadas.

Todavia, tal raciocínio não se aplica ao FGTS, diante do que dispõe o art. 19-A da Lei nº 8.036/90, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 596.478/RR, sob o regime da repercussão geral

(...)

Deste modo, o pleito da parte autora deve ser reconhecida tão somente em relação ao FGTS.

Registre-se que não há que se falar em enriquecimento sem causa por parte da Administração Municipal, eis que, durante o período inválido, o demandante recebeu contraprestação aos seus serviços, férias, adicionais e gratificações, vide f. 66/67.

Cumpre destacar que a conclusão aqui assentada não afasta o direito do autor ao recebimento das verbas relativas ao 13º salário, férias e respectivo adicional, quando for reconhecido que o trabalhador fez jus ao recebimento da remuneração.

Com efeito, tais verbas não decorrem do contrato em si, mas são direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, assegurados no art. 7º, VIII e XVII da CRFB, de observância obrigatória por todos os empregadores, tanto do setor privado quanto do setor público.

(...)

Quanto à ocorrência de danas morais passíveis de compensação, tenho que se trata de mero aborrecimento, não tendo força para alcançar direitos da personalidade ou valor constitucionalmente protegido.

(...)

Ante ao exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para condenar a parte ré ao pagamento da quantia relativa o FGTS entre o período de 31/07/2008 a 31/08/2009, a ser definida em fase de liquidação de sentença JULGO IMPROCEDENTES os demais pedidos.

Diante da sucumbência recíproca, condeno a parte autora em metade das custas pro-

cessuais.

Não há condenação do réu em custas processuais, uma vez que o artigo 17, IX da Lei Estadual na 3.350/99, dispõe que os entes Estaduais e Municipais estão isentos do pagamento de tais despesas.

Quanto à obrigação do Município de pagar a taxa judiciária, tem-se que tal matéria foi pacificada através do Enunciado Sumular desta Corte de Justiça de n° 145, que deixa claro o fato de que tal benefício somente se dá ao ente público municipal na condição de autor da ação, pois, enquanto réu e vencido, deverá pagá-la

(...)

Assim, condeno o réu ao pagamento da taxa judiciária. Condeno o Município, ainda, ao pagamento de honorários sucumbenciais, que fixo em 10% do valor da condenação.

Como se trata de sucumbência recíproca, também condeno a demandante em honorários de sucumbência, que fixo em 10% do benefício econômico alcançado pela ré (vide enunciado 14 do ENFAM: "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), observada a gratuidade de justiça ...".

Recurso de apelação da parte ré (pasta 000254) tempestivo e isento de custas (pasta 000266).

Sustenta que o Juízo *a quo* fundamentou sua decisão no fato de que a inexistência de vínculo trabalhista entre as partes não seria suficiente para afastar o direito do demandante ao depósito de FGTS, com base no artigo 19-A da Lei nº 8.036/1990, em razão da decisão proferida pelo STF no RE 596.478. Alega que a decisão em questão foi prolatada em um caso em que o vínculo existente era regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, portanto, trabalhista, tanto é que o recurso extraordinário combateu acórdão prolatado pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Aduz que, no presente caso, o vínculo existente é jurídico administrativo, em razão de a relação ser regida pela Lei nº 8.745/1993, que regulamentou o disposto no inciso IX do artigo 37 da Constituição da República. Assevera que, dessa forma, é necessário fazer um *distinguishing* em relação ao precedente utilizado pelo Juízo *a quo* para fundamentar sua decisão.

Esclarece que, "com a edição da Emenda Constitucional 19 — apelidada carinhosamente de Emendão pelo Doutrinador CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO — havia caído o Regime Jurídico único e passou a ser admitida a contratação de servidores públicos regidos pela CLT. Esta emenda passou a produzir efeitos e inúmeros servidores foram contratados sob este novo regime até que o Supremo Tribunal Federal concedeu liminar na ADI 2.135, em 2 de agosto de 2007. Então, de 1998 — data da edição da Emenda Constitucional — até 2007 — data da sessão em que foi concedida a liminar pelo Supremo — a norma produziu efeitos. Dos efeitos produzidos surgiu a dúvida a respeito do direito de servidores, regidos pela CLT, fazerem jus ou não aos depósitos de FGTS. Isso foi resolvido pelo art. 19-A da Lei nº 8.036/90, acrescido pela Medida Provisória 2.164-41/01, que tentou solucionar o impasse. Não é o arcabouço jurídico do presente caso concreto, que trata de um servidor que não foi contratado pelo regime de CLT, tanto que a questão está sendo apreciada pela Justiça Comum Estadual. O que o Supremo Tribunal Federal fez no RE 596.478 invocado pelo Juízo a quo — foi apenas declarar a constitucionalidade do art. 19-A, que não abarca relações de contratação temporária pelo Ente Público com base no inciso IX, do art. 37 da Constituição

Federal. E isso decorrendo da própria sistemática do regime do FGTS".

Ressalta que a interpretação dada pelo STJ ao referido dispositivo, inclusive um ano após a decisão do STF no RE 596.478, foi no sentido de que "Não é devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho temporário efetuado com a Administração Pública sob o regime de 'contratação excepcional' tenha sido declarado nulo em razão da falta de realização de concurso público".

Destaca que o Juízo *a quo* baseou sua decisão em precedente do STF que julgou questão diversa daquela analisada nos presentes autos. Argumenta que, embora o artigo 19-A da Lei nº 8.036/1990 tenha sido declarado constitucional, ele não se aplica ao caso em tela, devendo a sentença ser revista para afastar a condenação do Município ao pagamento da verba referente ao FGTS, em razão de os servidores públicos não fazerem jus à mesma.

Requer que o presente recurso seja conhecido e provido, para excluir a condenação do Município ao recolhimento da verba relativa ao FGTS, em razão de o vínculo ser funcional e não trabalhista.

Manifestação do Ministério Público no sentido da remessa dos autos ao Tribunal de Justiça, para exame do juízo de admissibilidade recursal (pasta 000269).

Contrarrazões a f. 213/215 (pasta 000274), pelo desprovimento do presente recurso.

VOTO

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), o recurso interposto deve ser conhecido.

Cinge-se a controvérsia em verificar se a parte autora, contratada temporariamente pela Administração Pública Municipal, faz jus ao recebimento da verba referente ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

Como é cediço, os contratos administrativos de trabalho por tempo determinado estão previstos no artigo 37, inciso IX, da Constituição da República e visam o atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, nos seguintes termos, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer do Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...)

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

No âmbito da Administração Pública Municipal, a Lei nº 048/2001 dispõe sobre a contratação de pessoal, por prazo determinado, pela Administração Pública do Município de Mesquita para atender necessidade temporária e de excepcional interesse público. Tal contratação não estabelece vínculo trabalhista entre as partes, e sim, administrativo, sendo certo que o contratado atua na qualidade de servidor público sem vínculo de natureza trabalhista com o ente contratante.

Compulsando os autos, verifica-se que a parte autora firmou contrato temporário com a Secretaria Municipal de Administração - SE-

MAD - para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do artigo 37, inciso IX, da Constituição da República, exercendo a função de agente comunitário de saúde, no período de 14/08/2006 a 31/07/2007 (f. 16/18 - pasta 000020). O referido pacto foi prorrogado por igual período, com início em 01/08/2007 e término em 31/07/2008 (f. 19/21 - pasta 000020). Os contracheques acostados a f. 23 (pasta 000020) demonstram que o demandante exerceu, porém, sua função até agosto de 2009. A f. 39 (pasta 000020) constam os editais do processo seletivo público para preenchimento de vagas para cargo de agente comunitário de saúde.

Por oportuno, cabe destacar que a recontratação temporária para períodos subsequentes não implica reconhecimento da unicidade do contrato, sob pena de violação ao princípio constitucional da investidura do servidor por concurso público (artigo 37, inciso II, da Carta Magna), nem importa, por si só, na nulidade do contrato temporário inicialmente firmado.

No caso *sub judice*, a contratação temporária se prolongou no tempo, sendo prorrogada por período superior ao legalmente previsto - 12 (doze) meses prorrogáveis por mais 12 (doze) meses -, descaracterizando a norma contida no artigo 37, inciso IX, da Constituição da República, a qual determina que, para que se considere válida a contratação temporária, é necessária a existência de excepcional interesse público e que o prazo da contratação seja determinado.

A jurisprudência do STF é firme no sentido de que é devida a extensão dos diretos sociais previstos no artigo 7º da Constituição da República a servidor contratado temporariamente, nos moldes do artigo 37, inciso IX, da Carta Magna, especialmente, quando o contrato é sucessivamente renovado.

Confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. NULIDADE. DIREITO AO DEPÓSITO DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO - FGTS. RE 596.478-RG. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JULGAMENTO DE MÉRITO. 1. O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS é devido aos servidores temporários, nas hipóteses em há declaração de nulidade do contrato firmado com a Administração Pública, consoante decidido pelo Plenário do STF, na análise do RE 596.478-RG, Rel. para o acórdão Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 1/3/2013. 2. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: "REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA - PRAZO SUPERIOR AO ADMITIDO NA LEGISLAÇÃO PERTINENTE - NULIDADE DO ATO - FGTS - DIREITO AO RECOLHIMENTO - PRECEDENTE DO STF." 3. Agravo regimental DESPROVIDO". (RE nº 830.962 AgR/MG - Rel. Min. LUIZ FUX - Primeira Turma - Julgamento: 11/11/2014)

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO SERVIÇO PÚBLICO CONTRATAÇÃO EM CARÁTER TEMPORÁRIO - RENOVAÇÕES SUCESSIVAS DO CONTRATO - EXTENSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NO ART. 7º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - DIREITO AO DEPÓSITO DO FGTS - ORIENTAÇÃO QUE PREVALECE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RAZÃO DE JULGAMENTO FINAL, COM REPERCUSSÃO GERAL, DO RE 596.478/RR - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO". (RE nº 752.206/MG-AgR - Segunda Turma - Rel. Min. CELSO DE MELLO - DJe: 12/12/13)

Averbe-se o seguinte precedente do STJ:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL

CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. SUCESSIVAS RENOVAÇÕES DO CONTRATO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. DIREITO AOS DEPÓSITOS DO FGTS. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 29/09/2017, que julgara recurso interposto contra *decisum* publicado na vigência do CPC/2015. II. Na origem, trata-se de ação ordinária, ajuizada em desfavor do Estado de Minas Gerais, com o objetivo de obter a condenação do réu ao pagamento de FGTS, relativo aos períodos em que a parte autora laborou para a Administração Pública estadual, na condição de servidor público, efetivado pela Lei Complementar estadual 100/2007. III. No caso, o Tribunal a quo reconheceu que, no caso, houve contínua renovação do contrato temporário, com o intuito de burlar a regra constitucional do acesso ao serviço público mediante concurso público. Contudo, manteve a sentença de improcedência da ação, sob a tese de que os servidores contratados somente fazem jus aos direitos expressamente previstos no art. 39, § 3º, da Constituição Federal, dentre os quais não se insere o direito ao recolhimento dos valores relativos ao FGTS. IV. Na forma da jurisprudência do STJ, "o Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação extensiva ao Tema 191/STF, declarou que é devido o depósito do FGTS ao contratado temporário que teve prorrogações sucessivas. ARE 766.127 AgR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/3/2016, publicado em 18/5/2016. Ao julgar o Tema 308, a conclusão foi a mesma: contratação sem observância da regra de concurso público gera direito à percepção de FGTS (RE-RG 705.140, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 28/8/2014). Por seu turno, o Tema 916 ampliou a situação jurídica que legitima a percepção de FGTS, deixando claro que a contratação temporária, quando deixa de observar os preceitos constitucionais de regência (art. 37, IX, da CF), torna a contratação nula e autoriza o levantamento da citada rubrica. RE-RG 765.320, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 15/9/2016. Por qualquer ângulo em que se analise o tema em debate, observa-se que as diversas manifestações do STF seguiram a ótica de reconhecer o direito à percepção do FGTS quando evidenciada a nulidade da contratação efetuada pela administração pública, como na hipótese dos autos" (STJ, AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.536.362/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, DJe de 14/12/2017). No mesmo sentido: "O Superior Tribunal de Justiça realinhou sua jurisprudência para acompanhar o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, após o reconhecimento da constitucionalidade do art. 19-A da Lei nº 8.036/90 sob o regime da repercussão geral (RE 596.478/RR, Rel. para acórdão Min. DIAS TOFFOLI, DJe 28/2/2013), reconheceu serem 'extensíveis aos servidores contratados por prazo determinado (CF, art. 37, inciso IX) os direitos sociais previstos no art. 7º da Carta Política, inclusive o FGTS, desde que ocorram sucessivas renovações do contrato' (RE-AgR 752.206/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe 29/10/2013). Precedentes. Hipótese em que as instâncias ordinárias consignaram que houve renovações sucessivas do contrato" (STJ, AgInt no REsp 1.619.785/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe de 02/05/2017). Em igual sentido: STJ, REsp 1.640.959/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 18/04/2017. V. Tratando-se de matéria de direito, cujos fatos estão devidamente delineados no acórdão recorrido, revela-se inaplicável o óbice da Súmula 7/STJ, no caso concreto. VI. Estando o acórdão recorrido em dissonância com a orientação firmada por esta Corte, merece ser mantida a decisão ora agra-

vada, que deu provimento ao Recurso Especial da parte autora, a fim de julgar procedente a ação. VII. Agravo interno improvido". (AgInt no Resp nº 1.669.135/MG - Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES - Segunda Turma - Julgamento: 19/04/2018)

No mesmo sentido já se manifestou o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Agravo Interno no Recurso Extraordinário nº 0006749-94.2012.8.19.0038, em 21/04/2018, cuja fundamentação se transcreve, *in verbis*:

"No caso dos autos, como foi exposto na decisão agravada, a lide diz respeito a contrato nulo, cujas consequências financeiras de seu rompimento são as delineadas pelo Tema nº 191 do Supremo Tribunal Federal, objeto do RE nº 596.478/RR, no qual foi fixada a seguinte tese:

'É constitucional o art. 19-A da Lei nº 8.036/1990, que dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o direito ao salário.'

Segundo o acórdão lavrado no paradigma, reconheceu-se que, diante do vínculo contratual nulo, o trabalhador, por força da regra do artigo 37, §2º, da CF, não possui direito a quaisquer verbas rescisórias, ressalvado o pagamento do salário pelo período trabalhado e o depósito do FGTS, por força da regra excepcional do artigo 19A da Lei nº 8.036/1990 cuja constitucionalidade foi nele declarada.

E nem se diga que esse precedente somente se aplicaria a contratos de trabalho - e não aos administrativos temporários - declarados nulos. O próprio Supremo Tribunal Federal, em outras ocasiões, teve a oportunidade de declarar a aplicação da tese a qualquer tipo de vínculo nulo - contratual administrativo ou celetista

(...)

E assim, como se buscou demonstrar, sendo a discussão suscitada relativa a contrato temporário cuja nulidade é reconhecida em virtude de sua extensão além do termo previsto em lei, gera para o contratado o direito ao recolhimento do FGTS, estando o acórdão recorrido, neste aspecto, em consonância com o entendimento firmado pela Suprema Corte no Tema nº 191 ...".

Assim sendo, não merece reforma a sentença vergastada.

Por fim, cabe destacar que a sentença atacada foi prolatada em 24/03/2017 e o recurso interposto em 07/07/2017, ou seja, sob a vigência do Código de Processo Civil de 2015. Dessa forma, devem ser aplicadas ao caso em tela as normas previstas nesse diploma processual, eis que é a lei vigente ao tempo da interposição da presente apelação.

Dessa forma, merece pequeno reparo a sentença atacada no que se refere aos honorários advocatícios impostos à Fazenda Pública, devendo ser aplicada ao caso concreto a norma contida no artigo 85, parágrafo 4º, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015, *in verbis*:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários - mínimos;

III – mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

(...)

II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;

Dessa forma, a definição do percentual devido a título de honorários advocatícios deverá ocorrer em sede de liquidação de sentença.

Por tais motivos, voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto, mantendo-se a sentença vergastada por seus próprios fundamentos; e, de ofício, retificar a sentença para estabelecer que os honorários advocatícios impostos à Fazenda Pública sejam fixados por ocasião da liquidação do julgado, nos termos do artigo 85, parágrafo 4º, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

Rio de Janeiro, 12 de junho de 2018.

DES. JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI
Relator

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CICLISTA. ATROPELAMENTO POR CAMINHÃO. MENOR DE TENRA IDADE. VÍTIMA FATAL. AUSÊNCIA DE PROVA DA CULPA DO MOTORISTA. PREPOSTO DO MERCADO. DANOS MORAIS E MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Apelação. Ação indenizatória. Acidente de trânsito. Atropelamento de ciclista por caminhão. Vítima fatal, menor impúbere. Responsabilidade civil extracontratual. Nexo causal. Prova. Ausência. Sentença proferida em 03/09/2016 (f. 320 vº). Considerando-se que a sua publicação se deu em 15/09/2016, ou seja, quando já em vigor o Código de Processo Civil, ao julgamento do presente recurso aplicam-se as novas regras atinentes à matéria. Acidente de trânsito envolvendo caminhão de entrega de mercadorias de propriedade da empresa ré, a qual exerce a mercancia na forma de seus estatutos (f. 74), conduzido por preposto, e um ciclista, menor com tenros cinco anos de idade. Responsabilidade civil extracontratual. Inteligência dos arts. 186 e 927, do vigente Código Civil. Circunstâncias fáticas e conjunto probatório que evidenciam não ter sido comprovada a culpa do motorista do caminhão para a ocorrência do lamentável evento. Sentença de improcedência ante

a ausência de prova da culpa do preposto do réu. Descabimento da responsabilização (arts 932 e 933 do mesmo Código Civil). Apelação interposta pela mãe da vítima. Os mencionados dispositivos legais apontam para os fatos de que, no caso do art. 186, se exige a comprovação de culpa e, no caso do art. 927, e seu parágrafo único, ambos do Código Civil, se determina a indenização sem comprovação direta de culpa. Ou seja, a culpa, segundo a teoria objetiva, não se configuraria como um requisito. Forçoso é reconhecer que doutrina e jurisprudência divergem sobre a aceitação ou não da teoria do risco. Tem-se defendido tal teoria com o intuito de cada vez mais se proteger a vítima, de tão exponencial que vem sendo a multiplicação dos acidentes de trânsito contemporaneamente. Isso se fundamenta na ideia de que, apenas pelo fato de assumir a direção de um veículo automotor, o agente assume o risco de ver-se responsabilizado, no exercício desta atividade, pelos danos que venham a ser suportados por terceiros, e ser compelido a indenizar independentemente de culpa. Bem verdade é que, igualmente com o intuito de melhor proteger as vítimas, está-se cada vez mais se fundamentando no art. 927, e seu parágrafo único, do vigente Código Civil, este que determina a reparação do dano causado independentemente de culpa nos casos específicos em lei ou, quando a atividade normalmente exercida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem. A aplicação dos dispositivos legais supramencionados, até se justifica em razão de que toda a atividade de transporte implica em algum risco, seja para os contratantes do serviço, seja para terceiros que possam vir a ser atingidos. Não perseveram dúvidas quanto à questão da responsabilidade na concessão para o transporte de passageiros. Ou no caso de transportes de cargas com alto teor de periculosidade. Quanto ao transporte de mercadorias, como ocorre no caso em relação ao réu, até se considera que aquele que explora habitualmente atividade empresarial de transporte por meio de caminhões, está permanentemente gerando situação de risco para terceiros que se deslocam pelas rodovias e estradas do país, bastando, dessa forma, a demonstração do dano e do nexo de causalidade para emergir o dever de indenizar. Impõe-se ressaltar, contudo, que, para configuração de tal responsabilidade seja indispensável que se verifique a presença simultânea de seus elementos essenciais, quais sejam: a ocorrência do dano; da culpa, do dolo ou má-fé do ofensor; e, do nexo causal entre a conduta ofensiva e o prejuízo da vítima, de modo que, não estando evidenciada a culpa do réu pelo evento danoso, não será devida indenização. O ordenamento jurídico brasileiro, para efeitos de atribuição de responsabilidade civil, a teoria clássica adotada foi a subjetiva, como se pode verificar no mencionado art. 186 do Código Civil. O dano decorrente do trágico acidente que ceifou a vida da criança, filho da autora, estaria sedimentado. Mas, em relação ao nexo de causalidade, este restou impugnado de forma contundente pelo réu. O infortúnio, consistente no atropelamento e morte da criança, assim ceifada em sua tênue existência, não teve autoria comprovada, conforme foi avaliado pelo sentenciante, vindo daí a improcedência do pedido por não haver prova segura de que foi o motorista do caminhão que agiu de forma ilícita, no caso, negligentemente não cuidando de observar a atuação do pequeno ciclista trafegando ou depois de dar partida no caminhão. A prova dos autos, consistente em depoimentos e laudo de local inconclusivos, não permite segura conclusão a respeito da responsabilidade pelo acidente, se da vítima, se do réu ou, mesmo, se de ambos. Buscar o desenvolvimento de teses para além dos fatos analisa-

dos no âmbito não se sustenta como forma de se buscar a alteração do julgado. E, no caso, comprovou-se apenas a ocorrência de um acidente de trânsito e, como consequência dele, o lamentável óbito da criança, filho da autora, não tendo sido determinada, inclusive na parte técnico-policial, uma causa para a ocorrência do evento. E, nesse contexto, a improcedência do pedido era mesmo medida que se impunha. Precedentes jurisprudenciais. Destarte, porque deu adequada solução à lide, a sentença recorrida deve ser integralmente mantida. Honorários advocatícios pela sucumbência recursal arbitrados, com observância dos efeitos da gratuidade de justiça que foi concedida à autora. Recurso a que se nega provimento.

Vistos, relatados e decididos estes autos da Apelação Cível nº 0000800-26.2012.8.19.0059 em que é Apelante E.S.C. e Apelado O. Miranda Mendonça Auto Serviços Ltda.

Acordam os desembargadores que compõem a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Cuida-se de apelação cível (f. 321/343) interposta pela autora, E.S. C., contra a sentença de f. 319/320, proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Silva Jardim nos autos da ação indenização ajuizada em face de O. Miranda Mendonça Auto Serviços Ltda., objetivando a condenação deste no pagamento de indenização de danos morais e materiais em consequência do atropelamento e morte de seu filho, F.W.S.C.R., menor então com 5 (cinco) anos de idade, ocorrido por volta das 15h em 03/04/2012 (Certidão de Óbito de f. 25), tendo sido o *decisum* no sentido de julgar improcedente o pedido, com fulcro no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, condenando-a no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes que fixou em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, deixando suspensa a condenação, face a gratuidade de justiça concedida.

Em seu inconformismo, a autora reprisou as razões antes já expendidas, destacando que aqui se trataria de responsabilidade objetiva do réu, seja no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, seja no âmbito do Código Civil, ou seja, o réu responde independentemente de culpa, pelo que lhe caberia o dever de provar que a culpa pelo fatídico acidente foi exclusiva da vítima, do que o mesmo não cuidou, aduzindo ainda que foram quatro e distintas as versões cogitadas durante a instrução e que a perícia realizada concluiu que os veículos em causa (o caminhão e a bicicleta) se envolveram em acidente de trânsito, não sendo possível, entretanto, determinar uma causa para a ocorrência do evento, de todo modo restando controversa a versão do réu no confronto com a do laudo do local, concluindo, com a transcrição de trechos da prova oral produzida, ao afirmar que a vítima foi atropelada pela roda traseira interna, o que confirma a tese de que o atropelamento tenha ocorrido enquanto o caminhão transitava de marcha ré, posto que uma criança sobre uma bicicleta não conseguiria ultrapassar a roda traseira externa para ser atropelado pela roda traseira interna, tanto pela altura da própria criança acrescida da bicicleta, quanto pela altura do veículo, o que não permitiria que ela, a vítima, chegasse a tal local embaixo do caminhão, desta forma verificando-se que o evento só ocorreu porque o motorista, agindo sem qualquer prudência e atenção, imprimiu marcha a ré no caminhão, sem que o ajudante descesse do veículo para verificar se havia obstáculos na traseira, o que fatalmente tirou a vida do seu filho.

Daí postular a condenação do réu à indenização a título de dano material pela morte da

vítima, atentando pela idade na data do evento, expectativa de vida e seus vencimentos, bem como os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, até os 25 anos, no montante de R$ 102.423,49 (cento e dois mil e quatrocentos e vinte e três reais e quarenta e nove centavos) e dos 25 aos 79 anos, no montante de R$ 146.247,66 (cento e quarenta e seis mil e duzentos e quarenta e sete reais e sessenta e seis centavos), totalizando R$ 248.671,15 (duzentos e quarenta e oito mil e seiscentos e setenta e um reais e quinze centavos), assim como a indenização a título de danos morais, no correspondente a 500 (quinhentos) salários-mínimos atualizados até a época do efetivo pagamento.

Antes de qualquer análise, cumpre assinalar que, embora o feito tenha sido distribuído em maio de 2012, a sentença hostilizada foi proferida em 03/09/2016 (f. 320 vº). Assim, considerando-se que a publicação da sentença (em 15/09/2016), 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 fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC".

Presentes as condições recursais e os pressupostos legais, a apelação deve ser conhecida.

Consigne-se que o réu, ora apelado, arguiu em resposta preliminar em contrário à pretendida aplicabilidade do Código de defesa do Consumidor e, no mérito, rechaçou o que classificou de tentativa de induzimento a erro do juízo, a pretexto de que o mesmo teria retirado suposto tacógrafo que existiria em seu veículo antes da chegada da Polícia Técnica, destacando que tal acessório jamais existiu no bem móvel, e acrescentando que em verdade, no dia 03/04/2012, por volta das 15h, verificou-se no caso que o condutor do veículo não agiu de forma comissiva ou omissa. Asseverou (f. 53/55) que:

"(...) No dia 03 de abril de 2012, aproximadamente às 15h, o Sr. Nelson Moreira, motorista do veículo de propriedade da empresa ré, parou em frente à casa de seu colega de trabalho, Luciano Lopes da Silva (Dedé), para buscar informações de um determinado endereço para a realizar a entrega de mercadorias (Anexo 3).

Chegando no local, o ajudante do motorista, José Rodrigues da Costa, saltou do veículo para chamar o referido funcionário e foi informado pela vítima, que estava na porta da casa, que não tinha ninguém no local-Diante da ausência informada, retornou ao interior do veículo e relatou a informação ao Sr. Nelson, o motorista.

Uma vez informado que Dedé não se encontrava em sua residência, o motorista resolveu dar continuidade em suas entregas, nos endereços que eram do seu conhecimento. Assim que deu a partida no veículo e, assim que começou a andar, escutou um barulho, tendo a impressão de ter passado por cima de alguma coisa. Ato contínuo o motorista parou o veículo para verificar o que tinha causado o barulho.

Naquele momento, ele, o motorista, teve a pior visão de sua vida. Percebeu que havia involuntariamente atropelado uma criança. Ao verificar que a criança estava gravemente ferida, solicitou ao seu ajudante, José, e ao outro passageiro do veículo, Francisco Feliciano Sardinha, a quem estava "dando uma carona para que permanecessem no local até o seu retomo, já que iria buscar socorro. Para tanto, pensou em ir diretamente à sede da empresa ré, pois saberiam lhe dar a melhor orientação. Lá chegando, o motorista relatou a fatalidade

ocorrida, sendo orientado pelo Gerente de Loja, Ednaldo de Santana, que imediatamente se dirigisse à delegacia local para noticiar o ocorrido. Feita essa determinação, o referido gerente buscou socorro médico e encaminhou-se para o local do acidente e acompanhou todos os procedimentos que foram realizados.

Somente depois de algum tempo após a chegada de Ednaldo, chegaram ao local os responsáveis pela criança. Ou seja, ao que tudo indica, a vítima, criança de 5 (cinco) anos, estava totalmente sozinha, sem a supervisão de um responsável, brincando longe de sua residência, a uma distância de aproximados 3 (três) quarteirões (Anexo 4).

Depois de muito tempo, quando da realização da perícia no local do acidente, todos que acompanharam os trabalhos foram unânimes ao afirmar que quem deu causa ao infeliz evento foi a própria vítima, que "perdera o controle bicicleta quando descia uma pequena rampa da garagem da residência para a rua e entrando no vão dos dois eixos do caminhão' (Anexo 05) (...)".

Dessa forma restou definido o posicionamento de cada parte.

Desde logo tenho como irrefutável que aqui se trata de responsabilidade civil extracontratual, atraindo a incidência das normas contidas nos arts. 186 e 927, do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Observe-se o Código Civil, também, no que concerne à responsabilidade pela reparação civil:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Os mencionados dispositivos legais apontam para os fatos de que, no caso do art. 186, se exige a comprovação de culpa e, no caso do art. 927, e seu parágrafo único, ambos do Código Civil, se determina a indenização sem comprovação direta de culpa. Ou seja, a culpa, dentro da teoria objetiva, não se configuraria como um requisito.

A aplicação dos dispositivos legais supramencionados, até se justifica em razão de que toda a atividade de transporte (de cargas, de mercadorias, de pessoas), implica em algum risco, seja para os contratantes do serviço, seja para terceiros que possam vir a ser atingidos.

Não perseveram dúvidas quanto à questão da responsabilidade na concessão para o transporte de passageiros. Ou no caso de transportes de cargas com alto teor de periculosidade.

Quanto ao transporte de mercadorias, como ocorre no caso em relação ao réu, até se considera que aquele que explora habitualmente atividade empresarial de transporte por meio de caminhões, está permanentemente gerando situação de risco para terceiros que se deslocam pelas rodovias e estradas do país, bastando, dessa forma, a demonstração do dano e do nexo de causalidade para emergir o dever de indenizar.

Impõe-se nesse ponto ressaltar, contudo, que, para configuração da responsabilidade de indenizar, seja indispensável que se verifique a presença simultânea de seus elementos essenciais, quais sejam: a ocorrência do dano; da culpa, do dolo ou má-fé do ofensor; e, do nexo causal entre a conduta ofensiva e o prejuízo da vítima, de modo que, não estando evidenciada a culpa do réu pelo evento danoso, não será devida indenização.

Tem-se defendido a teoria do risco objetivo com o intuito de cada vez mais se proteger a vítima, de tão exponencial que vem sendo a multiplicação dos acidentes de trânsito contemporaneamente. Isso se fundamenta na ideia de que, apenas pelo fato de assumir a direção de um veículo automotor, o agente assume o risco de ver-se responsabilizado, no simples exercício desta atividade, pelos danos que venham a ser suportados por terceiros, e ser compelido, independentemente de culpa, a indenizar.

Bem verdade é que, igualmente com o intuito de melhor proteger as vítimas, está-se cada vez mais se fundamentando no art. 927, e seu parágrafo único, do vigente Código Civil, este que determina a reparação do dano causado independentemente de culpa nos casos específicos em lei ou, quando a atividade normalmente exercida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

Assim sendo, antecipa-se o entendimento contrário à pretensão da autora, esta deduzida no sentido de que a imputação da responsabilidade pelo acidente ao preposto da requerida está incorreta porque calcada em frágil conjunto probatório. Isso também porque ela pretende que por só se cuidar da hipótese de atropelamento de ciclista por motorista de caminhão, haveria presunção relativa de que, em se tratando de veículo de grande porte, teria sido deste a culpa pelo acidente, assim invertendo-se a lógica do ônus probatório.

A empresa ré tem por atividade "Comércio de Cereais, Produtos Alimentícios, Padaria, Açougue, Lanchonete, Comércio de Artigos de Bazar, Cosméticos, Doces, Bebidas, Brinquedos, Artigos de Papelaria, Artesanatos e Venda de Ração para Animais Doméstico e de Pequeno Porte, Supermercado" (f. 74).

Nesse sentido, torna-se interessante transcrever, por seu didatismo, o seguinte aresto, deste Tribunal de Justiça:

Responsabilidade Civil. Atropelamento por caminhão.

Responsabilidade subjetiva. Ausência de prova da culpa. Segunda apelação provida. Prejudicada a primeira apelação. 1. Dirigir um caminhão não configura a hipótese de responsabilidade objetiva prevista no art. 927, § único, CC. 2. Não é atividade de risco por sua natureza. 3. Em sendo a responsabilidade subjetiva, impõe-se à vítima a prova da culpa do autor do fato. 4. E, no caso vertente, não logrou demonstrá-la. 5. Segunda apelação a que se dá provimento, prejudicado o primeiro apelo. (Apelação Cível 0004097-34.2011.8.19.0202 - Décima Quinta Câmara Cível - Rel.: Des(a).

HORÁCIO DOS SANTOS RIBEIRO NETO - Julgamento: 15/12/2015).

Interessante é, também, verificar o que, a propósito do recurso especial interposto pela pessoa jurídica proprietária do caminhão a que se refere o aresto acima transcrito, foi definido no Superior Tribunal de Justiça pelo seu relator, o ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. *In verbis*:

Decido.

O recurso não merece prosperar.

Registro que o acórdão recorrido foi publicado antes da entrada em vigor da Lei nº 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme Enunciado Administrativo STJ nº 2/2016.

Por outro lado, quanto à alegada violação do art. 535, inciso II, do CPC/1973 (atual art. 1.022 do CPC/2015), constata-se ter a parte recorrente registrado inconformismo com a conclusão alcançada no acórdão vergastado sem que tenha logrado êxito em demonstrar qualquer vício que pudesse configurar violação ao apontado dispositivo legal.

Assim, não há omissão a ser sanada, senão julgamento contrário ao interesse da parte, o que não dá ensejo aos embargos de declaração. Nesse sentido:

(...).

No tocante ao mérito, o Tribunal local afastou a obrigação de indenizar do recorrido ao adotar a teoria da responsabilidade subjetiva na presente controvérsia, consoante se observa nos seguintes trechos do acórdão recorrido:

A atividade do segundo apelante, transportador de mercadorias - objeto social a f. 65, não é uma atividade que cause, por sua natureza, risco a terceiros. Não é uma atividade perigosa. Trata-se, em verdade, de atividade corriqueira na sociedade e que não descortina uma situação de risco além da existente em toda e qualquer atividade social.

Grife-se que não há, no caso vertente, comprovação de que a carga transportada consistisse em carga perigosa.

Destarte, a meu ver, a hipótese é de responsabilidade subjetiva, sendo ônus da primeira apelante comprovar a culpa do preposto do segundo apelante no evento, nos termos do art. 333, I, CPC.

E, no caso vertente, não logrou demonstrá-la.

Com efeito, ao contrário do afirmado na inicial, não há no registro de ocorrência qualquer confissão de culpa por parte do condutor do caminhão.

Reproduz-se o que consta do R.O. - f. 24:

"Segundo o condutor do veículo o mesmo encontrava- se no sinal luminoso existente no local, o qual ao abrir e o mesmo sair com o veículo, foi alertado por transeuntes que encontrava-se ao chão a vítima não fatal."

A prova testemunhal colhida não comprova tampouco a culpa do motorista do caminhão.

Os policiais ouvidos não mais se lembravam do evento - f. 128 e f. 131, afirmando esse último que, pelo pouco que se recorda, chegou ao local após o atropelamento.

No mais, foi tomado o depoimento pessoal da própria primeira apelante - f. 129, que, inclusive, afirmou que iniciou a travessia com o sinal fechado, mas que o sinal abriu no curso da mesma, não sabendo mais descrever o ocorrido.

E, por fim, o motorista atropelador - f. 130, que esclareceu, obviamente sem compromisso, que esperou o sinal abrir, deu partida, quando teve sua atenção despertada para gritos de populares afirmando que atropelara uma pessoa.

O d. perito, outrossim, não deixou ainda de acentuar que a primeira apelante, pessoa já idosa com 60 anos à época do evento, compareceu ao exame acompanhada de uma irmã. Destacou que era aposentada por invalidez, com certa dificuldade em se comunicar. Apontou ainda que faz tratamento psiquiátrico,

usando Risperidona e Cloridrato de Amitriptilina.

Em síntese: sem pretender, outrossim, afirmar que houve culpa exclusiva da primeira apelante, certo é, contudo, que não há prova da culpa do motorista do caminhão.

E, como a responsabilidade é subjetiva, sem prova da culpa, nenhuma indenização é devida (f. 312-313, e-STJ).

E ainda:

A meu ver, não o é. A mera atividade de transporte de carga, por sua natureza, não é perigosa. Não incide a norma do art. 927, parágrafo único, CC, que não foi, portanto, maltratada. Ademais, não há de cogitar-se acerca da incidência das normas do CDC. Não há qualquer prova de que o transporte realizado no momento do evento o fosse em decorrência de uma relação de consumo. Não é a embargante consumidora por equiparação. Os art. 14 e 17 CDC tampouco foram violados.

Frise-se que os art. 735, 932, II, 933 e 945 CC não têm qualquer relevância para o caso em tela, onde se discute a natureza da responsabilidade do transportador de cargas, ausente a prova de que a carga seja perigosa, e onde, ainda, se concluiu pela ausência de prova do motorista do caminhão atropelador.

Afasta-se ainda a norma do art. 37, § 6º CF. A embargada não é prestadora de serviço público (f. 339, e-STJ).

Deste modo, para aferir as alegações da recorrente e afastar as premissas firmadas pelo Tribunal de origem, as quais concluíram que não foi demonstrado os casos previstos em lei para a adoção da responsabilidade objetiva, nem o exercício de atividade de risco que causasse a obrigação indenizatória sem a necessária demonstração de culpa, seria indispensável, novamente, o revolvimento do conteúdo-fático probatório dos autos, procedimento vedado na via especial, nos termos da Súmula nº 7 desta Corte Superior.

Destarte, o desprovimento do agravo é medida que se impõe.

Advirta-se que eventual recurso interposto contra este *decisum* estará sujeito às normas do CPC/2015 (cf. Enunciado Administrativo n. 3/STJ).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo em recurso especial. Intimem-se.

(AREsp 981.586 - Rel.: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO - Data da Publicação: 21/02/2018).

Posto isto, prosseguindo, cumpre assinalar que a indenização por danos morais e materiais condiciona-se à demonstração do ato ilícito provocado pelo agente através de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência. Assinale-se, também, que a questão regulada pelo art. 186 do atual Código Civil, torna imperioso que se perquira sobre a existência de culpa e o nexo de causalidade entre à ação ou omissão e os alegados danos. Afinal, no ordenamento brasileiro, para efeito de atribuição de responsabilidade civil, a teoria clássica adotada foi a subjetiva, como se pode verificar no contexto do referido dispositivo legal.

O dano decorrente do trágico acidente que ceifou a vida da criança, filho da autora, estaria sedimentado no fato de que jamais foram impugnados pelo réu, ora apelado, tendo inclusive sido confirmado em depoimento prestado em audiência pelo motorista do seu caminhão, ainda que sem o compromisso. Mas o mesmo não ocorreu em relação ao nexo de causalidade, que foi impugnado de forma contundente pelo réu.

Não se pode ignorar que seja incontornável a obrigação de provar-se a culpa do preposto do réu, ou a deste, para se eximir da responsabilidade civil de indenizar, provando alguma circunstância que rompa o nexo de causalidade, tais como força maior, fato exclusivo da vítima ou fato exclusivo e doloso de terceiro.

O infortúnio, consistente no atropelamen-

to e morte da criança, assim ceifada em sua tênue existência, não teve a autoria comprovada, conforme foi avaliado pelo sentenciante, vindo daí a improcedência do pedido.

Tudo, no entanto, repousa em conjecturas, não se provando essa versão, e tampouco a culpa do motorista pelo atropelamento, pois não há prova segura, repitase, de que foi o motorista do caminhão quem agiu de forma ilícita, negligentemente não cuidando de observar a atuação do pequeno ciclista depois de dar partida no caminhão. É dizer: a prova dos autos, consistente em depoimentos e laudo de local inconclusivos, não permite segura conclusão a respeito da responsabilidade pelo acidente: se da vítima, do réu ou, mesmo, de ambos.

Cumpre transcrever-se a fundamentação da douta sentença hostilizada, destacando-se o que o seu prolator afirma, em relação aos depoimentos prestados, quanto a que, "não se trata de transcrição literal e integral" (f. 319 vº/320):

Trata-se de ação de responsabilidade civil decorrente de acidente automobilístico, envolvendo veículo de propriedade do réu e conduzido por preposto, tendo a vítima falecido em decorrência do acidente.

No mérito, o ponto nodal da questão trazida é se é possível atribuir ao réu responsabilidade civil pelo evento

danoso.

Cuida-se de típico acidente de trânsito, a atrair as disposições previstas nos arts. 186 e 927 do Código Civil, inexistindo relação de consumo entre as partes que enseje a aplicabilidade das normas do CDC.

Em relação ao réu, aplica-se a responsabilidade objetiva, com base no art. 932, III c/c art. 933 do Código Civil, ou seja, independente da existência de culpa de sua parte.

Entretanto, mister a análise de culpa pelo evento imputável ao preposto do réu, que acarrete, consequentemente na obrigação deste em reparar os danos alegadamente sofridos pelo autor.

O laudo de exame em local de acidente de trânsito, acostado a f. 24/26, não foi conclusivo quanto à causa para a ocorrência do evento.

A testemunha Nelson, motorista do caminhão de propriedade do réu, declarou ao juízo, descompromissado, que: ´conhece Dedé; Dedé trabalha na entrega com o depoente; Dedé mora no início a rua onde ocorreu acidente; quando não sabe local de entrega, costuma passar na casa de Dedé para pegar informações; no dia do acidente, foi na casa do Dedé, mas ele não estava; parou com caminhão perto da casa do Dede e José, que acompanhava o depoente, saiu para perguntar ao Dedé; um garotinho respondeu que Dedé não estava em casa; o depoente, então, deu marcha para ir embora e sentiu que tinha passado em cima de alguma coisa; quando saiu do veículo, viu a criança atropelada; ficou desesperado; foi procurar reforço no mercado e pediu para José ficar no local, mas ele não ficou; quando chegou no Mercado, José já tinha falado com Agnaldo, que orientou o depoente a não voltar para o local e ir para a Delegacia; a roda traseira direita que passou por cima da criança; não deu ré no caminhão; não viu o momento em que a criança surgiu; estava aproximadamente 20km/h; não retirou tacógrafo do veículo´, conforme mídia acostada à f. 213 dos autos em apenso. (não se trata de transcrição literal e integral).

A testemunha Geilson narrou que: ´quando chegou ao local, viu caminhão parado na esquina, uma bicicleta e o corpo atrás da bicicleta; a roda traseira do lado do motorista que parece ter atropelado; parece que o motorista deu ré e depois foi para frente; chegou ao local 40 minutos após o acidente, aproximadamente´ conforme mídia acostada à f. 213 dos autos em apenso. (não se trata de transcrição literal e integral).

A testemunha Maria de Lurdes afirmou que: ´ouviu quando passou um veículo correndo muito; quando saiu para ver, estava o pedreiro, que disse que um carro do Tinoco tinha atropelado um garoto; foi ao local e o neto da depoente foi avisar a mãe da vítima; a vítima estava morta quando chegou ao local; o corpo da criança estava atrás do caminhão e pela marca, parecia que o caminhão tinha dado ré e depois ido para frente´ conforme mídia acostada à f. 213 dos autos em apenso. (não se trata de transcrição literal e integral).

A testemunha Francisco disse que: ´assistiu ao acidente; Nelson foi entregar mercadoria, mas a dona não estava em casa; Nelson foi à frente; Nelson estava devagar; acha que a criança estava sozinha; não viu se alguém retirou algo do veículo; o caminhão estava indo para frente quando atropelou a criança; não viu a criança antes do acidente; não sabe dizer se mais alguém viu o acidente; não sabe se foi roda traseira ou dianteira que atropelou, mas a criança estava atrás; Nelson não manobrou o caminhão´ conforme mídia acostada à f. 213 dos autos em apenso. (não se trata de transcrição literal e integral).

A testemunha José contou que: ´saiu do supermercado Tinoco e foi até a casa do Dedé para ele colocar as notas em ordem; Dedé não estava em casa e foram embora; não saíram correndo; o caminhão não estava de ré quando ocorreu o atropelamento; a roda traseira do carona que passou por cima da criança; não viu ninguém retirar peça do caminhão; quando chamou Dedé, a criança saiu de casa de bicicleta´ conforme mídia acostada à f. 213 dos autos em apenso. (não se trata de transcrição literal e integral).

A testemunha Francisco, única que confirmou que assistiu ao acidente, não soube relatar com precisão como este ocorreu e quem teria dado causa.

Apesar das testemunhas Geilson e Maria de Lurdes terem dito que parecia que o motorista do caminhão atropelou a criança ao dar marcha ré, certo que não assistiram ao acidente e que não são dotados de conhecimentos técnicos capazes de afastar a dinâmica do evento narrada pelo perito que confeccionou o laudo de exame de em local de acidente de trânsito, à f. 26, no sentido de que a bicicleta teria cruzado a pista, partindo da lateral direita para a esquerda, interceptando a trajetória do caminhão, que colidiu o seu setor angular dianteiro esquerdo contra o terço médio do setor lateral esquerdo da bicicleta, tendo o caminhão passado sobre a bicicleta e a vítima com as rodas de seu setor lateral esquerdo.

Como se denota, apesar de trágico o acidente que ceifou a vida de uma criança de apenas cinco anos de idade, as provas existentes nos autos são insuficientes à comprovação da culpa imputada ao motorista do caminhão pelo evento.

Impõe-se, assim, a rejeição dos pedidos autorais"

Como se viu, a prova oral produzida foi devidamente analisada.

Já no que diz respeito ao Registro Policial da Ocorrência (f. 26/28), dele se colhe:

Dinâmica do Fato

A presente ocorrência investiga Homicídio Culposo (atropelamento), fato ocorrido em 03/04/12 por volta das 15h à rua dos Canários bairro Cajú em Silva Jardim, onde faleceu no local a vítima F.W.S.C.R. de cinco anos de idade que estava montado em sua bicicleta e que o veículo atropelador foi o caminhão marca M Benz modelo 608, placa KTD2710 que era conduzido por Nelson Moreira que trabalha para o mercado Tinoco e naquele momento realizava entregas naquele bairro.

Releva acrescentar que, em harmonia com o que foi analisado, o Laudo de Exame em Local de Acidente de Trânsito, de f. 31/33, concluiu que:

"... os veículos em causa e objetos do presente laudo, envolveram-se em acidente de trânsito, não sendo possível, entretanto, determinar uma causa para a ocorrência do evento".

Do exposto se constata que o entendimento do nobre sentenciante não merece reprovação.

Traz-se a lume o entendimento deste Tribunal de Justiça em situações assemelhadas:

Apelação Cível. Ação de indenização. Mãe que conduzia bicicleta acompanhada de seu filho de três anos de idade. Desequilíbrio da condutora e queda da criança na via pública, seguido do atropelamento do menor por veículo conduzido pela segunda ré, de propriedade da primeira. Responsabilidade extracontratual. Conjunto probatório que demonstra a culpa exclusiva da vítima, tendo a mãe afirmado, em seu depoimento pessoal, que a condutora do veículo, segunda ré, não logrou com culpa no evento. Nexo de causalidade inexistente a afastar o dever de indenizar. Desprovimento do recurso. (Apelação Cível 0013082-04.2002.8.19.0203 - Décima Câmara Civel - Rel.: Des(a). GILBERTO DUTRA MOREIRA - Julgamento: 27/06/2007).

E mais:

Ação de Responsabilidade Civil objetivando os autores indenização por danos materiais e morais em virtude de morte decorrente de atropelamento de ciclista, menor impúbere, filho dos 1º e 2º autores e irmão do 3º demandante, por caminhão baú, marca Mercedes Bens, de propriedade da empresa ré. Conjunto probatório que não aponta para a responsabilidade do condutor do caminhão, preposto da ré - Bicicleta conduzida por criança na pista de rolamento, na contramão de direção, desobedecendo os cuidados relacionados à própria segurança - Culpa exclusiva da vítima - Desprovimento da Apelação. (Apelação Cível 0001956-23.2005.8.19.0050 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL - Rel.: Des(a). CAMILO RIBEIRO RULIERE - Julgamento: 31/01/2012).

E anda mais:

APELAÇÃO CÍVEL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. COLISÃO ENTRE CAMINHÃO E BICICLETA EM ESQUINA. LESÕES CORPORAIS NO CONDUTOR DA BICICLETA. PERQUIRIÇÃO DA CULPA. AUSÊNCIA DE PROVA SOBRE A REAL DINÂMICA DO ACIDENTE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DA PARTE AUTORA. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1- A responsabilidade civil pode ser conceituada como a obrigação de reparar o dano imposta aos que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violarem direito ou causarem prejuízo a outrem. 2- Sem a prova de que o acidente de trânsito tenha decorrido de conduta negligente, impudente ou imperita dos réus, não se configura a sua responsabilidade objetiva. 3- Recurso não provido. (Apelação Cível 0005391-85.2009.8.19.0075 - Quinta Câmara Cível - Rel.: Des(a). ZELIA MARIA MACHADO DOS SANTOS - Julgamento: 26/04/2011).

E mais conclusivo:

Indenização. Danos materiais e moral. Atropelamento. Vítima fatal. Improcedência. I - R. Sentença prolatada em 03/09/13, enquanto que a Apelação foi manejada em 07/02/14. Julgamento do recurso quando já em vigor o novel Código de Processo Civil. Aplicação por analogia do Enunciado Administrativo nº 2 do STJ. II - Hipótese dos autos que versa Responsabilidade Extracontratual Subjetiva. Questão regulada pelo artigo 186 do atual Có-

digo Civil, sendo imperioso se perquirir sobre a existência de culpa e o nexo de causalidade entre à ação ou omissão e os alegados danos. III - Laudo elaborado pelo Instituto de Criminalística Carlos Éboli foi inconclusivo a ponto de o Inquérito Policial alusivo ao homicídio culposo imputado ao motorista do caminhão ser arquivado, a pedido do Ministério Público. IV - Prova oral demonstra que o atropelamento ocorreu por culpa exclusiva da vítima, vez que devido a sua desatenção, não controlou a trajetória da bicicleta que pedalava, indo de encontro ao caminhão. V - Fato constitutivo do direito postulado não comprovado, afastando o dever de indenizar. Precedentes deste Colendo Sodalício, como transcritos na fundamentação. R. Sentença ultimando por julgar improcedente o pleito exordial merecendo prestígio. VI -Recurso que se apresenta manifestamente improcedente. Aplicação do caput do art. 557 do revogado CPC c/c art. 31, inciso VIII do Regimento Interno deste E. Tribunal. Negado Seguimento. (Apelação Cível 0008407-03.2008.8.19.0004 - QUARTA CÂMARA CÍVEL - Rel.: Des(a). REINALDO PINTO ALBERTO FILHO - Julgamento: 16/11/2016).

E finalmente:

Apelação cível. Ação indenizatória. Danos morais. Acidente de trânsito. Atropelamento de criança com apenas 07 (sete) anos de idade, que atravessou a via desacompanhada dos seus responsáveis. Pleito da genitora do menor que visa à condenação da parte ré em danos morais. Razões recursais que sustentam haver sido culposa a conduta da apelada, por não conduzir o veículo com atenção e cuidados necessários, em manifesta inobservância ao artigo 214 do Código de Trânsito Braseiro, que dispõe sobre a preferência de passagem para crianças. Aduz que sofreu considerável abalo emocional por ter presenciado o acidente de seu filho, bem como todo seu tratamento. Pretensão que não merece prosperar. Responsabilidade civil subjetiva. Prova produzida nos autos reveladora de que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima. Menor que ingressou repentinamente na via pública e fora da faixa de segurança. Contexto probatório que não evidencia qualquer nexo entre a conduta da parte ré e o evento danoso. Prova oral que, ao contrário, afasta a versão autoral acerca da dinâmica dos fatos. Impossibilidade de se responsabilizar a quem não tenha comprovadamente dado causa ao evento, sob pena de caracterizar aplicação do risco integral. Sentença de improcedência merece ser mantida. Apelo improvido. (Apelação Cível 0011522-59.2014.8.19.0024 - Décima Câmara Cível - Rel.: Des(a). CELSO LUIZ DE MATOS PERES - Julgamento: 11/12/2017).

Como se conclui, no caso, comprovou-se apenas a ocorrência de um acidente de trânsito e o lamentável óbito da criança, filho da autora, não tendo sido determinada, inclusive na parte técnico-policial, uma causa para a ocorrência do evento. E, nesse contexto, a improcedência do pedido era mesmo medida que se impunha. Destarte, porque deu adequada solução à lide, a sentença recorrida deve ser integralmente mantida.

Por conta de tais fundamentos, voto no sentido de conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento, mantendo íntegra a sentença hostilizada.

Considerando-se a sucumbência recursal da parte autora, majoram-se os honorários advocatícios a que ela foi condenada, nos termos do 85, § 11, do vigente CPC, para 12% (doze por cento), com observância dos efeitos da gratuidade de justiça que lhe foi concedida.

Rio de Janeiro, 28 de março de 2018.

DES. MÁRIO ASSIS GONÇALVES
Relator

RESPONSABILIDADE CIVIL. DETRAN. RENOVAÇÃO DE CNH. DEMORA INJUSTIFICADA. MOTORISTA DE CAMINHÃO IMPOSSIBILITADO DE TRABALHAR POR DOIS MESES. DANO MORAL CONFIGURADO. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível. Direito administrativo. Responsabilidade civil. Ação de reparação de danos. A responsabilidade civil da autarquia ré, pessoa jurídica de direito público, é de natureza objetiva, a teor do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, baseada no risco da atividade, bastando para tanto que haja demonstração do fato, do dano e do nexo causal. Demora injustificada na renovação da CNH - espera de quase 70 dias. Falha administrativa. Violação ao princípio constitucional da eficiência previsto no art. 37 *caput* da CRFB. Autor que ficou por mais de 2 (dois) meses impossibilitado de exercer sua profissão de motorista de caminhão. Não há que se falar em fato de terceiro, uma vez que o réu não se mostrou diligente na solução do problema, causando enormes prejuízos ao seu administrado. Fato que vai além do mero aborrecimento. Dano moral configurado. Valor indenizatório que deve observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Dado parcial provimento ao recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0002343-60.2014.8.19.0070, em que é Apelante Marcos Antonio Alves da Silva e Apelado Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro - DETRAN/RJ,

Acordam os Desembargadores que compõem a Egrégia Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em dar parcial provimento ao recurso, tudo nos termos do voto da Des. Relatora. Decisão Unânime.

Estão presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, razão pela qual conheço do mesmo.

No mérito, verifica-se que a sentença de 1º grau merece reparo, conforme será demonstrado.

A responsabilidade civil do Estado por atos de seus agentes encontra amparo legal no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição da República, que assim dispõe:

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

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

A consagração da responsabilidade civil do Estado constitui-se em imprescindível mecanismo de defesa do indivíduo em face do Poder Público. Mediante a possibilidade de responsabilização, o cidadão tem a certeza de que todo dano a direito seu ocasionado pela ação de qualquer funcionário público no desempenho de suas atividades será prontamente ressarcido pelo Estado. Tal direito funda-se nos pilares da equidade e da igualdade.

Tem-se, então, que os pressupostos para a ocorrência da citada responsabilidade são a ocorrência do fato administrativo, o dano e o nexo causal, sendo este último o fator funda-

mental para a atribuição de responsabilidade, pois para o Estado responder pelo dano que lhe é imputado deve ser fixado o liame entre o prejuízo produzido e a atividade desempenhada por este.

E este nexo restou caracterizado na hipótese dos autos, porquanto incontroverso que o autor suportou considerável atraso na emissão de sua carteira nacional de habilitação, sem que tenha dado causa ou contribuído para o infortúnio.

Com efeito, não há que se falar em fato de terceiro, uma vez que, constatada a duplicidade no prontuário do autor, em 2004, conforme alegado na contestação, o réu não se mostrou diligente em solver o erro, somente enviando ofício ao DETRAN/MG, sem ao menos exigir o efetivo cumprimento da medida.

Poderia o Réu, no caso, ter comunicado o fato aos órgãos superiores, não o fazendo. Tal fato revela a evidente falta de organização administrativa da autarquia, que fez recair a responsabilidade sobre os ombros do cidadão administrado.

Note-se que, além de aguardar por quase 70 (setenta) dias a emissão da nova carteira de motorista, o autor deixou, por óbvio, de exercer sua profissão, qual seja, motorista de caminhão, conforme se infere da carteira de trabalho juntada a f.11.

Destarte, comprovado o nexo de causalidade entre a conduta indevida da autarquia ré, porque negligente e ineficiente, caracterizada está a ilicitude e a falha na prestação do serviço, sendo de rigor, assim, a obrigação de indenizar, a teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal e nos arts.186 e 927 do Código Civil.

Desse modo, restou comprovado que a má prestação do serviço evidentemente causou transtornos ao autor, além do mero aborrecimento, já que o deixou impossibilitado, como dito, por mais de dois meses, de regularmente conduzir veículo utilizado para o exercício de sua função, por exclusiva e injustificada demora na renovação da CNH.

Neste sentido, confira-se as jurisprudências abaixo colacionadas:

0135855-31.2009.8.19.0001 - Apelação - Des(a). GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO - Julgamento: 12/08/2014 - Décima Terceira Câmara Cível. APELAÇÃO CÍVEL. DETRAN. NEGATIVA DE RENOVAÇÃO DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO. PRONTUÁRIO DO DEMANDANTE QUE NÃO FOI LOCALIZADO NOS ARQUIVOS DO ÓRGÃO RESPONSÁVEL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE DETERMINA A EXPEDIÇÃO DA NOVA CNH E FIXA O DANO MORAL EM R$ 1.000,00. PROVA DOCUMENTAL QUE CONFIRMA A ALEGAÇÃO AUTORAL. SOLUÇÃO NÃO ALCANÇADA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. PROCEDIMENTO PERSEGUIDO DESDE 2003. CONDUTA DO DETRAN QUE SE MOSTROU INDEVIDA E ABUSIVA. DEFEITO DO SERVIÇO PÚBLICO, CONSUBSTANCIADO NA DESORDEM DO ÓRGÃO. DEMORA EXCESSIVA NA SOLUÇÃO DO PROBLEMA QUE FEZ COM QUE O CIDADÃO FICASSE LONGO PERÍODO SEM PODER TER SEU DOCUMENTO DE HABILITAÇÃO REGULARIZADO. DANO MORAL CORRETAMENTE CONFIGURADO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO QUE DEVE SER MAJORADO PARA R$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS), EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA QUE DEVE CONTAR A PARTIR DA FIXAÇÃO DA CONDENAÇÃO E JUROS DE MORA

DA CITAÇÃO, NOS TERMOS DA LEI Nº 9.494/97. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS NA FORMA DA LEI E EM LIMITE RAZOÁVEL. RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS, EM PARTE, *EX VI* DO ARTIGO 557, § 1º-A, DO CPC.

0000068-76.2013.8.19.0005 - Apelação - Des(a). CELSO LUIZ DE MATOS PERES - Julgamento: 10/03/2016 - Décima Câmara Cível. Ação indenizatória. Demora injustificada no procedimento de renovação e expedição da CNH. Exames físico e psicológico que comprovaram a aptidão da parte autora. Prova carreada aos autos que evidencia a falta do dever de eficiência do Poder Público. Conduta ilícita geradora do dever de indenizar. Aplicação do artigo 37, § 6º, da CF/88. Inobservância do princípio da eficiência pela autarquia ré. Valor indenizatório que se reduz de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) para R$ 9.000,00 (nove mil reais), montante que melhor atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, harmonizando-se com os precedentes desta Câmara Cível, bem como a impossibilidade de utilizar a indenização decorrente do dano moral como sucedâneo da reparação material. Apelo parcialmente provido, inclusive em sede de reexame necessário.

0037663-24.2009.8.19.0014 - Apelação - Des(a). ELTON MARTINEZ CARVALHO LEME - Julgamento: 14/09/2016 - Décima Sétima Câmara Cível. APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. DETRAN. DEMORA NA RENOVAÇÃO DA CNH. DANOS MORAIS CONFIGURADOS E RAZOAVELMENTE DIMENSIONADOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM CONSONÂNCIA COM OS CRITÉRIOS DO ART. 20, § 3º, DO CPC DE 1973. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. A responsabilidade civil da autarquia ré, pessoa jurídica de direito público, é de natureza objetiva, a teor do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, baseada no risco da atividade, bastando para tanto que haja demonstração do fato, do dano e do nexo causal. 2. Observa-se que somente pode ser afastada a referida responsabilidade diante da comprovação de fato exclusivo da vítima ou de terceiros, ou, de caso fortuito ou força maior, não tendo, *in casu*, a parte ré se desincumbido desse ônus. 3. No caso dos autos, o autor não deu causa e nem concorreu para a excessiva demora na regularização da sua carteira de habilitação. 4. Dano moral caracterizado, comprovada a má prestação do serviço diante da conduta omissiva da autarquia ré, o que causou transtornos ao autor que ultrapassaram o mero aborrecimento, haja vista a impossibilidade deste, por mais de dois meses, em regularmente conduzir veículo para deslocamento aos seus locais de trabalho, por exclusiva e injustificada demora na renovação da CNH. 5. Valor indenizatório adequadamente, arbitrado em observância às circunstâncias do caso concreto. 6. Honorários advocatícios corretamente fixados, em consonância aos critérios estabelecidos nas alíneas do § 3º, do art. 20, do CPC de 1973, então em vigor, bem como a teor do § 4º, do referido dispositivo processual. 7. Desprovimento do recurso.

0003799-13.2011.8.19.0050 - Apelação. Des(a). MÔNICA DE FARIA SARDAS - Julgamento: 16/04/2015 - Vigésima Primeira Câmara Cível. APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DETRAN/RJ. DANO MORAL. DEMORA INJUSTIFICADA PARA RENOVAÇÃO DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DA TAXA JUDICIÁRIA. AUTARQUIA ESTADUAL. ISENÇÃO. SÚMULA Nº 76 TJRJ. 1- Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais ocasionados pela demora no procedimento de renovação

de CNH. 2- Dano moral que se configura in re ipsa, porquanto a injustificada demora por mais de cinco meses não é razoável para a prestação do serviço e frustrou legítima expectativa do cidadão na eficiência do serviço público. 3- O valor da indenização atende ao caráter punitivo-pedagógico e é consentâneo com a extensão do dano e com a realidade econômica dos litigantes. 4- Taxa Judiciária. Isenção. Aplicável a Súmula nº 76 deste TJRJ, por se tratar de autarquia estadual. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Não há critério legal para a fixação do quantum compensatório do dano moral. Devem, então, ser observados os critérios doutrinários e jurisprudenciais norteadores dessa fixação, quais sejam, a compensação do dano moral e a razoabilidade do valor compensatório, a fim de que não se torne a indenização por dano moral fonte de enriquecimento sem causa para o autor da ação, mas seja a mais justa medida da compensação da dor.

Na quantificação do dano moral, deve o julgador estabelecer verba que proporcione ao lesado bem estar psíquico compensatório do sofrimento de que padeceu, atentando para a capacidade econômica do causador do dano e para as condições sociais do ofendido.

À luz de tais critérios, e considerando a dimensão dos fatos aqui relatados, fixo a quantia R$ 4.000,00 (quatro mil reais) a título de reparação, por entendê-la justa e adequada para o caso.

Diante de todo o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso, para julgar parcialmente procedente o pedido, condenando o Réu ao pagamento de R$ 4.000,00 a título de dano moral à parte Autora, corrigidos com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação e correção monetária a contar da publicação da presente decisão.

Inverto os ônus sucumbenciais, isentando, no entanto, o réu do pagamento das custas processuais e taxa judiciária.

Rio de Janeiro, 26 de junho de 2018.

Desª Valéria Dacheux
Relatora

RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL MUNICIPAL. TROCA DE IDENTIDADE DE PACIENTES EM SUAS DEPENDÊNCIAS. ÓBITO. EXAME DE DNA. COMPROVAÇÃO DO EQUÍVOCO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DEVER DE INDENIZAR.

Apelação cível. Responsabilidade civil do ente público. Natureza objetiva. Troca de identidade de pacientes em hospital gerenciado pelo município de São Gonçalo. Autora que, de forma equivocada, foi declarada morta pelo corpo clínico de hospital municipal, que encaminhou à sua família, para sepultamento, o corpo de outra paciente, não considerando a alegação de que o cadáver não tinha as características físicas da autora. Exame de dna que comprovou o equívoco atestando que a autora, que estava desmemoriada, fora entregue à família da paciente falecida, cujo cadáver havia sido sepultado pela família da autora. Fatos admitidos pelo ente público. Falha de serviço que não pode ser imputada aos responsáveis pela paciente, que não receberam dos funcionários do ente público informação adequada. Configurada a obrigação de indenizar. Verba indenizatória bem arbitrada. Honorários advocatícios fixados em obediência ao disposto no artigo 85, § 3º, I, do CPC/2015. Irresignação do ente público que não merece guarida. Termo inicial de incidência dos juros de acordo com a súmula nº 54 so STJ, por

tratar-se de responsabilidade extracontratual. Desprovimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0014713-51.2009.8.19.0004, em que é Apelante: Município de São Gonçalo e Apelado: Espólio de Maria Rita Alves dos Santos, representado por seu inventariante Jociane Alves Cardoso.

Acordam os Desembargadores desta Egrégia Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

Relatório já acostado aos autos. Passo ao voto.

VOTO

O recurso é tempestivo e estão satisfeitos os demais requisitos de admissibilidade, razão por que deve ser conhecido.

A demanda vertente se situa no tema da responsabilidade civil de ente público municipal, de natureza objetiva, consistente na troca de identidade de pacientes em hospital municipal, sendo patente a falha na prestação de serviço atinente ao dever de guarda e cuidado do corpo clínico e administrativo do hospital municipal.

No caso em questão, a autora, Maria Rita Alves dos Santos, hoje substituída por seu espólio, e Vilma Maria Caboclo Alves, foram internadas em razão de um AVC, e passados alguns dias de internação, a 2ª veio a óbito, tendo a família da autora sido comunicada pelo hospital de que ela teria falecido.

Restou comprovado nos autos que autora, de forma equivocada, foi declarada morta pelo corpo clínico de hospital municipal, que encaminhou à sua família, para sepultamento, o corpo de outra paciente, não considerando a alegação de seu genro, de que o cadáver não tinha as características físicas da autora.

Exame de DNA realizado, posteriormente, que comprovou o equívoco atestando que a autora, que estava desmemoriada, sem possibilidade de validamente se comunicar, fora entregue à família da paciente falecida, cujo cadáver havia sido sepultado pela família da autora, lá permanecendo por cerca de três meses, até que o equívoco fosse desfeito.

Esses fatos foram expressamente admitidos pelo ente público, que em sua defesa, imputa a responsabilidade pela troca de identidade da autora aos seus responsáveis, que teriam, sem qualquer oposição, promovido o sepultamento de pessoa a quem sequer conheciam, e com isso permitido que a autora, que se encontrava viva, fosse declarada morta.

Ocorre que, a responsabilidade pela guarda de pacientes internados é exclusiva do hospital em que se encontram, incluído neste dever a guarda de seus bens, especialmente, aqueles que dizem respeito a sua identificação, já que, algumas vezes, diante da condição de saúde que se apresenta, mostra-se inviável que esta seja espontaneamente fornecida pelo paciente ou confirmada por aqueles que ali comparecem, posteriormente, na qualidade de parentes e amigos.

Embora pareça incrível o fato dos parentes da autora não terem, de imediato, percebido que não se tratava da mesma pessoa, esse erro mostra-se justificável, já que se tratam de pessoas simples, pouco esclarecidas, tendo os funcionários responsáveis pela entrega do corpo afirmado à família que, como a causa mortis teria sido um AVC, o rosto ficara desfigurado, havendo alteração na aparência física da auto-

ra, o que foi aceito como verdadeiro, já que a explicação provinha de profissionais de saúde.

Frise-se que o fato noticiado nos autos é totalmente peculiar e quase que inacreditável, a indicar um erro grosseiro do corpo clínico e administrativo do hospital do Município réu, seja pela falta de cuidado com seus pacientes, de que resultou a troca de sua identidade, seja pela falta de atenção com seus familiares, a estes fornecendo explicação irreal e de todo irresponsável, que só veio a agravar e postergar a solução de problema já instalado.

Indubitável que a responsabilidade do ente estatal é objetiva, porquanto independe da aferição de culpa, sendo certo que os entes públicos assumem os riscos inerentes à sua atuação nos termos do artigo 37, parágrafo 6°, da Constituição da República. Frise-se que a teoria do risco administrativo é calcada não só na possibilidade de a atividade pública gerar dano aos administrados, mas especialmente, no princípio da solidariedade social, que implica em repartir entre todos os membros da sociedade tanto os benefícios quanto os ônus decorrentes da atuação estatal.

Vale dizer, todos os administrados contribuem, através dos impostos prestados, com a reparação dos danos causados pela atuação estatal de qualquer natureza, e neste passo, deve o atuar estatal pautar-se pelo dever especial de diligência e vigilância, que exige que o agente estatal preveja as possíveis consequências omissivas e comissivas de sua conduta para evitar a consumação de danos a terceiros, sob pena, de não o fazendo, assumir a responsabilidade de sua imprevisão, acarretando, em consequência, ônus desnecessários ao erário público.

A culpa não é pressuposto de responsabilidade civil do Estado, para a qual basta o nexo de causalidade entre o dano e as atividades das pessoas jurídicas de direito público, já que esta obedece ao sistema do risco, em que as concausas são irrelevantes para o reconhecimento de responsabilidade e a fixação da indenização. Todavia, embora desnecessária a demonstração de seu elemento subjetivo, a ocorrência do dano e do nexo causal entre esse e a conduta supostamente lesiva mostram-se imprescindíveis, tornando-se a relação de causa e efeito entre a atuação e o prejuízo sofrido pressuposto do dever de indenizar.

No caso em questão, o dano se mostra evidente, sendo inconteste, portanto, a falha na prestação do serviço prestado pelo réu, que não atuou com o mínimo de segurança ao disponibilizá-lo àqueles por cuja guarda se responsabilizou, permitindo que ocorresse a troca de identidades de pacientes em suas dependências.

Restou devidamente demonstrado o nexo de causalidade entre o evento danoso e o atuar falho dos funcionários do nosocômio administrado pelo réu, resultando patente a responsabilidade da Municipalidade e, consequentemente, o dever de indenizar.

Configurada, portanto, a responsabilidade objetiva do ente público, em razão do evento danoso ocorrido no interior de hospital público, consistente na troca de pacientes, em circunstâncias não evidenciadas e esclarecidas, resultante da inobservância do dever de zelar pela integridade física daqueles que estão sob sua custódia e, consequentemente, a obrigação de indenizar, não merece prosperar o inconformismo deduzido pela Municipalidade.

Dessa forma, correta a sentença que determinou o pagamento de indenização por danos morais em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), haja vista o infortúnio vivenciado pela autora e sua família, sendo capaz de gerar uma profunda angústia e sofrimento.

No que tange ao valor da indenização é

preciso ponderar diversos fatores para se chegar ao valor adequado ao caso concreto, para que não haja nem enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização, nem incentivo à prática de atos ilícitos que violem direitos de outrem.

Levando-se em consideração todos esses fatores, entendo correta a verba indenizatória arbitrada pelo Juízo *a quo* em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) que observou as peculiaridades do caso concreto e os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ressalte-se que não há que se falar em perda do objeto no que tange ao pleito indenizatório em razão do óbito da parte autora durante o curso da demanda, uma vez que o direito da autora de ser indenizada se transmite aos herdeiros pelo espólio.

No que se refere ao termo inicial da contagem dos juros moratórios, devem incidir a partir do evento danoso, tal como determinado na sentença apelada, pois versa a hipótese sobre responsabilidade extracontratual, nos termos da Súmula nº 54, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Quanto aos honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação, entendo que também não merece qualquer reforma a sentença, uma vez que foram fixados em consonância com o disposto no artigo 85, § 3º, I, do CPC/2015.

Por fim, insta salientar que o artigo 85, §11 do atual Código de Processo Civil dispõe que o Tribunal, ao julgar o recurso interposto, majorará os honorários fixados anteriormente.

Neste passo, considerando o trabalho adicional realizado pelo patrono da apelada, que se limitou a apresentação das contrarrazões, majora-se os honorários sucumbenciais fixados anteriormente para 12% (doze por cento).

Por todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo a sentença integralmente, com majoração dos honorários fixados anteriormente para 12% (doze por cento) em favor do apelado, nos termos do artigo 85, § 11 do CPC/2015.

Rio de Janeiro, 20 de junho de 2018.

DESª. MARGARET DE OLIVAES VALLE DOS SANTOS
Relatora

RESPONSABILIDADE CIVIL. SEGURO-SAÚDE. AUSÊNCIA DE ATENDIMENTO MÉDICO. FALTA DE PROFISSIONAIS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL.

Apelação cível. Direito do consumidor. Responsabilidade civil. Ação de obrigação de fazer e indenizatória por danos morais. Plano de seguro saúde. Negativa de atendimento por ausência de médico. *Site* do hospital que veicula informação de atendimento emergencial 24 horas, sem especificação das especialidades disponibilizadas. Falha na prestação do serviço. Dano moral configurado. Verba indenizatória. Fixação. Observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Desprovimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0018790-75.2015.8.19.0204 em que é Apelante UNIMED Rio Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda e Apelado Caroliny dos Santos Oliveira da Silva.

Acordam os Desembargadores que integram a Primeira Câmara Cível do Tribunal de

Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de ação de rescisão contratual c/c indenização por danos morais proposta por Caroliny dos Santos Oliveira da Silva em face de QUALICORP Administradora de Benefícios S. A., UNIMED Rio Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda e Hospital de Clínicas de São Matheus.

Aduz a autora, em síntese, que associou-se à primeira ré QUALICORP, em razão de contrato de plano de saúde administrado pela segunda ré UNIMED; que realizou o seu pré-natal junto ao Hospital São Matheus, terceiro réu, conveniado ao plano UNIMED; que na data de 08/02/2015, passou mal e se dirigiu à unidade do terceiro réu para dar à luz a seu filho, não podendo ser atendida diante da ausência de médico no referido nosocômio; que no mesmo dia, necessitou ser conduzida para outro nosocômio, dando à luz a seu filho Miguel, nascido com problemas de saúde em razão da demora na realização do parto. Requer a condenação das rés ao pagamento de indenização de R$ 30.000,00 por danos morais, bem como a rescisão contratual em relação às duas primeiras rés.

A f. 49 (index 000052), deferimento da gratuidade de Justiça.

A f. 55/77 (index 000059) e 83/112 (index 000089), respectivamente, contestações da segunda e primeira rés.

A f. 125 (index 000131), indeferimento das provas requeridas pela autora e decretação da revelia do terceiro réu.

A sentença de f. 126/129 (index 000133), proferida em 29/08/2016, preliminarmente, rejeitou as alegações de carência de ação por ausência de interesse de agir e de ilegitimidade passiva que foram suscitadas, respectivamente, pela segunda e primeira rés. No mérito, o juiz sentenciante entendeu que, em relação à primeira ré Qualicorp, somente poderia ser acolhido o pedido de rescisão contratual, já que esta não teria participação ou ingerência nos contratos celebrados entre a segunda e o terceiro réus, julgando, a seguir, procedente a pretensão deduzida na inicial quanto a estes dois últimos, condenando-os, solidariamente, ao pagamento da importância correspondente a R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por danos morais, monetariamente corrigida a contar da sentença, e acrescida de juros de mora de 1 % ao mês, contados da citação. Por fim, condenou a segunda e o terceiro réus ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Na sua apelação, arrazoada a f. 199/209 (index 000209), sustenta a segunda ré UNIMED, em breve síntese, que o parto da autora tinha sido marcado para 09/03/2014, tendo a mesma comparecido ao nosocômio antes da data, em 08/02/2014, configurando situação de emergência médica fora do cronograma previamente pactuado; que o Hospital terceiro réu não poderia atendê-la com segurança, por não ter emergência obstétrica; que não há que se falar em defeito na prestação de serviço da segunda ré, haja vista as situações de emergência e urgência obstétricas poderem ser prontamente atendidas em diversos outros hospitais credenciados na rede; que o bebê nasceu de forma prematura, inexistindo nos autos provas de que os alegados problemas de saúde decorreram do suposto "atraso" no parto, podendo ser inclusive decorrentes da gestação, bem como em função da saúde da própria autora; que no caso em exame não há nenhum ato ilícito que possa ser imputado à 2ª ré, o que, por si só, fulmina a pretensão indenizatória. Em via alternativa, requer a redução do

quantum fixado em sentença para indenização de danos morais.

A f. 215 (index 000230), certidão de tempestividade e do adequado preparo do apelo.

Contrarrazões a f. 217/225 (index 000232), em prestígio à decisão hostilizada, requerendo que o *quantum* fixado em sentença para indenização por danos morais seja mantido ou majorado.

VOTO

Conheço do recurso, uma vez que preenchidos se encontram os requisitos de admissibilidade, nos termos da legislação processual civil em vigor.

Como se vê, a relação jurídica existente entre as partes se encontra submetida ao Código de Proteção e de Defesa do Consumidor - CDC.

Por certo, o contrato de assistência médico-hospitalar, como é de sabença, traduz uma obrigação específica de fazer, destinada a cobrir o risco de doenças e procedimentos cirúrgicos.

Trata-se de contrato de cooperação e solidariedade, cuja essência é - na visão da professora CLÁUDIA LIMA MARQUES - "justamente o vínculo recíproco de cooperação (wechselseitige Verbundenheit)".

Daí o reconhecimento de que a relação contratual tem que estar assentada também na boa-fé objetiva, que, como regra geral, não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção.

É, portanto, uma norma de comportamento leal, cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso.

Nesse contexto, obrigam-se os contratantes a manter, tanto na interpretação, como na execução do contrato, determinado padrão de honestidade e correção, para não frustrar a confiança, a lealdade e a probidade que agregam, num ideal comum, os interesses formalizados no contrato de consumo.

E no caso em exame, indene de dúvidas o fato de ser a autora beneficiária do plano de saúde administrado pela Unimed, 2ª ré, tendo realizado todas as consultas de pré-natal no Hospital São Matheus (3º réu), sob os cuidados da médica doutora Fernanda S. Cardeal, CRM 52735167.

Restou demonstrado, também, que, inobstante ter sido marcada a cirurgia cesariana para o dia 09/03/2015, a autora, em 08/02/2015, subitamente se sentiu mal, razão pela qual dirigiu-se ao nosocômio 3º réu, objetivando ser atendida por ginecologista.

Todavia, teve seu atendimento negado sob o argumento de que não havia médico daquela especialidade de plantão para atendê-la.

Na verdade, apesar do esforço hercúleo da segunda ré, por um lado, de tentar justificar o injustificável, não admitindo a falha apontada pela autora na prestação de serviço médico, sob o argumento de que dispõe de outros hospitais conveniados que possuem o serviço de obstetrícia, admitiu, de forma inconteste, por outro, a ausência de médico obstetra para o atendimento de urgência.

Ora, o simples fato de possuir outros hospitais conveniados não exclui, por si só, a responsabilidade da segunda ré, sendo certo que se afigura legítima a expectativa da autora em ser atendida no local em que realizou todas as consultas de seu pré-natal, com uma única médica.

Nesse viés, sequer restou comprovado de

que fora prestado a autora a informação sobre a ausência de emergência obstétrica no nosocômio réu, com indicação, pela médica assistente, qual hospital conveniado que deveria procurar, em caso de emergência.

E mais, em visita ao *site* do Hospital São Matheus, 3º réu, consta, já em sua página inicial, a informação de que o hospital possui Emergência 24 horas, "atendendo pacientes adultos e pediátricos, em estruturas separadas 24 horas por dia, com equipes médicas e enfermagem especializadas nos atendimentos de emergência" (www.hospitalsaomatheus.com.br).

Aliás, consta também no referido *site* a informação de que, *verbis*, "Nossa equipe é multidisciplinar, formada por médicos especialidades clínicas e cirúrgicas, ortopedia e ginecologia/obstetrícia (em sistema de sobreaviso). Procuramos profissionais com treinamentos em programas como o ACLS (Advanced Cardiac Life Support) e o ATLS (Advanced Trauma Life Support). A equipe ainda conta com o suporte dos outros especialistas do hospital, que são acionados de acordo com a necessidade".

Logo, inegável o fato consubstanciado na relação de confiança que surge entre médico e a paciente, mormente em se tratando da especialidade ginecologia/obstetrícia que auxiliará no nascimento de um primeiro filho, sendo plenamente justificada a ida da autora ao hospital São Matheus, onde vinha sendo atendida.

Por conseguinte, e na linha conclusiva da sentença impugnada, *verbis*, "resta evidente que a ausência de médicos para atendimento da parte autora que supunha estar em trabalho de parto gerou transtorno e insegurança no momento mais delicado da vida da mulher, não se enquadrando o caso como mero descumprimento contratual, previsto na Súmula 75 deste Tribunal de Justiça" (f. 128/129 - 000133).

Daí ser extreme de dúvidas que o fato retratado na inicial deu causa a angústia da autora de se ver privada, sem qualquer justificativa, de atendimento emergencial, repercutindo negativamente nos seus sentimentos intrínsecos, que, atingindo a sua honra, mostrou-se grave o suficiente para determinar a necessidade de compensação moral, sendo, pois, factível de reconhecimento e, consequentemente, de reparação extrapatrimonial.

Na verdade, como faz ver o professor YUSSEF CAHALI, o dano extrapatrimonial deve ser considerado, *verbis*, "como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem, e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos".

A ausência de atendimento médico por falta de profissionais, por certo, fez com que a autora experimentasse muito mais do que um simples aborrecimento ou problema do cotidiano, que, como apregoam alguns doutos, se supera no dia seguinte.

A eventual rejeição do pleito indenizatório a esse título, portanto, implicaria em prestigiar-se o procedimento do réu, totalmente abusivo, contrário aos balizamentos do direito consumerista.

A reparação em pecúnia, com fincas no art. 6º do CDC, não tem o caráter meramente compensatório, mas, também, o preventivo-pedagógico, a sinalizar ao fornecedor que, no futuro, deve agir com a necessária cautela e respeito ao consumidor, de acordo com o paradigma da boa-fé objetiva (art. 4º, III, e 51, IV, CDC) com vistas a atender às legítimas expectativas do consumidor, de ser respeitosamente e rapidamente atendido.

De outra banda, o caráter preventivo insculpido nas normas do CDC se encontra inserido no capítulo referente aos direitos básicos, e tem por objetivo o cumprimento integral dos postulados inerentes à proteção e à defesa dos direitos dos consumidores, sinalizando aos fornecedores, de forma direta e imediata, para que obedeçam e não venham a causar danos aos consumidores ou a terceiros, razão pela qual é de se levar em conta o caráter punitivo da reparação civil, evitando-se, com isto, a prática reiterada de condutas ilícitas pelo fornecedor de produtos e serviços.

Ora, a abusividade que revestiu a conduta da ré justifica, pois, a aplicação de uma resposta reparatória, com viés punitivo-educacional.

Visa-se, com isso, conscientizar, por um lado, o fornecedor sobre a ilicitude de sua conduta, e, por outro, impor-lhe uma razoável e proporcional perda financeira.

Todavia, o valor fixado para o dano moral há de ajustar-se aos limites do razoável, já que não atua como meio de enriquecimento.

Encontrar, pois, o valor reparatório razoável deve ser a preocupação maior do julgador.

Consequentemente, à falta de critério objetivo ou legal, a indenização do dano moral deve fazer-se por arbitramento, com ponderação e racionalidade, de acordo com a extensão do dato (art. 944 do CC).

Deve o valor arbitrado representar, pois, a justa e devida reparação pelo dano causado, consoante às circunstâncias fáticas peculiares do caso concreto.

Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com proporcionalidade e razoabilidade.

Daí concluir-se que a fixação no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) se mostra razoável, não merecendo, pois, qualquer reparo.

Por fim, tendo em vista ter sido fixado honorários advocatícios no percentual de 20% sobre o valor da condenação, vislumbra-se a impossibilidade de majoração da verba honorária, haja vista o limite legal estabelecido no artigo 85, § 2º, do NCPC/15.

À vista do exposto, a Câmara nega provimento ao recurso, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença, tal como está lançada.

Rio de Janeiro, 24 de abril de 2018.

DES. MALDONADO DE CARVALHO
Relator

SISTEMA DE COTAS. INGRESSO EM UNIVERSIDADE PÚBLICA. INDIGNAÇÃO. EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE PETIÇÃO AOS ÓRGÃOS PÚBLICOS. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. MÁ-FÉ. NÃO COMPROVAÇÃO. PEDIDO IMPROCEDENTE.

Direito Civil. Denúncia de burla ao sistema de cotas para ingresso em universidade pública. Instauração de procedimento administrativo e de inquérito policial, com posterior arquivamento de ambos. Exercício regular de direito de petição aos órgãos públicos pela denunciante (art. 5º, XXXIV, a, da CRFB/88). Ausência de comprovação de má-fé, ônus que cabia à autora (art. 333, I, do CPC/1973; art. 373, I, do CPC/2015). Inexistência de responsabilidade, em razão da ausência de ato ilícito. Impossibilidade de condenação da denunciante ao pagamento de reparação por danos morais. Julgados do STJ e do TJRJ. Recurso a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008277-37.2013.8.19.0004, em que é Apelante: Christine Dutra da Silva e Apelada: Claudiana Almeida de Souza Gomes.

Acordam, por unanimidade de votos, os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em negar provimento ao recurso.

Trata-se de apelação interposta pela autora contra sentença que julgou improcedente o pedido de reparação por danos morais, sob o fundamento de que não há ato ilícito no oferecimento de denúncia às autoridades competentes (f. 173/174 dos autos eletrônicos).

Em sua apelação (f. 175/182 dos autos eletrônicos), a autora sustenta que a denúncia foi feita pela ré de má-fé, causando-lhe danos morais, restando comprovado o dolo e a intenção de caluniar a autora.

Apesar de devidamente intimada, a ré não apresentou contrarrazões (f. 184/185 dos autos eletrônicos).

É o relatório. Passa-se ao voto.

Conforme relatado, o recurso discute a responsabilidade da apelada por denúncia feita à Universidade do Estado do Rio de Janeiro de que a apelante não preenchia os requisitos para ingresso nos quadros de estudantes por meio das vagas destinadas ao sistema de cotas.

Não obstante a apelante tenha afirmado que a denúncia decorreu de "pataratice e inveja", configurando "ato ilícito praticado por meio de fuxicagem", as provas trazidas ao processo não demonstram essa intenção da apelada.

Na verdade, os documentos (f. 18 e 26/28 dos autos eletrônicos) e o depoimento da apelada (f. 172 dos autos eletrônicos) comprovam que a denúncia foi feita por ela em razão de acreditar ser indevida a inscrição da apelante no sistema de cotas e que essa conduta prejudica outras pessoas que, de fato, tenham direito às vagas. Com efeito, se a apelada entende que a apelante não pode ser considerada negra - por ter pele e olhos claros - ou que sua renda familiar é incompatível com os requisitos socioeconômicos das cotas, tem o direito de informar aos órgãos de controle responsáveis.

Merece destaque o fato de que o e-mail enviado pela apelada não serve para provar qualquer ânimo de caluniar a apelante, mas confirma a indignação da apelante pelo uso das cotas por aqueles que não fazem jus ao benefício, tendo acreditado que a apelante se incluía nesse grupo.

Portanto, a denúncia realizada pela apelada se mostrou ato lícito, configurando exercício regular de direito de petição aos órgãos públicos (art. 5º, XXXIV, a, da CRFB/88). Assim, afastada a má-fé da apelada - que não se presume e não foi comprovada, ônus que cabia à apelante (art. 333, I, do CPC/1973; art. 373, I, do CPC/2015) -, impõe-se afastar sua responsabilidade por eventual constrangimento e sofrimento que tenham recaído sobre a apelante.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados do STJ em casos análogos (de denúncia e de *notitia criminis*):

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MATÉRIA QUE DEMANDA REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal de origem, a partir dos elementos fáticos constante dos autos, concluiu não ter o recorrido agido com má-fé em relação à denúncia feita contra o recorrente e afastou

a possibilidade de pagamento de indenização por danos morais.

2. Rever os fundamentos do acórdão recorrido demandaria a alteração das premissas fático-probatórias dos autos, com o revolvimento de provas, procedimento vedado nesta via recursal, ante o teor do enunciado sumular nº 7 deste Tribunal.

3. Agravo regimental não provido."[1]

(AgRg no AgRg no AREsp 624.638/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 05/05/2015)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CIVIL. ALEGADA COMUNICAÇÃO ABUSIVA DE PRÁTICA DE DELITO. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 186 E 187 DO CÓDIGO CIVIL E AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 32 DA LEI Nº 8.906/94. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. ENUNCIADO Nº 7/STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS QUE JUSTIFIQUEM A ALTERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO."

(AgRg no AREsp 222.501/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014)

Não é diferente o entendimento deste e. Tribunal de Justiça em casos análogos:

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. PROCESSO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS DOS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. Autora alegou ter sido vítima de calúnia ao ter sido acusada injustamente pela prática de furto, ensejando a abertura de inquérito policial e posterior denúncia do Ministério Público. Entendimento já consolidado por este Tribunal e pelo STJ, no sentido de que, salvo casos de má fé, a comunicação à autoridade policial de fato que, a princípio, configura crime, constitui exercício de um dever legal e regular de direito, não ensejando daí danos morais indenizáveis. E na hipótese não restou comprovada má-fé do comunicante. Ausência de prova de que dos fatos narrados tenham advindo consequências que extrapolassem a normalidade e capaz de atingir a personalidade da autora. Manutenção da sentença. Desprovimento do Recurso."

(TJRJ - AC nº 0001054-13.2014.8.19.0064 - Des(a). MÁRCIA CUNHA SILVA ARAÚJO DE CARVALHO - Julgamento: 27/09/2016 - Vigésima Primeira Câmara Cível)

Não há, portanto, provas de ato ilícito da apelada, devendo ser julgado improcedente o pedido de reparação por danos morais.

Diante do exposto, o voto é no sentido de negar provimento à apelação.

Rio de Janeiro, 24 de janeiro de 2018.

DES. ALEXANDRE FREITAS CÂMARA
Relator

1 "Com efeito, é incontroverso que o autor figurou como investigado em procedimentos administrativo e criminal para a apuração dos delitos indicados na representação de f. 31⁄43. No entanto, a reclamação junto aos órgãos oficiais de investigação configura exercício regular de direito, amparado pelo art. 5º, XXXIV, a, da Constituição Federal. A doutrina e a jurisprudência pátrias admitem a responsabilização do autor da denúncia apenas quando demonstrado abuso ou má-fé no exercício desse direito"

SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Jurisprudência Criminal

AGRAVO DE EXECUÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. APENADO DE 80 ANOS DE IDADE. DECISÃO DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE TORNOZELEIRA ELETRÔNICA. CULPA EXCLUSIVA DO ESTADO. RECURSO NEGADO.

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. RECURSO MINISTERIAL. DECISÃO QUE DETERMINOU O CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ABERTO EM PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR SEM MONITORAMENTO ELETRÔNICO.
O Agravado tem direito à prisão domiciliar, uma vez que tem mais de 80 anos de idade, na forma do art. 117, I, da LEP. O Juízo não ordenou o monitoramento eletrônico por ausência de tornozeleira que se deve à culpa exclusiva do Estado, mas fez constar que "tão logo seja regularizado o fornecimento de tornozeleiras eletrônicas pela SEAP, será ele pessoalmente intimado para comparecer ao PMT, a fim de instalar o dispositivo de monitoração eletrônica da PAD, sob pena de revogação da benesse e regressão cautelar de regime". Conheço e nego provimento ao recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução nº 0254739-38.2017.8.19.0001 em que figura como Agravante Ministério Público e como Agravado João Evangelista Vieira,

Acordam os Desembargadores que integram a Colenda Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em julgamento realizado nesta data, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Trata-se de Agravo de Execução interposto pelo Ministério Público contra a decisão que determinou o cumprimento da pena em regime aberto em prisão albergue domicilia sem o monitoramento eletrônico;

Sustenta o *Parquet* que a decisão viola o princípio da legalidade por estender as hipóteses legais de prisão domiciliar, sobretudo quando há vagas para o apenado no regime aberto em Casa de Albergado. Requer reforma da decisão agravada, a fim de que o apenado cumpra a pena em Casa de Albergado, ou então, que assim o faça até a regularização do fornecimento dos aparelhos de monitoramento eletrônico.

A Defesa pugnou, conforme contrarrazões a f. 69/73, a manutenção da decisão, argumentando que o agravante tem 80 anos de idade e que o Juízo concedeu ao apenado o recolhimento domiciliar, de início, sem monitoramento eletrônico, devido à ausência de aparelhos disponíveis no Estado.

A decisão foi mantida, a f. 91

Parecer da Procuradoria de Justiça exarado pela Drª. ANA PAULA CARDOSO CAMPOS, no sentido de que seja conhecido e desprovido o recurso ministerial.

É o relatório.

Voto

Presentes os requisitos de admissibilidade recursal, conheço do presente recurso. No mérito, entendo que não assiste razão ao agravante.

A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto e da pena de limitação de fim de semana, mas se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência

particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante.

O Agravado tem direito à prisão domiciliar, uma vez que tem mais de 80 anos de idade, na forma do art. 117, I, da LEP.

O Juízo não ordenou o monitoramento eletrônico por a ausência de tornozeleira que se deve à culpa exclusiva do Estado, mas fez constar que "tão logo seja regularizado o fornecimento de tornozeleiras eletrônicas pela SEAP, será ele pessoalmente intimado para comparecer ao PMT, a fim de instalar o dispositivo de monitoração eletrônica da PAD, sob pena de revogação da benesse e regressão cautelar de regime".

Feitas estas considerações, conheço e nego provimento ao recurso.

É como voto, Senhor Presidente.

Rio de Janeiro, 15 de maio de 2018.

DES. PAULO RANGEL
Relator

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO. VANTAGEM ILÍCITA. INDUÇÃO A ERRO MEDIANTE ARTIFÍCIO. IMPORTÂNCIA DA PALAVRA DA LESADA. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO. DESCABIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DESPROVIMENTO DE APELO DEFENSIVO.

APELAÇÃO - Art. 171, *caput*, do CP. Sentença que condenou o apelante à pena de 01 (um) ano de reclusão, e ao pagamento de 10 dias-multa, em regime aberto, sendo a pena corporal substituída por restritiva de direitos. Narra a denúncia que o apelante obteve, para si ou para outrem, vantagem ilícita, traduzida no valor de R$ 530,00 em prejuízo de Dayane Coutinho de Castro, induzindo-a em erro, mediante artifício de se passar por advogado da LV Livraria, local onde a vítima trabalha. Por ocasião dos fatos, o ora apelante abordou a vítima, passando-se por advogado da empresa e dizendo que estaria ali a mando do gerente e do dono para pegar a quantia de R$ 1.630,00. A lesada estranhou o procedimento, no entanto o recorrente simulou uma ligação ao dono da loja e informou que se Dayane não tivesse aquele valor em caixa poderia lhe entregar apenas R$ 530,00. Acreditando na narrativa, o valor foi entregue. Sem razão a defesa: Improsperável o pedido de absolvição. Conjunto probatório robusto. Materialidade e autoria delitivas positivadas pelo inquérito policial e pela prova oral. A vítima e as testemunhas de acusação apresentaram versões uniformes e coerentes quanto à dinâmica da ação criminosa. Crime contra o patrimônio. Importância da palavra da lesada. Note-se que restou comprovado que o apelante obteve a vantagem de R$ 530,00, mantendo a vítima em erro, pois simulou ser advogado da empresa, ao mesmo tempo em que fingiu uma ligação telefônica para o gerente do estabelecimento, em que este o autorizara a retirar a quantia pretendida. Caracterizada a lesão patrimonial por meio de engano, não há dúvidas de que houve o estelionato. Princípio da Insignificância: Descabimento. Princípio que não constitui causa de exclusão de ilicitude prevista em lei, decorrendo de simples construção jurisprudencial e doutrinária. Relatividade do conceito de bagatela. Quantia mencionada na denúncia que não é irrisória, pelo contrário, trata-se de um valor alto para a sociedade Brasileira. Por fim, sublinhe-se que o apelante possui outra anotação referente

ao crime de estelionato, sendo processado pela 1ª Vara Criminal na Comarca de Cabo Frio. Prequestionamento Ministerial prejudicado, ante o desprovimento do recurso defensivo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000170-12.2015.8.19.0011 em que figura como Apelante Wellington Santiago Lelis e como Apelado Ministério Público,

Acordam os Desembargadores que integram a Colenda Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em julgamento realizado nesta data, por Unanimidade de votos, em negar provimento ao apelo defensivo.

Consta dos autos, conforme denúncia, em resumo, que "No dia 05 de julho de 2014, por volta das 13:40h, na LV Livraria, localizada na Avenida Teixeira e Souza, nº 01, Loja 01, Centro, Cabo Frio, o denunciado, de forma livre e consciente, obteve para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo a erro a vítima Dayane Coutinho de Castro, mediante o artifício de se passar por advogado do estabelecimento comercial mencionado.

Por ocasião dos fatos, o denunciado abordou a vítima, funcionária da livraria "LV Livraria", passando-se por advogado da empresa e dizendo que estaria ali a mando do gerente e do dono para pegar a quantia de R$ 1.630,00. A vítima estranhou o procedimento, no entanto o denunciado simulou uma ligação ao dono da loja e informou que se a vítima não tinha aquele valor em caixa poderia lhe entregar apenas R$ 530,00. Acreditando na narrativa do denunciado a vítima entregou ao mesmo o valor solicitado, tendo o denunciado deixado o local após.

Assim agindo, está o denunciado incurso nas penas do artigo 171 do Código Penal." (doc. 02)

Processada junto ao Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Cabo Frio, sobreveio sentença (doc. 110), onde foi julgada procedente a denúncia para condenar Wellington Santiago Lelis da imputação do delito previsto no art. 171, *caput*, do CP, às penas de 01 (Um) Ano de Reclusão e 10 (dez) dias multa, a ser cumprida em regime aberto. Destarte, foi deferida a substituição da reprimenda por res-tritiva de direitos.

Inconformada a Defesa de Wellington Santiago Lelis recorreu, apresentando suas razões recursais no (doc. 129). Requer a sua absolvição em razão da fragilidade probatória ou por aplicação do princípio da insignificância.

VOTO

Sem razão a defesa.

Impossível a absolvição. Presente o dolo de induzir à vítima a erro para a obtenção de quantia em dinheiro de forma indevida, além do forte contexto probatório.

Não merece ser acolhido o pleito de absolvição do apelante com base na fragilidade probatória ou por aplicação do princípio da insignificância.

A materialidade e autoria delitivas restaram sobejamente demonstradas pelo conjunto probatório carreado aos autos, consistente no Registro de Ocorrência Aditado (docs. 16/17), fotografias adunadas ao processo (docs. 20/22), auto de reconhecimento de pessoa (docs. 30/31/32) e pelas provas testemunhais produzidas durante a instrução criminal.

Em Juízo o apelante, por ocasião de seu interrogatório, afirmou o seguinte (doc. 158):

"Que não são verdadeiros os fatos nar-

rados na denúncia, que o interrogando trabalhava com um rapaz chamado João e ambos vendiam cartuchos e bobina de impressora de 40 colunas para terminais de caixa. Que estava fazendo esse "bico com o João porque estava desempregado e faziam esse serviço, e sempre recebeu sem problemas e posteriormente o João deixou de lhe pagar e o interrogando pedia para ele lhe entregar o dinheiro; que o João disse que havia vendido para quatro clientes de Cabo Frio e que o interrogando poderia ir receber as quantias referentes e o interrogando ainda lhe indagou se ele havia entregado os cartuchos e bobinas direitinho e ele disse que sim; que o interrogando foi até o shopping receber R$ 816,00 salvo engano, da Feira do Livro e depois foi até à LV Livraria e recebeu R$ 530,00 reais que em momento algum se apresentou como advogado, até porque não tem carteira para isso; que o interrogando disse para os dois vendedores que queria 'receber o dinheiro, referente aos cartuchos e as bobinas; que o interrogando não apresentou documentação alguma para receber por estas bobinas e cartuchos que teriam sido entregues às lojas; que não tem nenhum problema com a Dayane e não sabe porque disse que o interrogando se apresentou como advogado e exigiu mil e poucos reais; que não teve contato com o proprietário do estabelecimento e não o procurou para informar sobre esse débito; que não encontrou mais o João porque não sabia o nome dele completo e o telefone não existe; que João já havia vendido cartuchos e bobinas anteriormente para à LV livraria; mas o interrogando não sabe quando; que trabalhou com o João por quase um ano, mas não chegou a ver se ele entregou as bobinas e cartuchos na LV Livraria; que o interrogando não devolveu dinheiro que recebeu; que está respondendo a um segundo processo de estelionato na 1ª Vara desta Comarca, referente ao recebimento dos oitocentos e poucos reais da Feira de Livros do Shopping Park Lagos; que na época dos fatos estava desempregado e atualmente faz "bicos'' de manutenção de sistema de computadores; que reside com esposa e dois filhos." Dada a palavra ao membro de Ministério Público foi perguntado e respondido: Que o João é de São Paulo e ele vinha pessoalmente em Cabo Frio distribuir as bobinas; que o interrogando distribuía esse material também sozinho em Cabo Frio assim como também ia para São Paulo; que o interrogando não tinha as notas fiscais dessas mercadorias e o interrogando nunca pediu isso para o João é quando o João vinha para Cabo Frio, se encontravam após os telefonemas; que depois do ocorrido, não mais contatou o João; que não sabe mais o número do telefone dele."

Ocorre que a versão apresentada pelo recorrente se mostrou incompatível com as provas carreadas aos autos, não havendo dúvidas quanto à prática do crime patrimonial, pelas razões que serão abaixo expostas:

Nesta perspectiva, veja-se que em sede judicial a vítima Dayane Coutinho de Castro disse que (doc. 158):

"Que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que trabalhava na livraria e no dia do fato estava atrás do balcão quando o réu entrou e se identificou como Maurício Brandão, dizendo que era advogado da empresa e que fora buscar R$ 1.630,00; que lhe disse que não tinha essa quantia no caixa e ele falou que poderia ser R$ 530,00 reais; que o acusado pegou o telefone e simulou uma ligação para como gerente dizendo que tinha sido autorizado a retirada do valor de R$ 530,00 reais e inclusive, a depoente perguntou se ele poderia passar mais tarde porque fecharia o caixa às 15h, mas ele disse que não porque era aniversário da filha dele e se ele faltasse, a filha o mataria; que então, a depoente entregou para ele o valor de R$ 530,00 e ele disse que iria fazer um depósito e retomaria com o comprovante; que quando o acusado saiu da loja a depoente pensou no

erro que poderia ter cometido, e tentou ligar para o gerente, e o telefone só dava desligado; que urna amiga da depoente Sara, que também trabalhava no local, perguntou se ela queria que se fosse atrás dele, mas a depoente disse que ela não o encontraria porque não sabia qual banco ele estaria, mas mesmo, assim ela foi e não o encontrou; que mais tarde a depoente conseguiu falar com o gerente mas ele disse que não havia autorizado a entrega do dinheiro e então; o gerente foi até a loja e depois prosseguiram para a Delegacia, onde fizeram o Registro; que depois de alguns dias o inspetor da polícia lhe chamou porque a depoente lhe entregara a cópia de um CD para filmagem; que a depoente reconheceu o indivíduo que estava na filmagem; que a depoente reconheceu o acusado aqui presente e ainda reconhece como o indivíduo que pegou o dinheiro na loja e soube pelo policial que o acusado fizera isso também em uma loja do shopping; que a foto de f. 14 se refere à filmagem da loja. Pela Defesa foi perguntado e respondido: Que o acusado foi até a loja e informou para a depoente que era advogado da empresa e que a loja deveria acertar o dinheiro com ele e estava com um envelope pardo na mão dizendo que era um documento; que a depoente não emitiu nenhum recibo para o acusado porque ele disse que iria até o banco fazer o depósito e voltaria com o comprovante; que a depoente não o conhecia mas confiou nele. Pelo MM Dr. Juiz foi perguntado e respondido. "Que soube que o rapaz estava vendendo livro no shopping e o lesado foi até a segurança do shopping e narrou o que havia acontecido pois conseguiu ligar para a gerente e verificou quer ela não autorizou a entrega do dinheiro e salvo engano esse rapaz entregou a quantia de R$ 800,00 reais; que os seguranças do shopping conseguiram a placa do carro do acusado quando ele entrou no shopping e foram para a Delegacia e então o vendedor levou a filmagem para a Delegacia; que a depoente teve que pagar esse valor para a loja e o acusado não devolveu essa quantia nem para a depoente nem para a loja."

Nesse diapasão, a testemunha Marcos Alves dos Santos, gerente da LV Livraria (doc. 158):

"Que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que reconheceu o acusado pela imagem e foi o depoente que olhou essa imagem na livraria porque é o gerente; que o depoente já tinha ido para casa no dia dos fatos e a operadora de caixa informara o depoente dizendo que o indivíduo foi até a loja e disse que era o advogado da empresa e que foi lá para pegar um dinheiro para pagar o documento que estava na mão dele; que ele disse um valor, mas ela não tinha esse dinheiro no caixa e disse a quantia que tinha; que a menina disse que ia ligar para o depoente mas o acusado disse que não precisava que ele ligaria e ele simulou uma conversa com o depoente na qual era explicado que tinha um valor menor e que poderia pegar esse valor e o restante pegaria depois; que a menina entregou o valor ao acusado; que acha que ele levou o valor de R$ 530,00 e a funcionária pegou esse dinheiro emprestado e pagou a loja, que o indivíduo que o depoente viu no vídeo é o acusado aqui presente; que a Dayane também reconheceu o acusado, como sendo o indivíduo que esteve na loja. Pela Defesa foi perguntado diretamente e respondido: Que não foi questionado para que tipo de pagamento seria usado o dinheiro; que o dono da loja também não pesquisou o motivo pelo qual seria usado o dinheiro ou que tipo de pagamento; que o proprietário não questionou para que tipo de pagamento serviria o dinheiro porque em nenhum momento ele achou que o réu fosse advogado da empresa; que não vendiam cartuchos de impressoras na loja"."

Como se observa, a vítima e as testemunhas de acusação foram firmes e unânimes ao descreverem a dinâmica do crime perpetrado pelo apelante.

Note-se que restou comprovado que o apelante obteve a vantagem de R$ 530,00 (quinhentos e trinta reais), mantendo a vítima/funcionária em erro, pois simulou ser advogado da empresa, ao mesmo tempo em que fingiu uma ligação telefônica para o gerente do estabelecimento, na qual este o autorizara a retirar a quantia pretendida.

Ora, a versão apresentada pelo recorrente por ocasião de seu interrogatório não merece prosperar, pois ao afirmar que compareceu à LV Livraria, e lá recebeu a quantia de R$ 530,00 (quinhentos e trinta reais) referente à prestação de serviços de venda de cartuchos e bobinas de impressora está prestando depoimento inverossímil e fora do contexto probatório.

Seguindo esta linha de pensamento, afirma a Procuradoria de Justiça (doc. 158):

"Não é razoável e nem mesmo lógico que a lesada Dayane tenha desenvolvido tese tão fantasiosa para prejudicar uma pessoa que sequer conhecia anteriormente. Além disso, se assim fosse, também estaria o apelante sendo acusado injustamente pelos proprietários da feira de livros do Park Shopping, os quais formularam acusações de igual teor, o que culminou com o ajuizamento de outra ação penal por fato idêntico."

Assim, os elementos coligidos na fase inquisitorial, aliados à prova produzida na AIJ, formaram o robusto acervo probatório que alicerça a sentença guerreada.

Com efeito, observe-se que nos crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima tem valor relevante para embasar o decreto condenatório, conforme pacificado pela doutrina e jurisprudência dos tribunais.

A propósito, observem-se os seguintes julgados:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ROUBO. CRIME DE ESTUPRO. CRIME DE LESÃO CORPORAL. CONCURSO MATERIAL. ARTIGO 157, PARÁGRAFO 2º, INCISO I, ARTIGO 213 E ARTIGO 129, *CAPUT*, NA FORMA DO ARTIGO 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. PRETENSÃO MOVIMENTADA PELA DEFESA NO SENTIDO DA ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA QUE GUARDA ESPECIAL RELEVO E ATENÇÃO EM SE TRATANDO DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO E CRIMES CONTRA O COSTUME, DEVENDO PREVALECER À DO RÉU, JÁ QUE SERENA, COERENTE, SEGURA E AFINADA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO EXISTENTES NESTES AUTOS VIRTUAIS. ACUSADO QUE MEDIANTE GRAVE AMEAÇA IMPINGIDA À VÍTIMA MEDIANTE O EMPREGO DE UMA ARMA DE FOGO, SUBTRAIU LHE A IMPORTÂNCIA DE CENTO E QUARENTA REAIS NO ESTACIONAMENTO DO BANCO ITAÚ E DETERMINOU QUE PASSASSE PARA O BANCO DO CARONA, LEVANDO-A PARA O MOTEL PRIMAVERA E, AINDA, CONSTRANGEU-A A PRATICAR CONJUNÇÃO CARNAL. VÍTIMA QUE APÓS O ATO SEXUAL CONSUMADO PEDIU SOCORRO COM A CHEGADA DO GARÇOM AO QUARTO DO ESTABELECIMENTO PARA ENCERRAR A CONTA, SENDO NESTE INSTANTE AGREDIDA PELO ACUSADO. PROVAS SUFICIENTES A CONVENCER DO DECRETO CONDENATÓRIO. DOSIMETRIA DA PENA QUE DEVE SER REVISTA TÃO-SOMENTE EM RELAÇÃO A PENA DE MULTA, ADEQUANDO-A AO PERCENTUAL FIRMADO PARA A PENA CORPORAL, PARA ASSENTÁ-LA DEFINITIVAMENTE EM 13 (TREZE) DIAS-MULTA, NA FRAÇÃO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO-MÍ-

NIMO. RECURSO NEGADO PROVIMENTO. DECISÃO MODIFICADA DE OFÍCIO (TJ-RJ - APL: 01902254320128190004 RJ 0190225-43.2012.8.19.0004, Relator: DES. SIDNEY ROSA DA SILVA, Data de Julgamento: 18/11/2014, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: 26/11/2014 11:23)

Apelação. Roubo. Recurso da defesa pleiteando a absolvição por insuficiência de provas ou, subsidiariamente, desclassificação para o crime de furto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Ao contrário do alegado pela defesa, a prova produzida nos autos conduz à existência da materialidade e certeza quanto à autoria do delito praticado contra a vítima, principalmente diante dos depoimentos colhidos na instrução criminal. Em juízo, a vítima prestou depoimento preciso, seguro e coerente, narrando com riqueza de detalhes toda a dinâmica do evento, além de ter reconhecido o acusado como do autor do fato. Cabe destacar que nos crimes contra o patrimônio a palavra da vítima assume papel de relevo como meio de prova, considerando-se que, ao apontar os culpados, não possui outro interesse que não seja o de revelar a verdade dos fatos e contribuir para a reprimenda penal dos autores do crime, assim, a simples negativa de autoria não se sobrepõe à palavra do lesado. Ademais, se não houve testemunhas presenciais, somente quem sofreu a ação é que pode descrever os fatos e identificar o agente. Subsidiariamente, a defesa requer a desclassificação do crime de roubo para o de furto, alegando que não teria restado demonstrada a elementar da grave ameaça. Contudo, na presente hipótese, a vítima afirmou claramente que o acusado a ameaçou, mandando "passar tudo que tinha se não ia dar tiro na cabeça". Ora, resta certa a grave ameaça com tais palavras, pois fui suficiente para gerar temor à vítima e esta entregar ao acusado seus pertences. Logo, inviável o pedido de desclassificação. Correta a dosimetria. Quanto ao regime, mantém-se o fechado, pois o réu é reincidente. Desprovimento do recurso (TJ-RJ - APL: 0143965-14.2012.8.19.0001 RJ 0143965-14.2012.8.19.0001, Relator: DES. MÔNICA TOLLEDO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 18/02/2014, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: 21/03/2014 18:05)

Neste aspecto, note-se que a declaração da vítima e das testemunhas de acusação foram unânimes, firmes e harmônicas entre si, não havendo qualquer prova direta que contrarie as mesmas. Trata-se de prova oral que goza de presunção de veracidade.

De outra parte, a Defesa não indicou um elemento sequer que macule a credibilidade de tais afirmações.

Como se observou, nos crimes patrimoniais a palavra da vítima é decisiva para a condenação, mormente quando as partes não se conheciam anteriormente, não havendo motivo para que terceira pessoa desconhecida fosse injustamente acusada.

Da mesma forma, não merece acolhimento o pedido subsidiário de absolvição com respaldo no princípio da insignificância.

Não há que se falar na aplicação à presente hipótese do princípio da insignificância.

O Princípio da Bagatela ou da Insignificância é uma construção doutrinária e jurisprudencial mais liberal, que permite a exclusão da tipicidade na ocorrência de lesões que sejam consideradas insignificantes e sem qualquer significação social.

Alega a Defesa que o prejuízo causado pelo apelante é irrisório e não representa ofensa patrimonial significante.

Ora, o que é bagatela para uns não é in-

significante para outros. Frise-se que o valor auferido é de R$ 530,00 (quinhentos e trinta reais), quantia bastante alta.

Neste aspecto, ressalte-se a acanhada situação financeira da vítima, que laborava na livraria.

Além disso, para que incida o princípio em questão, não basta levar-se em conta apenas a quantia obtida ilicitamente. Há que se avaliar o desvalor da conduta do agente.

No mesmo sentido, sublinhe-se que o apelante possui outra anotação referente ao crime de estelionato, sendo processado pela 1ª Vara Criminal na Comarca de Cabo Frio (doc. 58).

Veja-se que no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da insignificância não pode ser invocado para afastar a tipicidade.

Ao aceitar essa ideia o Estado estará dando margem a situações de perigo em que qualquer cidadão poderá se valer de tal princípio para justificar a prática de delitos, incentivando, por certo, condutas que atentariam contra a ordem social, colocando em risco a segurança da coletividade.

Nesta perspectiva, observe-se o seguinte julgado:

" CRIME DE FURTO PRATICADO MEDIANTE DESTRUIÇÃO OU ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE AGENTES. - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA.- APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.- RECURSO MINISTERIAL.- CONDENAÇÃO NOS EXATOS TERMOS DA DENÚNCIA.- O nosso ordenamento jurídico não contempla o princípio da insignificância (ou da bagatela), sendo acolhido pela jurisprudência apenas em hipótese isoladas.- A lesividade da conduta do apelado, de forma alguma, se amolda à hipótese de crime de bagatela, pois que o valor do bem subtraído não fora irrisório e não foi mínimo o grau de reprovabilidade da sua conduta, devendo o mesmo ser condenado pelo crime previsto no artigo 155, § 4º, incisos nº I e VI, do Código Penal. Considerando que o réu preenche os requisitos do artigo 44, do Código Penal, deve a pena privativa de liberdade ser substituída por penas restritivas de direitos. - Provimento do recurso ministerial. 0000575-61.2009.8.19.0204 – APELAÇÃO. DES. VALMIR RIBEIRO Julgamento: 23/11/2011 - Oitava Câmara Criminal."

Portanto, não há que se falar no reconhecimento do Princípio da Insignificância.

Por todo o exposto, o conjunto probatório está plenamente apto a embasar o *decisum* vergastado, não merecendo guarida o pleito absolutório.

Não há dúvidas, de que se trata de crime de estelionato, já que caracterizada a lesão patrimonial por meio de engano.

Prequestionamento Ministerial prejudicado, ante o desprovimento do recurso defensivo.

Voto pelo desprovimento do apelo defensivo.

Rio de Janeiro, 03 de julho de 2018.

DESª GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA
Relatora

DOCUMENTO PÚBLICO FALSO. OPERAÇÃO LEI SECA. RECUSA A SOPRAR O BAFÔMETRO. APRESENTAÇÃO DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO IRREGULAR. ALEGAÇÃO

DE DESCONHECIMENTO DA FALSIDADE DO DOCUMENTO. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DE LEI PENAL. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

"CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. REFORMA. HIPÓTESE. Demonstrando os elementos de prova dos autos, de forma clara e inequívoca, que o apelado, com consciência e vontade, apresentou aos policiais da Operação Lei Seca uma Carteira Nacional de Habilitação falsa, capaz de iludir terceiros como se idônea fosse, configurado está o crime de uso de documento público falso, impondo-se sua condenação nos termos da peça acusatória. PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL".

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0421587-83.2015.8.19.0001, da 39ª Vara Criminal da Comarca da Capital, em que é Apelante o Ministério Público, sendo Apelado Alessandro Ferreira Rodrigues,

Acordam os Desembargadores que integram a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, na sessão realizada no dia 30/01/2018, em dar provimento ao apelo ministerial para condenar o recorrido, como incurso no artigo 304, na forma do artigo 297, ambos do Código Penal, às reprimendas de 2 (dois) anos de reclusão, no regime aberto, e de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, substituída a primeira por duas sanções restritivas de direitos, tudo nos termos do voto do Relator.

Integra o presente o relatório de f. 154/155.

O Ministério Público pleiteia a reforma da sentença recorrida para que o apelado Alessandro seja condenado nos termos da denúncia.

Assiste razão ao *Parquet*.

Por ocasião de seu interrogatório (f. 69), o recorrido Alessandro, exercendo direito constitucional, optou pelo silêncio.

Em sede policial (f. 05), o apelado prestou declarações, afirmando:

"(...) que, no dia de hoje, por volta das 1h10min, vinha com seu veículo de placa LQC 1612 pela Rua São João Batista, quando foi parado na Lei Seca, onde se recusou a soprar o bafômetro e espontaneamente apresentou sua CNH, a qual após exame no local foi dada como supostamente falsa. Que desconhece que sua CNH possa ser falsa, uma vez que a tirou na Autoescola JARU em Bonsucesso. (...)"

As provas dos autos demonstram que o recorrido Alessandro efetivamente praticou a conduta ilícita descrita na peça acusatória.

Com efeito, a testemunha de acusação Bárbara Danielle Inácio de Carvalho (f. 53), funcionária do DETRAN, declarou, em Juízo, que:

"(...) não conhecia o apelado antes dos fatos; que, ao olhar a fisionomia do recorrido, lembrou tê-lo visto em alguma operação, mas não se recorda exatamente dos fatos, até porque ocorreram em 2013; que é agente do DETRAN, trabalhando nas blitz da 'Lei Seca'; que, na referida blitz, a documentação é passada para o DETRAN, o qual verifica se está tudo correto com a CNH; que a consulta é feita em um aparelho que é igual a um celular; que quando a habilitação é falsa aparece que a pessoa não é habilitada e, neste caso, o policial que abordou conduz a pessoa para a Delegacia; que se recorda do apelado em alguma blitz e algo em relação a sua CNH, mas não se recorda exatamente da operação até porque partici-

pa de muitas; que lembra ter ido à Delegacia com o recorrido; que confirma ser sua a assinatura constante de f. 08; que é padrão sempre consultar a base de dados do DETRAN. (...)"

A referida testemunha Bárbara Danielle prestou declarações também na fase distrital (f. 07/08), informando o seguinte:

"(...) que é agente de trânsito do DETRAN e que, no dia de hoje, realizava operação da Lei Seca, em frente ao cemitério São João Batista, onde foi abordado por policiais militares que mandaram o veículo de placa LQC 1612 encostar, onde o mesmo se recusou ao teste do bafômetro e ao analisar a CNH foi certificado poder tratar-se de documento, supostamente falso. Levado o fato à 12ª DP, foi apreciado pela autoridade de plantão Drª Soraya a qual determinou que o fato fosse levado para a 10ª DP, circunscrição do ocorrido. (...)"

O Laudo de Exame de Documento, de f. 16/17, comprova que a Carteira Nacional de Habilitação apreendida, constando o nome do apelado, bem como seu CPF, RG e filiação, é realmente falsa, pois apresenta irregularidades materiais, tendo o expert concluído tratar-se de documento de emissão espúria. A mencionada peça técnica comprova, também, que, no estado em que se encontra e em razão de sua aparência, a CNH em tela pode iludir terceiros como se idônea fosse.

Como se pode ver, a testemunha Bárbara Danielle confirmou, em Juízo, sob o crivo do contraditório, que acompanhou o apelado até à Delegacia, tendo em vista a existência de algum problema relacionado com a CNH do mesmo, sendo posteriormente constatada a falsidade do referido documento. Além disso, a citada testemunha confirmou ser sua a assinatura aposta no termo de declaração de f. 08.

Cumpre destacar que o próprio apelado, em sede policial, afirmou ter apresentado espontaneamente sua CNH, alegando desconhecer a falsidade da mesma.

Ressalta-se que a norma do artigo 155 do CPP veda que a solução condenatória seja fundamentada exclusivamente nos elementos de informação colhidos em sede policial, o que não afasta a possibilidade de os referidos elementos servirem como fundamento do decreto condenatório, se corroborados pela prova colhida em Juízo, como ocorre na hipótese dos autos.

Nesse sentido, tem decidido esta Corte:

"APELAÇÃO CRIMINAL. IMPUTAÇÃO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. IMPRONÚNCIA FUNDADA EM ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS, LASTREADA EM DÚVIDA RAZOÁVEL ACERCA DA AUTORIA. PRELIMINAR DEFENSIVA, VEICULADA EM CONTRARRAZÕES, ALEGANDO QUE O RECURSO NÃO MERECE SER CONHECIDO, PORQUE NÃO FORMALMENTE INTERPOSTO PELO *PARQUET*. REJEIÇÃO. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA QUANTO AO DESEJO DE RECORRER POR PARTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO, À LUZ DO PERMISSIVO DO ART. 578 DO CPP ("O RECURSO SERÁ INTERPOSTO POR PETIÇÃO OU POR TERMO NOS AUTOS, ASSINADO PELO RECORRENTE OU POR SEU REPRESENTANTE"). MÉRITO QUE SE RESOLVE EM FAVOR DA ACUSAÇÃO. ALEGAÇÃO, FEITA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, DE QUE A PROVA SE RESUME AO QUE FOI PRODUZIDO EM SEDE POLICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 155 DO CPP, QUE PERMITE A AFERIÇÃO DOS REQUISITOS PARA A PRONÚNCIA, TANTO PELOS ELEMENTOS PRODUZIDOS EM JUÍZO, QUANTO EM SEDE POLICIAL. MESMO QUE SUBSISTENTE EVENTUAL DÚVI-

DA, A MESMA HÁ DE SER RESOLVIDA, NESTA FASE, EM FAVOR DO ESTADO--ACUSADOR. QUESTÕES QUE DEVEM SER DIRIMIDAS PELO JUIZ NATURAL. PROVA DOS AUTOS APTA A ENSEJAR A ADMISSIBILIDADE DA DENÚNCIA, COM A SUBMISSÃO DO RÉU A JULGAMENTO PLENÁRIO. 2. A Constituição da República consagrou, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, a instituição do Tribunal do Júri, atribuindo-lhe a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e garantindo-se-lhe a soberania dos vereditos decorrentes (art. 5º, XXXVIII). 3. A sentença de pronúncia encerra mero juízo de admissibilidade da acusação, pelo qual o Magistrado, verificando positivamente a certeza da materialidade do fato e os indícios suficientes de autoria, haverá de submeter o réu a julgamento perante o Tribunal do Júri. 4. O princípio do livre convencimento do Juiz recebeu nova oxigenação a partir da redação dada ao art. 155 do CPP (Lei nº 11.690/08), segundo a qual se viabiliza o conhecimento e a valoração dos elementos produzidos em sede policial, desde que a decisão neles não se baseie em tom de exclusividade. 5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal "firmou-se no sentido de que é válida a "prova feita na fase do inquérito policial, quando não infirmada por outros elementos colhidos na fase judicial". 6. Se se mostra juridicamente viável a consideração dos elementos do inquérito para subsidiar, de modo adicional, eventual condenação no âmbito do processo de conhecimento, mais ainda tal possibilidade se faz presente em tema de pronúncia, a qual opera com requisitos próprios e se influencia pelo postulado *in dubio pro societate*. Precedentes do STJ. 7. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que "a decisão de pronúncia, por possuir conteúdo meramente declaratório, pode se valer de elementos probatórios colhidos na fase inquisitorial, por não configurar juízo de certeza". 8. A doutrina e a jurisprudência têm se orientado no sentido de que, antevendo o Magistrado elementos aptos a gerar dúvida razoável, deve direcionar tais ambiguidades ao Tribunal do Júri para estabelecer, na espécie, o esperado juízo de certeza, porquanto prevalece, nesta fase procedimental, a orientação *in dubio pro societate*. 9. A fundamentação da sentença de pronúncia não pode materializar-se de modo exauriente quanto ao exame das provas, sendo de qualquer forma vedado, pela regra do art. 478 do CPP, a alusão dos seus termos durante os debates. Precedente do STF. 10. A sentença de pronúncia há de fazer exame contido sobre a questão da imputatio juris, projetando-se, como regra, se ao menos ressonante na prova indiciária, o viés da submissão do caso à deliberação do órgão competente. 11. Recurso ministerial a que se dá provimento". (Apelação nº 0496446-12.2011.8.19.0001, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. CARLOS EDUARDO ROBOREDO, julgado em 03/06/2014)

Diante desse quadro, é inconteste que o recorrido Alessandro, ao apresentar a CNH falsa aos policiais que participavam da Operação Lei Seca, violou o disposto no artigo 304 do Código Penal.

Em decorrência disso, é de se dar provimento ao recurso ministerial para condenar o apelado por violação ao artigo 304, na forma do artigo 297, ambos da Lei Penal.

Passo à dosimetria da pena.

Observadas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, que são favoráveis ao recorrido, estabeleço suas penas-base em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, as quais são tornadas definitivas ante a ausência de quaisquer causas de modificação.

Estabeleço o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade, eis que a hipótese dos autos se enquadra na pre-

visão da alínea "c" do § 2º do artigo 33 do Código Penal, tendo em vista que o recorrido Alessandro é primário e a pena privativa de liberdade aplicada é inferior a 4 (quatro) anos.

Fixo o valor unitário mínimo para os dias-multa.

Por satisfazer o apelado os requisitos do artigo 44 da Lei Penal, substituo, pelo mesmo período, a pena corporal por 2 (duas) sanções restritivas de direitos. Uma, de prestação de serviços à comunidade e outra, de prestação pecuniária, no valor de 2 (dois) salários-mínimos, a ser entregue a entidade que tenha finalidade social, ambas a serem estabelecidas na fase de execução.

Pagará o recorrido as custas processuais e a taxa judiciária legal.

Pelo exposto, dou provimento ao apelo ministerial para condenar o apelado Alessandro Ferreira Rodrigues, por infração ao artigo 304, na forma do artigo 297, ambos do Código Penal, às penas de 2 (dois) anos de reclusão, no regime aberto, e de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, substituída a primeira por duas restritivas de direitos.

Rio de Janeiro, 30 de janeiro de 2018.

DES. ANTONIO EDUARDO F. DUARTE
Relator

ESTELIONATO. BILHETE PREMIADO. IDOSA. INTERVENIÊNCIA DE TERCEIRO PARA VALIDAR A TRAMA. AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DECLARAÇÕES CONSISTENTES DA VÍTIMA. CREDIBILIDADE DO APENADO MITIGADA POR CONDENAÇÕES ANTERIORES. RECURSOS IMPROVIDOS.

Apelação criminal. Art. 171 do - CP. Condenação Réus em liberdade. Pena de 2 anos de reclusão em regime fechado e 16 DM no VML (Carlos) e 01 ano e 05 meses de reclusão em regime semiaberto (substituída por duas restritivas de direito) e 12 DM no VML. Os réus aplicaram em senhora idosa, apropriando-se de suas joias, o golpe do 'bilhete premiado". Recursos sustentando o reconhecimento da prescrição (Sueli), ou as absolvições dos recorrentes com abrandamento do regime prisional. Fatos ocorridos em 08/11/12. Denúncia recebida em 05/08/13. Sentença proferida em 31/07/17. Lapso prescricional de 04 anos (art. 109, V do CP) não superado ante a existência do marco interruptivo da prolação da sentença (art. 117, IV c/c § 2º do mesmo dispositivo). Preliminar rejeitada. No mérito, ausentes elementos que corroborem as teses defensivas, mostrando-se improvável que o delito tenha sido perpetrado autonomamente, e que os dois imputados não se conhecessem, tendo a mesma procedência. Regimes aflitivos adequadamente justificados não ensejando reparos. Recursos improvidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo nº 0257661-91.2013.8.19.0001, em que são Apelantes Carlos Augusto Lopes Oss e Sueli Valendorf da Silva 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-se provimento aos apelos, nos termos do voto da eminente Desembargadora-Relatora.

Trata-se de apelações interpostas contra sentença que, ao apreciar o feito presente, condenou os apenados à 02 anos de reclusão em regime fechado e 16 DM (Carlos) e 01 ano e 05 meses de reclusão em regime semiaberto (Sue-

li - substituída por duas restritivas de direitos) e 12 DM no VML, em razão da aplicação do golpe do bilhete premiado contra pessoa idosa.

Insurgem-se as defesas técnicas, visando o reconhecimento da prescrição, quanto à reprimenda de Sueli, absolvição quanto aos apenados e abrandamento do regime aflitivo.

Cumpre-me inicialmente, tratar do ponto atinente à prescrição da pretensão punitiva/executória.

Em linhas gerais, não há qualquer prescrição.

VOTO

O golpe foi realizado em 08/11/12, esta data mostra-se relevante pois ocorreu após a inovação legislativa que obsta que a prescrição da pena concretizada seja aferida antes do recebimento da denúncia, em 05/08/13 - art. 110, § 1º do CP.

A sentença foi prolatada em 31/07/17. A sanção concretizou-se em 01 ano e 05 meses de reclusão (pena da postulante), o que nos termos do artigo 109, V do CP, nos fornece um lapso prescricional de 04 anos, não superados até a prolação da sentença condenatória, embora se reconheça que encontrava nos estertores. Todavia, este último, nos termos do artigo 117 do CP, é marco interruptivo da contagem prescricional e como preconiza seu § 1º, impõe o reinício da contagem. Assim, ausente a prescrição apontada, mesmo da pretensão executória, visto que nem um ano decorreu após seu advento.

Superada a questão da prescrição, adentra-se no mérito.

Não se mostra impossível a prática do aludido golpe sem a interveniência de terceiro, no caso o corréu, contudo, os elementos apontam ter havido a clássica sistemática. Nesta, o dono do suposto 'bilhete premiado', aproxima-se da vítima, conta a ladainha corriqueira, quando aparece um terceiro, também interessado, que vem a reforçar a validade da trama, oferecendo até mesmo alguma garantia, como na hipótese versada.

Destaca-se, que nada foi trazido pelas defesas que afasta esta premissa. Como narra a vítima, foi Carlos quem ligou para a 'Caixa' com vistas a assegurar a validade do bilhete, e focou com as jóias. Como imputado, e o mesmo vale para a ré, encontra-se compromissado com a autodefesa, e deste modo, exige-se mais do que suas mera alegações para que seja dado algum crédito ao que sustenta, entre outros, não conhecer a ré - a prática e a procedência de ambos, da mesma região do país, sendo apontados pela autoria delitiva, como destacado pelo '*parquet*', tornando improvável tais assertivas.

Por fim, o próprio histórico do apenado não lhe socorre. Pode ser possível que uma ou duas anotações não se justifiquem, e de fato de algumas foi absolvido, mas ostenta cerca de 25 anotações por estelionato, com condenações, o que mitiga a credibilidade do que afirma.

As declarações da vítima mostram-se consistentes por toda a instrução, e em harmonia a prova deduzida, inexistindo elementos que lhe mitiguem a credibilidade. Dessarte, escorreito o juízo de condenação de ambos os réus, não se vislumbrando, ante a prova deduzida, qualquer possibilidade de entendimento diverso do assinalado no édito opugnado.

Do mesmo modo, a fixação dos regimes aplicados encontra-se bem fundamentada pela sentenciante, não ensejando, no entender desta relatoria quaisquer reparos, haja vista que as reprimendas base distaram dos mínimos cominados.

Em face do disposto, integrando neste voto, na forma regimental, o parecer do insigne Procurador de Justiça, Dr. JÚLIO CÉSAR LIMA DOS SANTOS, voto no sentido de negar-se provimento aos apelos.

Rio de Janeiro, 13 de junho de 2018.

DESª. SUELY LOPES MAGALHÃES
Relatora

EXECUÇÃO PENAL. INTERSTÍCIO TEMPORAL. PROGRESSÃO DE REGIME CARCERÁRIO SEMIABERTO. RECONTAGEM DO PRAZO. FALTAS GRAVES NO CÁRCERE. *ERROR IN JUDICANDO*. RECURSO PRÓPRIO. NÃO UTILIZAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REJEIÇÃO LIMINAR.

***Habeas corpus* - Execução penal – Reinício da contagem do prazo à obtenção de interstício temporal à progressão ao regime carcerário semiaberto – alegação da ocorrência de *error in judicando*, por inexistência de previsão legal à adoção desta gravosa iniciativa, em detrimento de quem já havia implementado, desde 23/11/2017, fração de cumprimento de pena corporal compatível com a obtenção daquele benefício, mas cujo cálculo teria sido equivocadamente alterado pelo cartório do juízo executório, em razão do cometimento, em 12/12/2016, de falta grave e cuja punição foi aplicada, em 14/02/2017, em face de quem já se encontrava no regime prisional fechado, motivo pelo qual requereu a concessão da ordem, para cassar tal *decisum*, ou, alternativamente, para que seja garantida a perseguida progressão em prazo razoável - inadequada formulação de pedido, o qual, ao que parece, ainda não foi sequer formulado perante o juízo originário, já que nada foi noticiado a esse respeito, nem apresentada qualquer comprovação documental de tal iniciativa, de modo que o respectivo exame e decisão, aqui, importaria em inadmissível supressão de instância e em violação ao princípio do juiz natural - impróprio manejo do *writ* como substitutivo de recurso próprio, o de agravo na execução - insuficiência instrutória, em razão da ausência de cópia da decisão impugnada, a inviabilizar o pleno e adequado conhecimento e individualização da hipótese, bem como descumprindo o dever de prévia instrução do *mandamus*, com a juntada da integralidade dos documentos essenciais ao exame e decisão da causa - rejeição liminar, por se tratar de medida manifestamente improcedente - precedentes jurisprudenciais - decisão calcada na conjugação estabelecida entre os arts. 932, inc. Nº III, primeira figura, 1011, inc. Nº I, ambos do cpc, e 3º do CPP - arquivamento do feito.**

DECISÃO MONOCRÁTICA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0026022-66.2018.8.19.0000, sendo Impetrante Dr. Antônio Valverde Negreiros Junior (ADV), Paciente Heric dos Santos Baltazar e Autoridade Coatora o Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais.

Trata-se de insurreição defensiva diante do reinício da contagem do prazo à obtenção de interstício temporal à progressão ao regime carcerário semiaberto, ao argumento da ocorrência de error in judicando, por inexistência de previsão legal à adoção desta gravosa iniciativa, em detrimento de quem já havia implementado, desde 23/11/2017, fração de cumprimento de pena corporal compatível com a obtenção daquele benefício, mas cujo cálculo teria sido equivocadamente alterado pelo Cartório do Juízo Executório, em razão do cometimento, em 12/12/2016, de falta grave e cuja punição foi aplicada, em 14/02/2017, em face de quem já se encontrava no regime prisional

fechado, motivo pelo qual requereu a concessão da ordem, para cassar tal *decisum*, ou, alternativamente, para que seja garantida a perseguida progressão em prazo razoável.

Caracterizada inadequada formulação de pedido, o qual, ao que parece, ainda não foi sequer formulado perante o juízo originário, já que nada foi noticiado a esse respeito, nem apresentada qualquer comprovação documental de tal iniciativa, de modo que o respectivo exame e decisão, aqui, importaria em inadmissível supressão de instância e em violação ao princípio do Juiz Natural, além do impróprio manejo do *writ* como substitutivo de Recurso próprio, o de Agravo na Execução e da insuficiência instrutória, em razão da ausência de cópia da Decisão impugnada, a inviabilizar o pleno e adequado conhecimento e individualização da hipótese, bem como descumprindo o dever de prévia instrução do *mandamus*, com a juntada da integralidade dos documentos essenciais ao exame e decisão da causa, e nos termos da conjugação estabelecida entre os arts. 932, inc. nº III, primeira figura, 1011, inc. nº I, ambos do CPC, e 3º do CPP, decreto a rejeição liminar do presente feito, por se tratar de medida manifestamente improcedente.

Esta também tem sido a orientação adotada pelo Pretório Excelso quanto à insuficiência instrutória:

"DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Gerson Batista Júnior contra ato supostamente praticado pelo Superior Tribunal de Justiça. Os autos não foram instruídos com cópia ou transcrição da decisão impugnada e tampouco com qualquer documento apto a subsidiar a pretensão deduzida no feito. É o relatório. Decido. Conforme relatado, os autos não foram instruídos com quaisquer documentos aptos a subsidiar a pretensão deduzida. Conquanto o *habeas corpus* não exija maiores formalidades, é imprescindível que a inicial satisfaça requisitos mínimos de cognoscibilidade e seja suficientemente instruída com o acervo probatório necessário à imediata constatação da plausibilidade jurídica dos pedidos formulados, elementos estes não constantes nos autos. Frise-se que a insuficiente instrução do feito impede verificar se as causas de pedir e os pedidos formulados foram efetivamente apreciados pelas instâncias inferiores, fato este que pode acarretar indevida supressão de instância. Ademais, considerando os reduzidos limites cognitivos admitidos na via processual do *habeas corpus*, a pré-constituição da prova é ônus que se impõe ao impetrante. Por essas razões, não conheço do pedido (art. 38 da Lei nº 8.038/1990 e art. 21, § 1º, do RISTF). Oficie-se à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (com cópia da inicial e desta decisão), para, se for o caso, impetrar outro *habeas corpus*, devidamente instruído e fundamentado. Publique-se. Int. Brasília, 15 de agosto de 2012. - Relator - *HABEAS CORPUS* 114.825 - RELATOR: *IN*. JOAQUIM BARBOSA".

Vale frisar que hodiernamente os Tribunais Superiores têm-se voltado à preocupação de evitar o desvirtuamento e a banalização desta excepcional ação constitucional, tanto assim que se tornam corriqueiras decisões reconhecendo a inviabilidade de tal manejo substitutivo. Senão vejamos:

STF:

EMENTA DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE. 1. O *habeas corpus* tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o *writ*

amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo *habeas corpus* em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. 2. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção das frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores em eventuais hipóteses de discrepâncias gritantes e arbitrárias 3. Pertinente à dosimetria da pena, encontra-se a aplicação da causa de diminuição da pena objeto do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. A quantidade e a variedade da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, constituem elementos que podem ser validamente valorados no dimensionamento do benefício revisto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. 4. *Habeas corpus* rejeitado. HC 106.377 /MG - Relatora: MIN. ROSA WEBER Julgamento: 21/08/2012 Primeira Turma.

PENAL. *HABEAS CORPUS*. LEI DE EXECUÇÕES PENAIS, ART. 112. EXAME CRIMINOLÓGICO. FACULTATIVIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. JUÍZO DA EXECUÇÃO. REQUISITO SUBJETIVO. VERIFICAÇÃO. AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. O *habeas corpus* impetrado como substitutivo de recurso ordinário revela sua utilização promíscua e deve ser combatido, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso sub judice. 2. O exame criminológico, de caráter facultativo, pode ser determinado pelo juízo da execução em decisão fundamentada. (Precedentes: HC nº 105.234/RS, Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma; HC nº 106.477/RS, Relator o Ministro DIAS TOFFOLI, Primeira Turma; HC nº 102.859/SP, Relator o Ministro JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma). 3. Os requisitos necessários para a progressão de regime são dois: a) cumprimento de pelo menos um sexto da pena no regime anterior (requisito objetivo) e b) bom comportamento carcerário (requisito subjetivo), segundo a nova redação do art. 112 da LEP (A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.) 4. *In casu*, a) o paciente foi condenado à pena de 12 (doze) anos de reclusão pela prática de crimes de roubo; b) cumprido 1/6 (um sexto) da pena imposta, pleiteou-se a progressão para o regime semiaberto de cumprimento de pena, o que restou deferido pelo juízo das execuções. c) o Ministério Público do Estado de São Paulo agravou da decisão, que restou provida de Tribunal de Justiça Estadual, com fundamento na dificuldade do sentenciado em reintegrar-se ao convívio social, demonstrada pelo cometimento de faltas graves no cárcere, inclusive fuga, o que recomenda a realização do exame criminológico para avaliar-se cumprimento do requisito subjetivo para a obtenção do benefício de progressão de regime. 5. Ordem denegada. HC 110.423 / P - Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 03/04/2012 Órgão Julgador:

Primeira Turma Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-076 DIVULG 18/04/2012 PUBLIC 19/04/2012.

STJ:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. DOSIMETRIA DA PENA. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA SÚMULAS Nºs 443 E 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM CONCEDIDA, INCLUSIVE DE OFÍCIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial. 2. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória. 3. *In casu*, há manifesta ilegalidade, pois o Juiz considerou desfavoráveis a personalidade e a conduta social, com base em processos sem condenação definitiva, o que viola o enunciado nº 444 da Súmula desta Corte. De outra parte, na terceira fase da dosimetria, aumentou a pena de metade apenas em razão do número de majorantes, sem qualquer motivação concreta, contrariando o enunciado nº 443, o que deve ser reconhecido de ofício. 4. *Habeas corpus* concedido, inclusive de ofício, para reduzir a reprimenda imposta ao paciente para 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 56 (cinquenta e seis) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão. HC 133.221 / MS Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - Órgão Julgador; Sexta Turma - Data do Julgamento: 17/05/2012 Data da Publicação/Fonte: DJe 28/05/2012.

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ECA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. *WRIT* PRÉVIO INDEFERIDO LIMINARMENTE PELA CORTE ESTADUAL. TRAMITAÇÃO CONCOMITANTE AO RECURSO DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA. I. Na hipótese, há informações do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quanto à tramitação de apelação criminal - instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que os Tribunais estaduais reexaminem os fundamentos da condenação da paciente. O exame do presente *writ* acarretaria, à evidência, uma circunstância reveladora de certo desprestígio das instâncias institucionais de julgamento em Segundo Grau de Jurisdição. II. Não se infere flagrante ilegalidade na condenação da paciente, sendo que a análise do tema exigiria revolvimento de prova, o que não se admite em sede de habeas corpus. III. Eventual concessão da ordem aqui pleiteada poderia acarretar na perda do objeto da apelação em trâmite na Corte de origem, este sim instrumento processual legalmente previsto no ordenamento jurídico para análise das irresignações trazidas no presente *writ*. IV. Após o julgamento do inconformismo aos termos da sentença de primeiro grau, outros aspectos podem ser levantados naquele julgamento colegiado, ampliando o leque de matérias a serem trazidas pela defesa ao âmbito de apreciação deste Superior Tribunal de Justiça e ainda do Supremo Tribunal Federal. V. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator. HC 216.811/SP Relator Ministro GILSON DIPP Órgão Julgador: Quinta Turma- Data do Julgamento: 01/03/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 08/03/2012.

Intime-se.

Ciência à douta Procuradoria de Justiça.

Comunique-se ao Juízo originário.

Após, arquivem-se os autos.

Rio de Janeiro, 20 de maio de 2018.

DES. LUIZ NORONHA DANTAS
Relator

HOMICÍDIO. VÍTIMA MULHER. PLEITO POR NOVO JULGAMENTO. ALEGAÇÃO DA DEFESA DE QUE O MOTIVO FÚTIL E O FEMINICÍDIO SÃO CONTRÁRIOS ÀS PROVAS DOS AUTOS. RÉU CONFESSO. AUMENTO DA PENA-BASE EM VIRTUDE DA PERVERSIDADE DO CRIME. RECURSO NEGADO.

APELAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO FÚTIL, PELA DIFICULDADE DE DEFESA DA VÍTIMA E PELAS CONDIÇÕES DO SEXO FEMININO. Denúncia que imputa contra o acusado a conduta, praticada na data de 10/04/2016, consistente em efetuar golpes de ação pérfuro-cortante contra Larissa Câmara Sabino, com *animus necandi*, causando-lhe lesões corporais que, segundo laudo de exame de necropsia, foram a causa eficiente de sua morte. Sentença que condena o acusado a 18 (dezoito) anos e 08 (oito) meses de reclusão pela prática do crime do artigo 121, § 2º, II, III, IV e VI, § 2º-A, II do CP. Recurso exclusivamente defensivo que persegue a submissão do réu a novo julgamento pelo Conselho de Sentença sob argumento de que o reconhecimento das qualificadoras do motivo fútil e do feminicídio são manifestamente contrárias às provas dos autos, subsidiariamente atacando a dosimetria penal por considerar haver *bis in idem* nas qualificadoras em questão, dada a mesma natureza por elas ostentadas, bem como persegue a recondução da pena-base ao patamar mínimo de lei ou a sujeição do aumento respectivo à razão de 1/8 (um oitavo). Submissão do réu a novo julgamento que não tem amparo, porquanto não haja manifesta contrariedade quanto ao reconhecimento das qualificadoras em relação à prova dos autos. Réu confesso que aduz em juízo não apenas a insatisfação quanto ao término do relacionamento amoroso, o que o motivou a ir ao encontro da vítima, desencadeando o crime, como também revela menosprezo à condição feminina ao destacar que cometeu o delito ao ouvir da vítima que a mesma teve outros relacionamentos, o que representa menoscabo à isonomia. Circunstâncias qualificadoras do motivo fútil e do feminicídio que podem ser reconhecidas sem que seja constatado qualquer *bis in idem*, pois a primeira tem cunho subjetivo e a segunda objetivo. Magistrado que utiliza de forma prudente seu arbítrio para exasperar a pena-base em um sexto apenas, por considerar exacerbada a culpabilidade em decorrência da perversidade do crime, o que tem amparo no laudo de necropsia indicativo de ferimentos por ação pérfuro-cortante em diversos segmentos do corpo da vítima. Inexistência de obrigatoriedade de, na primeira etapa de fixação da pena, ocorrer a elevação à razão de 1/8 (um oitavo) por conta do reconhecimento de uma só circunstância judicial desfavorável já que a intensidade dessa circunstância restou analisada de forma razoável. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0109678-83.2016.8.19.0001, em que é Apelante Matheus Ferreira dos Santos e Apelado Ministério Público.

Acordam os Excelentíssimos Senhores

Desembargadores que compõem a Colenda Quarta Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em Sessão realizada no dia 19/06/2018, à unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do eminente Des. Relator.

Trata-se de Recurso de Apelação defensivo interposto contra a sentença proferida pela 3ª Vara Criminal da Comarca da Capital que condenou Matheus Ferreira dos Santos pela prática do crime do artigo 121, § 2º, II, III e IV e VI e § 2º-A, II do CP, fixando a pena em 18 (dezoito) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado.

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, conheço-o.

Pretende a Defesa, senão a submissão do réu a julgamento por novo Conselho de Sentença, tendo como fundamento contrariedade à prova dos autos a partir da dupla imputação de qualificadoras de motivo; que seja efetuado o reajuste dosimétrico de modo que a pena-base seja reconduzida ao patamar mínimo legal, eis que a culpabilidade, segundo ótica recursal, fora exacerbada com fundamento em elementos próprios do tipo; subsidiariamente pugnando pelo recrudescimento ao patamar de 1/8 (um oitavo). No mais, por entender que as qualificadoras do motivo fútil e do feminicídio representam mesmo motivo, pugna pelo afastamento do *bis in idem*.

Primeiramente, frise-se que o pedido atravessado pela Defesa, no tocante à submissão do réu a novo julgamento pelo Conselho de Sentença, não merece acolhimento porquanto o reconhecimento das qualificadoras correlatas ao motivo fútil e ao feminicídio não representam necessariamente decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

De se ver que autoria do crime imputado ao acusado é indiscutível, eis que, dos depoimentos prestados sob o crivo do contraditório em sessão Plenária, se extrai a confirmação de que efetivamente fora o acusado quem efetuara os golpes de faca contra a vítima Larissa Câmara Sabino, fato confessado pelo réu, senão vejamos o teor das declarações:

Valmira Câmara Sabino (mãe da vítima, registro audiovisual, e-doc. 000541; f. 463) - Que a vítima não era namorada do acusado. Que ele a perseguia há anos. Que ela conheceu ele quando tinha catorze anos, que namoraram e ela logo descobriu que ele era ciumento. Que ela, vítima, quis terminar. Que terminou e ele ficou chateado, procurando-a novamente. Que ele ia em sua casa para pedir para falar com a vítima e a depoente autorizava dizendo "aqui dentro de casa!" E ele dizia "por que eu não posso conversar com ela?" e a depoente dizia "você pode desde que seja dentro da minha casa, que seja na sala ou na área!"; que tinha uma área bem próxima. Que ele sempre conversava com a vítima quando ele pedia, e a depoente deixava porque nunca tinha visto nada. Que a vítima só tinha terminado porque o acusado era muito ciumento. Que ela dizia que quando ela colocava uma roupa ou passava um batom, ele não gostava. Que a depoente dizia que um namoro assim não tinha futuro. Que a vítima gostava dele. Que várias vezes o acusado pediu para conversar com a vítima e sempre cochichava no ouvido dela. Que a vítima disse para o depoente que o acusado dizia "você é muito filhinha da mamãe, só pode conversar se estiver com a mamãe junto." Que a depoente dizia "se ele tem algo pra te falar que não tenha problema, qual o problema de eu estar aqui por perto!". Que eles ficavam na sala e a depoente na cozinha. Que indagava qual o problema de a conversa ser dentro de casa. Que um dia ele pediu pra conversar de novo e a depoente deixou. Que a vítima já ia à psicóloga, porque passava mal, com tremores e na escola a diretora ligava pedindo para a depoente buscá-la. Que

não conhecia os familiares do acusado, à exceção da avó, porque se exercitavam juntas em programa do governo. Que o acusado pediu para conversar e foi autorizado. Que a vítima por vezes passava mal e certa ocasião, em decorrência da endometriose, disse que não queria conversar e ele não quis ouvir. Que o acusado dizia "para conversar com as amiguinhas no whatsapp você tem tempo. Pra conversar comigo você não tem tempo." Que a depoente disse "olha só, as amiguinhas e os amiguinhos que conversam com ela no *whatsapp* não ficam brigando com ela, não ficam fazendo o que você faz. Se uma pessoa conversa com você e você trata mal, essa pessoa não vai querer ouvir." Que a depoente disse "já que vocês não estão se dando bem, é melhor você ir pra casa e numa outra hora, quando a Larissa estiver melhor, você vem e conversa com ela". Que o acusado disse "não, eu não vou embora sem ela falar comigo." Que a vítima estava na sala e ele na sala. Que ela entrou para o quarto. Que a depoente disse "Matheus, ela não quer conversar com você, ela está passando mal. Outro dia vocês vêm e conversam." Ele "tia, se eu sair daqui ela não vai falar comigo nunca mais." Que a depoente disse "ela vai falar com você, você sempre que me pediu eu nunca neguei." Que ela foi pro quarto e ele tentou empurrar a porta do quarto dela. Que na terceira casa tem um tio de uma menina que casou com o tio dele. Que é como se fosse o pai dele, porque o pai não liga pra ele. Que viu o carro do tio dela na casa da namorada e foi lá e o chamou pra tirar o acusado de dentro de sua casa, porque no momento só estavam a depoente, a Larissa e a Andreza. Três mulheres e o acusado tentando invadir o quarto dela. Que a depoente chamou o tio, que ele veio e o tirou dentro da casa da depoente. Que o acusado ligava e a vítima atendia por pena porque considerava o acusado bom menino, porque a família dele não presta. Que a depoente disse à filha que quem devia cuidar dele era a família dele, e não a depoente que se namorasse somente seria namorada. Que o acusado ia em sua casa sempre que tinha problema. Que perguntou certa vez à psicóloga e recebeu conselho de que, como seu esposo estava operado, para que não falasse nada. Que o acusado mandou um recado de que queria falar com ela e que se não falasse nada, ele iria lá. Que três horas da manhã ele bateu em sua porta com mãe e tio. Que sua filha teve síndrome do pânico. Que a única vez que foi à casa dele foi quando ele matou sua filha. Que o acusado mandou recado pra depoente pra que ela deixasse a Larissa e ela arrumasse um tanque para lavar roupa. Que com medida protetiva ele não podia chegar perto dela, e foi com a mãe na casa da depoente para buscar uma corrente que havia dado para ela. Que a família dele o tratava como se fosse uma menina e sempre iam em sua porta. Que morava com a Larissa quando os fatos aconteceram. Que ela só tinha dezoito anos. Que quando sua filha estava descendo, pelo costume de a depoente ficar olhando no portão, a vítima disse "Mãe, eu vi o Matheus!" Que a depoente o viu passando e disse "volta!". Que na ocasião a depoente não podia sair porque estava com sangramento e usava fralda. Que no dia do acontecido o pai da Larissa estava em casa porque ia levar a Andreza ao médico e não pode levar a Larissa. Que uma semana antes a Larissa deu parte na delegacia porque ele estava seguindo ela. Que a mãe de uma amiga foi buscar a Larissa. Que no dia dos fatos viu o depoente passando. Que no dia que aconteceu a morte, ele não entrou na casa. Que no dia do assassinato, foi uma semana depois, que ele esperou ela na praça, que viu ele passando. Que a depoente, na hora que Larissa tava descendo, disse "volta que eu vou te levar" e a Larissa disse "não mãe, ele vai esperar igual da outra vez no ponto do ônibus." Que a vítima disse que ele ia esperar igual da outra vez, no ponto do ônibus, porque a depoente e sua filha desciam pelo lado direito para pegar o ônibus e a vítima disse, eu "vou pelo lado esquerdo e pego em cima. Ele vai me esperar no ponto de baixo e eu pego no de cima." Que a

depoente disse "não filha, a mamãe vai botar a fralda maior e vou te levar." Que sua filha disse "não mãe, eu estou atrasada!". Que a vítima não ia imaginar o que ele fez. Que acha que brigar imaginava, mas chegar ao que fez acredita que nem ela esperava. Que o viu passando quando ele estava descendo. Que acredita que ele observava a Larissa porque entre as casas havia um campo. Que a vítima desceu, virou e gritou e ligou. Que a depoente correu, mas não deu mais tempo. Que não viu o sangue no rosto, só a viu caída. Que não acreditou que fosse sua filha, mas sim um Judas que estava ali. Que chegou mais próximo e viu sua filha com metade superior do corpo para dentro do mato e a outra metade para a calçada. Que a vítima apenas olhou para a depoente e parou. Que viu a mochila do Matheus ao lado embrulhada em um pano e a bolsa dela caída. Que a mochila dele era uma bolsa de ginástica, com a tolha da avó e um buraco. Que ele correu para a casa da mãe dele. Que no período do namoro ele cochichava algo no ouvido da Larissa e ela o mandava ir embora. Que ele era agressivo com palavras, e a ameaçava dizendo que ele ia se matar. Que ele dizia que não vivia sem ela. Que o delegado disse para a vítima não responder as mensagens. Que o delegado disse para a vítima deixar ele falar. Que o acusado começava com palavras bonitas e depois utilizava palavras de baixo calão. Que sua filha estudava, e estava terminando segundo grau, se preparando para o vestibular e fazendo curso de turismo. Que no dia ela ia para o curso de turismo. Que o namoro do Matheus com sua filha foi quando ela tinha catorze anos e eles namoraram por um ano. Que terminaram e ele pediu para reatar. Que no Natal de 2015 eles já não estavam namorando. Que o acusado foi em sua casa após para pedir desculpas pelo fato de a vítima ter ficado com síndrome do pânico. Que a vítima disse que não ia reatar porque o acusado era ciumento e não ia mudar. Que sua filha ligou, mas não lembra se foi antes do grito, que se lembra de ouvir e não conseguir se mover. Que seu marido disse que ouviu o grito de sua filha ao telefone. Que não sabe se seu marido viu algo. Que seu marido desceu em direção ao lado que a filha fazia todos os dias. Que desconfiou do Matheus porque viu sua mochila caída junto ao corpo e mochila da Larissa. Que foi à casa dele dizendo que ele tinha matado a Larissa, que escutou um grito, mas não abriram a porta. Que seu marido não disse se viu algo. Que, como mãe, sabe o filho que criou, e que jamais sua filha deveria morrer só porque não quer namorar ou ficar com a pessoa. Que só tem uma filha agora. Que a Larissa foi na delegacia uma semana antes do acontecido. Que Larissa foi sozinha porque o acusado a seguiu e ficou ao lado de fora da delegacia. Que a Larissa ficou com medo de ir embora e ligou para a amiga. Que a mãe da colega não o conhecia e pediu para mandar foto dele, para então ir buscá-la. Que Larissa conversou com Andreza e comentou com a depoente que podia apanhar dela porque a própria vítima foi culpada por não acreditar de ele não melhorar. Que depois da delegacia o acusado tentou comunicação por mensagem. Que não deu tempo de fazer *print*, que o acusado disse para Andreza que não era bobo e que não ia falar nada. Que na época do fato a Larissa namorava um menino. Que antes, ele não a agrediu fisicamente. Que alertou a vítima para ter cuidado. Que, na família do réu, o tio agia como pai e ia em sua porta. Que três dias antes do acontecido, a mãe do acusado pediu a depoente para tirar a vítima de casa por um tempo. Que a diferença de idade entre eles era pequena. Que acredita que o acusado tinha uns vinte. Que já tinha visto o acusado várias vezes com a mochila que foi encontrada junto ao corpo da Larissa. Que, ao ouvir o grito, viu o Matheus correndo. Que o namoro durou um ano. Que ficaram separados um ano e meio. Que iniciou relacionamento com outra pessoa. Que o acusado ligava de telefones diferentes. Que a síndrome do pânico de Larissa decorreu do medo que tinha do acusado. Que Larissa contou que, certa vez em sua

casa, o acusado colocou uma faca em seu pescoço. Que ela teve medo e não contou nada. Que então a vítima começou a fazer terapia e passou a contar as coisas. Que por um certo período a Larissa estudou em casa, em razão do Matheus, porque ela não conseguia sair de casa. Que até ela voltar a ter a vida normal, demorou um pouco. Que não acreditava que ele faria o que fez.

Carlos Alberto de Almeida Ferreira (registro audiovisual, e-doc. 000541; f. 462) - Que no dia dos fatos ia para o trabalho e escutou um grito na praça. Que viu o Matheus descendo a rua e perguntou o que tinha acontecido. Que Matheus estava meio nervoso e que ia se entregar porque tinha feito uma besteira com a Larissa. Que os vizinhos chegaram, que as pessoas ficaram revoltadas. Que não teve mais contato com o Matheus depois. Que não foi ao local, porque pessoas do morro, revoltadas, chegaram. Que ficou com medo porque era primo do acusado e sua intenção foi proteger sua família. Que, quando aconteceu o fato, a mãe dela veio gritando nervosa dizendo que a vítima havia falecido. Que nunca tinha intimidade com a Larissa, que nunca o presenciou com ela. Que o acusado nunca falou nada. Que só entrava em detalhes quando desmanchava e voltava. Que às vezes o acusado pegava o telefone do depoente para ligar para Larissa, na época do plano Nextel. Que o acusado nunca disse ao depoente sobre ter agredido a vítima alguma vez. Que orientava a ele que isso não era bom, mas o réu nunca disse que ia fazer algo com ela. Que nunca admitiu ter agredido ela. Que o réu nunca passou nada sobre ela ao depoente, apesar de ser o primo mais chegado. Que no dia em que o réu desceu o depoente ouviu o grito, que viu na esquina da rua a mãe da vítima descendo desesperada. Que o relacionamento deles era de idas e vindas. Que a iniciativa das ligações poderia ser dele ou dela. Que eles ficavam num processo de terminar, voltar. Que o réu dizia que não ia dar certo porque estava uma coisa muito chata. Que Matheus sempre foi uma criança normal. Que ele sempre foi tranquilo. Que o Matheus procurou ficar perto dos amigos do depoente, até pelo futebol de que participavam juntos. Que nunca conheceu nenhuma namorada dele, a não ser a Larissa. Que ao ver o Matheus correr ele não carregava nada nas mãos. Que a mãe do Matheus tentava corrigi-lo. Que ela procurava chamar a atenção dele, e ele discutia com a mãe. Que tinha um temperamento explosivo com a mãe dele.

Matheus Ferreira dos Santos (interrogatório; registro audiovisual; e-doc. 000541; f. 464) - Que a acusação é verdadeira, mas há poréns. Que cometeu o crime e está completamente arrependido. Que ao contrário do que disse a mãe da vítima, o réu ainda estava junto com ela. Que havia ligações entre ambos, que se encontravam escondidos e a mãe não sabia. Que seu primo sabia que ela procurava e sabia que era conturbado, com conflitos. Que em relação a sua família, não procede a informação de que a mãe do réu não é boa pessoa. Que seu pai sim não foi presente. Que sempre foi criado no quintal da família. Que seu padrinho o acompanhava e aconselhava. Que sabe que nada anula, que cometeu e pedir perdão não irá sarar a dor. Que não pensou nos agravos. Que quer pedir perdão aos familiares mesmo sabendo que não irá trazer de volta. Que muitas das vezes o réu se encontrava com a vítima na praça. Que, no dia, iria trabalhar de metrô. Que foi ao encontro dela na esquina da rua. Que começaram a conversar, mas a vítima não queria conversar. Que a vítima disse que iria ligar para a mãe. Que a vítima era quem terminava e que depois vinha atrás. Que terminavam e cada qual arrumava outra pessoa. Aí a vítima procurava o réu. Que em determinado tempo do relacionamento a mãe da vítima proibiu os encontros e a vítima ficava entre atender a mãe e o relacionamento. Que depois das diversas discussões a mãe da vítima não mais aprovava.

Que vinha conversando no dia dos fatos. Que a vítima ligou para a mãe e disse que o réu estava ali. Que começou a perguntar coisas à vítima, sobre traições. Que foi afrontado com palavras, xingando, dizendo que o traiu e dizendo ser ele chifrudo. Que diante disso não teve mais palavras. Que os términos não tinham o porquê. Que nesse dia estavam terminados. Que a encontrou para tentar entender o motivo do término. Que quando ela falou sobre traição, ficou perplexo e deu os golpes de faca nela. Que acredita que o fato foi reação na hora, por conta do que a vítima falou. Que tinha dependência afetiva em relação à vítima. Que acha que a resposta dada pela vítima foi por conta da traição. Que a faca estava dentro de uma bolsa que ele utilizava para ir ao trabalho. Que era uma espécie de uma bolsa de malhar. Que o lenço mencionado pela mãe da depoente não era lenço, mas sim lençol utilizado para descansar no trabalho. Que a faca era de casa. Que quando a vítima respondeu a pergunta, o réu teve a reação de tirar a faca da bolsa, que a vítima gritou e ali o réu não pensou mais no que estava fazendo e desferiu alguns golpes na vítima. Que somente se lembra do grito. Que depois do ocorrido não olhou pra trás, ficou como se tivesse perdido no momento. Que não se recorda de terem sido tantas facadas, nem mesmo o alvo. Que não existe qualquer outra pessoa que tenha contribuído para o crime. Espera que seja feita a justiça e que um dia possa voltar para a sociedade. Que sempre usava uma faca no trabalho, não necessariamente a mesma. Que sempre tinha na mochila uma faca do mesmo tipo.

De fato, o Conselho de Sentença, por maioria, respondeu positivamente aos quesitos correlatos ao cometimento do crime por razões da condição de sexo feminino da vítima bem como respondeu positivamente à quesitação do motivo fútil.

Note-se que a quesitação do motivo fútil, de caráter subjetivo, restou confirmada pela prova oral à medida que tal quesitação restou conjugada à mera insatisfação do acusado com o fim do relacionamento amoroso que mantinha com a vítima e a negativa de a mesma reatar o namoro.

Por sua vez, o reconhecimento do feminicídio, circunstância qualificadora de cunho objetivo, está atrelada à discriminação à condição de mulher, e tem substrato nos elementos de prova quando o acusado argumenta ter desferido os golpes ao ter sido respondido pela vítima que está de fato teve outros relacionamentos após o término do romance entre réu e vítima, revelando menosprezo à isonomia exercida pela vítima de ser livre para conhecer e se envolver com qualquer pessoa que não seja o réu, quem teria experimentado, na espécie, o sentimento de frustração masculina.

Logo, não há manifesta contrariedade entre o reconhecimento das qualificadoras do motivo fútil e do feminicídio, tal como alegado, que viabilize a submissão do réu a novo julgamento pelo Júri.

Sequer há o *bis in idem* tal como alentado pela Defesa entra as qualificadoras do crime em menção dadas a diferentes naturezas estampadas ao motivo fútil (de cunho subjetivo) e ao feminicídio (de cunho objetivo), o que encontra eco em julgado da Colenda Corte Cidadã:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

HOMICÍDIO. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE. INCOMPATIBILIDADE COM O FEMINICÍDIO. NÃO OCORRÊNCIA. NATUREZA DIVERSA DAS CIRCUNSTÂNCIAS EM QUESTÃO. ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. Conquanto o § 1º do artigo 413 do Código de Processo Penal preveja que "a fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena", não há dúvidas de que a decisão que submete o acusado a julgamento pelo Tribunal do Júri deve ser motivada, inclusive no que se refere às qualificadoras do homicídio, notadamente diante do disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, que impõe a fundamentação de todas as decisões judiciais.

2. No caso dos autos, depreende-se que as instâncias de origem fundamentaram adequadamente a preservação das duas circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio atribuído ao recorrente, reportando-se aos pressupostos fáticos que autorizam a sua apreciação pelo Tribunal do Júri.

3. As qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio não possuem a mesma natureza, sendo certo que a primeira tem caráter subjetivo, ao passo que a segunda é objetiva, não havendo, assim, qualquer óbice à sua imputação simultânea. Doutrina. Precedentes.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 430.222/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 22/03/2018)

Decerto que não verifico ser irrazoável o recrudescimento da pena-base aplicada ao acusado, a saber, catorze anos de reclusão.

Isto porque o magistrado sentenciante justificou que a qualificadora do feminicídio fora utilizada para estabelecimento da escala penal diferenciada em razão da circunstância qualificadora do crime e considerou a culpabilidade, enquanto juízo de censura que é, acentuada dada a perversidade com que o crime fora cometido, o que encontra amparo no laudo de exame de corpo de delito, que indica feridas nas regiões orbitária, malar esquerda, masseterina esquerda, masseterina direita, ferida detoideana direita e dorsal direita; ferida escapular direita, ferida escapular esquerda, sendo a causa da morte ferimentos penetrantes dos pulmões com hipovelomia consequente provocada por ação pérfuro-cortante. (e--doc. 000160).

Logo, não verifico razões para considerar exacerbada a pena aumentada na primeira fase à razão de 1/6 (um sexto), se considerado o prudente exercício do *arbitrium judice* pelo magistrado na primeira fase de fixação da pena, não existindo obrigatoriedade de sujeição da elevação à razão de 1/8 (um oitavo) somente porque uma circunstância judicial prevista no artigo 59 do CP fora negativamente valorada, eis que a intensidade de tal circunstância é que norteou o aumento considerado pelo juiz.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso defensivo.

Rio de Janeiro, 19 de junho de 2018.

DES. JOÃO ZIRALDO MAIA
Relator

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA E RESISTÊNCIA QUALIFICADA. CONDENAÇÃO INEVITÁVEL. CONJUNTO PROBATÓRIO COMPROVADO. REDUÇÃO DAS PENAS-BASE AO MÍNIMO LEGAL EM RELAÇÃO AO PORTE DE ARMAS. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE. PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E PARCIAL PROVIMENTO AOS APELOS DEFENSIVOS. VOTO VENCIDO.

APELAÇÃO. Artigo 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03. Condenação. Artigo 329, §1º, do Código Penal. Absolvição. Agentes que, no dia 21 de junho de 2014, por volta das 23h, na Rua Marques de Paranaguá, em Campos Elíseos, Duque de Caxias, em comunhão de ações e desígnios, com vontades livres e conscientes, portavam de forma compartilhada, uma pistola, marca Bull, calibre 9mm, com numeração de série raspada, com um carregador e devidamente municiada com 12 cartuchos intactos, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, bem como, nas mesmas condições de tempo e local, em comunhão de ações e desígnios, com vontades livres e conscientes, se opuseram à execução de sua prisão em flagrante, mediante violência consistente em disparos de arma de fogo contra os policiais militares, tendo dois dos comparsas daqueles conseguido empreender fuga. Recurso do Ministério Público. Condenação dos acusados pela prática do delito de resistência qualificada. Apelo defensivo. Absolvição. Insuficiência de provas. Redução das penas-base ao mínimo legal.

1 - A materialidade e a autoria dos delitos de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito com numeração raspada e resistência qualificada, devidamente comprovadas no caso, a primeira pelas peças técnicas acostadas aos autos, e a segunda pela prova oral produzida, configuram o juízo de certeza indispensável à condenação por ambos os delitos. Incidência do verbete sumulado nº 70, desse Tribunal de Justiça.

2 - Redução das penas-base ao mínimo legal que se concede para ambos os acusados, em relação ao delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito com numeração raspada, vez que se deve observar, na espécie, sem sombra de dúvidas, o verbete sumulado nº 444, do Colendo STJ, em consonância com o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade, não podendo a sentença fundamentar-se, para efeito de fixação das penas-base acima dos mínimos legais, na personalidade criminosa dos réus, muito menos na má conduta social, diante de processos ainda em curso, na forma do que preceitua a teoria mista da pena, de prevenção e reprovação ao crime, e em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0203946-03.2014.8.19.0001, em que são Apelantes o Ministério Público, Deiveson Carlos Lima de Freitas e Davi da Silva Prata, e Apelados os mesmos, em Sessão realizada em 26 de junho de 2018,

Acordaram, à unanimidade, os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em dar parcial provimento aos apelos defensivos e, por maioria, dar provimento ao recurso do Ministério Público, nos termos do voto da Desembargadora Relatora, vencido o E. Desembargador Paulo de Tarso.

Segundo a denúncia (Doc. 000002 e 000004), os acusados, no dia 21 de junho de

2014, por volta das 23h, na Rua Marques de Paranaguá, em Campos Elíseos, Duque de Caxias, em comunhão de ações e desígnios, com vontades livres e conscientes, portavam, de forma compartilhada, uma pistola, marca Bull, calibre 9mm, com numeração de série raspada, com um carregador e devidamente municiada com 12 cartuchos intactos, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Além disso, nas mesmas condições de tempo e local, em comunhão de ações e desígnios, com vontades livres e conscientes, se opuseram à execução de sua prisão em flagrante, mediante violência consistente em disparos de arma de fogo contra os policiais militares Lindemberg do Nascimento Camello e Alessandro de Oliveira Galvão, tendo dois dos comparsas daqueles conseguido empreender fuga

VOTO

Assiste razão ao Ministério Público, mas apenas parcial à Defesa.

A materialidade e a autoria dos delitos, de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito com numeração raspada e resistência qualificada, estão devidamente comprovadas no caso, a primeira pelas peças técnicas acostadas aos autos, a saber, Auto de Apreensão (Doc. 000016 e 000017), APF (Doc. 000019), Laudo de Exame de Material (Doc. 000086), Laudo de Exame em Arma de Fogo e Munições (Doc. 000086, 000118 e 000243), Laudo de Exame de Confronto Balístico entre Componentes de Munição - Deflagrados (Doc. 000123) e Laudo de Exame em Materiais/Objetos (Doc. 000183 e 000237), e a segunda, pela prova oral produzida, configurando o juízo de certeza indispensável à condenação por ambos os delitos.

Em sede policial, os acusados optaram por falar somente em sede judicial (Doc. 000019) e, nesta fase, de forma sucinta, negaram a prática dos delitos, enfatizando que, estavam indo a uma festa, junto com outros dois colegas, João e Lucas, tendo estes últimos empreendido fuga, e que não havia qualquer arma de fogo no veículo automotor (Doc. 000253).

Por outro lado, em Juízo (Doc. 000253), sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, os Policiais Militares Alessandro de Oliveira Galvão e Lindemberg do Nascimento Camello narraram, detalhadamente, como ocorreu a prisão em flagrante dos acusados, confirmando a tese da inicial acusatória, prevista no Doc. 000002.

Segundo os agentes da lei, durante patrulhamento, resolveram efetuar a abordagem do veículo Voyage, de cor prata, já que suspeitaram dele e de seus ocupantes, e que, logo em seguida, iniciou-se uma perseguição, quando, então, o veículo automotor perseguido entrou em uma rua sem saída, após o que parte dos ocupantes do veículo começou a efetuar disparos de arma de fogo contra a viatura, sendo certo que, um dos agentes, Alessandro de Oliveira, chegou a ser atingido no colete protetor.

Aduziram que, tanto o motorista do automóvel como o carona lograram efetuar fuga, enquanto os réus foram detidos em flagrante na parte de trás do veículo, oportunidade em que aqueles encontraram uma arma de fogo municiada, além de um "cinto de guarnição" com o acusado Deivison.

A Defesa não produziu prova oral, consoante Doc. 000253.

Insta ressaltar que, os depoimentos dos agentes da lei gozam da presunção relativa de legalidade/legitimidade, desde que coerentes e harmônicos com o conjunto probatório, hipótese em tela, tudo na forma do verbete sumulado nº 70, desse Tribunal de Justiça.

Saliente-se, ainda, que, corroborando as declarações dos policiais militares, o colete balístico utilizado pelo PM Alessandro de Oliveira foi, no dia da operação, devidamente periciado, constatando-se uma "perfuração" compatível com as produzidas por impacto de projétil de arma de fogo, nos moldes do Laudo de Exame em Materiais/Objetos (Doc. 000183 e 000237).

Ademais, latente a prática do delito de resistência qualificada, tendo em vista que, por causa dos disparos de arma de fogo emitidos pelos ocupantes do veículo automotor contra os policiais militares, um deles, inclusive, atingindo o PM Alessandro de Oliveira que, provavelmente teria sua vida ceifada não fosse seu colete balístico - Laudo de Exame em Materiais/Objetos (Doc. 000183 e 000237) -, a prisão em flagrante não pôde ser executada em face dos outros dois comparsas dos acusados, que conseguiram empreender efetiva fuga.

Cabe lembrar, também, que, o porte de arma compartilhado é reconhecido tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência dos nossos Tribunais, valendo citar:

"APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO DOS APELANTES PELA PRÁTICA DO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA, PREVISTO NO ARTIGO 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI Nº 10.826/03, NA FORMA COMPARTILHADA. PENA DO PRIMEIRO APELANTE (ROLANDEI) FIXADA EM 04 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, E 10 DIAS MULTA, E DO SEGUNDO APELANTE (SANDRO) EM 03 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME ABERTO, E 10 DIAS-MULTA. RECURSOS DEFENSIVOS NOS QUAIS SE REQUER A ABSOLVIÇÃO DOS APELANTES, POR AUSÊNCIA DE DOLO QUANTO AO PORTE, SOB A ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO DO FATO DE A ARMA ESTAR ESCONDIDA NO CARRO. SUBSIDIARIAMENTE, O SEGUNDO APELANTE PUGNA PELA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESPROVIMENTO. MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA PELO AUTO DE APREENSÃO E PELO LAUDO PERICIAL. AUTORIA DELITIVA SEGURAMENTE DEMONSTRADA PELA PROVA ORAL. EM JUÍZO, O SEGUNDO APELANTE E O CORRÉU PERMANECERAM EM SILÊNCIO. O PRIMEIRO APELANTE APRESENTOU VERSÃO INVEROSSÍMIL E DESTITUÍDA DE PROVA NO SENTIDO DE QUE, NAQUELE DIA, ESTAVA UTILIZANDO POR EMPRÉSTIMO O CARRO DE UM DOS CLIENTES DE SEU LAVA-JATO, QUANDO FOI ABORDADO POR POLICIAIS, NÃO TENDO PRESENCIADO A REVISTA E A APREENSÃO DA ARMA. POR OUTRO LADO, AS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO DECLARARAM DE FORMA HARMÔNICA QUE O PRIMEIRO APELANTE JÁ ERA INVESTIGADO COMO UM DOS LÍDERES DE QUADRILHA QUE PRATICA ROUBOS CONHECIDOS COMO `SAIDINHAS DE BANCO. OS AGENTES ESTATAIS ESCLARECERAM A DIVISÃO DE TAREFAS ENTRE OS ACUSADOS, DEMONSTRANDO DE FORMA INEQUÍVOCA QUE TODOS TINHAM CIÊNCIA E SE APROVEITAVAM DO PORTE DA ARMA. SEGUNDO OS POLICIAIS, O GRUPO ATUAVA COM UM OLHEIRO DENTRO DO BANCO, UM MOTOCICLISTA QUE LEVAVA O AGENTE ARMADO NA GARUPA E ESTE, APÓS EFETIVAR A SUBTRAÇÃO, ENTREGAVA A ARMA E O PRODUTO DO CRIME AO MOTORISTA DO CARRO QUE ACOMPANHAVA TUDO DE UMA DISTÂNCIA SEGURA, ESCONDENDO TAIS OBJETOS E DIFICULTANDO, ASSIM, O POSSÍVEL FLAGRANTE. QUE NO DIA DOS FATOS, ACOMPANHAVAM

A ATUAÇÃO DO GRUPO CRIMINOSO E, EM DADO MOMENTO, ABORDARAM O VEÍCULO COM TODOS OS ACUSADOS EM SEU INTERIOR. NESSE CONTEXTO, EMBORA A ARMA TENHA SIDO ENCONTRADA EMBAIXO DO PAINEL ATRÁS DO VOLANTE, FICA EVIDENTE A CIÊNCIA E, PORTANTO, O PORTE COMPARTILHADO DO REVÓLVER POR TODOS OS AGENTES. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS E SUA SUFICIÊNCIA PARA O EMBASAMENTO DA CONDENAÇÃO, NOS TERMOS DA SÚMULA Nº. 70 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. DOSIMETRIA QUE NÃO MERECE REPARO. AS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO DEVEM SER CONSIDERADAS PELO MAGISTRADO NA FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL, E NO PRESENTE CASO, TAIS CIRCUNSTÂNCIAS APONTAM QUE O PORTE DE ARMA SE DESTINAVA À PRÁTICA DE OUTROS CRIMES MAIS GRAVES, NÃO SENDO RECOMENDADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA, NOS TERMOS DO ARTIGO 44, III, DO CÓDIGO PENAL, *A CONTRARIO SENSU*. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS." (Apelação 0143004-68.2015.8.19.0001 - Rel. Des. LUIZ ZVEITER - TJRJ - Primeira Câmara Criminal - julgamento: 19/04/2016).

"Apelação criminal. Arts. 288, parágrafo único, art. 180, *caput*, 157, §2°, I e II c/c 14, II do Código Penal, art. 16, *caput* da Lei nº 10.826/03 e art. 333, *caput* do Código Penal, todos c/c art. 61, I, do Código Penal, e n/f do art. 69 do Código Penal. Réus flagrados com carro objeto de roubo, uma pistola de uso restrito, carregada e um simulacro de arma de fogo. Possibilidade de porte compartilhado. Estando a pistola na frente ou atrás, no banco ou no chão, não há dúvidas que todos os réus sabiam da existência da mesma e qualquer um deles poderia se utilizar a qualquer momento. Elementos dos autos e as circunstâncias da apreensão do veículo indicam que os agentes tinham conhecimento da origem ilícita do veículo. Aliás, a pessoa que é surpreendida na posse de coisa produto de crime assume o ônus de demonstrar que a recebeu de boa-fé, ou seja, que a recebeu sem saber ou sem desconfiar da sua procedência ilícita, mas não se desincumbiram os réus. Recurso ministerial provido." (Apelação 0037414-76.2014.8.19.0021 - Rel. Des. KATYA MONNERAT - TJRJ - Primeira Câmara Criminal - julgamento: 19/04/2016).

"PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. DENUNCIADOS PELOS CRIMES DE PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO E QUADRILHA ARMADA (ARTIGO 14 DA LEI Nº 10.826/2003 E ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO DO CP). CONDENADOS PELO CRIME DO ART. Nº 14 DA LEI Nº 10.826/03. APELOS DEFENSIVOS. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. PRECARIEDADE PROBATÓRIA. ATIPICIDADE POR AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA; PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS E DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE PORTE COMPARTILHADO POR SE TRATAR DE CRIME DE MÃO PRÓPRIA. MANUTENÇÃO DO JUÍZO DE REPROVAÇÃO. PROVA SUFICIENTE E ROBUSTA SOBRE A PRÁTICA DO CRIME. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES. VERBETE DE SÚMULA Nº 70 DESTE COLENDO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DEPOIMENTOS HARMÔNICOS E CONSISTENTES DANDO CONTA DE OS ACUSADOS TEREM COMETIDO UM CRIME DE ROUBO NO MESMO DIA EM QUE FORAM DETIDOS COM AS MUNIÇÕES. ADMITE-SE O COMPARTILHAMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE OCORREU A PRISÃO DOS ACUSADOS E TODO O CONTEXTO FÁTICO, COM A REAL DISPONIBILIDADE DAS MUNIÇÕES POR QUALQUER UM DOS ACUSADOS,

BEM COMO A PRESENÇA DA UNIDADE DESÍGNIOS EVIDENCIAM TRATAR-SE DE PORTE COMPARTILHADO. JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA MAJORITÁRIAS ADMITEM O PORTE COMPARTILHADO NESTE TIPO DE SITUAÇÃO DESCRITA. PRECEDENTES DESTA EGRÉGIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CRIME DE MERA CONDUTA E/OU PERIGO ABSTRATO. PROTEÇÃO DA INCOLUMIDADE PÚBLICA. A SEGURANÇA COLETIVA É O OBJETO JURÍDICO IMEDIATO DO TIPO PENAL DO ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03, COM O QUAL VISA O LEGISLADOR, PROTEGER A VIDA, A INTEGRIDADE FÍSICA, A SAÚDE, O PATRIMÔNIO, ENTRE OUTROS BENS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS. RECURSO MINISTERIAL. PLEITO DE CONDENAÇÃO PELO CRIME DE QUADRILHA ARMADA. ALEGAÇÃO DE HAVER PROVAS SUFICIENTES DE ESTAREM ASSOCIADOS ENTRE SI E DE MANEIRA ESTÁVEL E PERMANENTE PARA O COMETIMENTO DE CRIMES. NÃO ASSISTE RAZÃO AO PARQUET. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DÚVIDAS SE HOUVE MERO CONCURSO DE AGENTES OU EFETIVA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DE VÍNCULO ASSOCIATIVO COM O FIM DE PRATICAR DELITOS. DOSIMETRIA NÃO MERECE REFORMA. PENAS BASES DOS ACUSADOS EXACERBADAS DE FORMA FUNDAMENTADA E PROPORCIONAL." (Apelação 0011510-57.2012.8.19.0075 -Rel. Des. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO - TJRJ - Segunda Câmara Criminal - julgamento: 07/04/2015).

Portanto, resta inevitável a condenação dos acusados pela prática de ambos os delitos em comento, diante de todo o conjunto probatório.

Já a redução das penas-base ao mínimo legal, impõe-se conceder, para ambos os acusados, em relação ao delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito com numeração raspada, em observância ao verbete sumulado nº 444, do Colendo STJ, em consonância com o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

Não cabe, evidentemente, fixar as penas-base acima do mínimo legal, fundado na personalidade criminosa dos réus, ou na má conduta social, diante de processos ainda em curso (FAC's nos Doc. 000090 e 000098), na forma do que preceitua a referida Súmula e a teoria mista da pena, de prevenção e reprovação ao crime, bem como em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Assim, em atenção aos comandos dos artigos 59 e 68, do Código Penal, no delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito com numeração raspada, as penas-base dos acusados restam fixadas no mínimo legal, de 3 anos de reclusão e 10 DM, no valor unitário mínimo legal, mantendo-se em tal patamar para o acusado Davi, por força do verbete sumulado nº 231, do E. STJ, apesar da presença da circunstância atenuante de menoridade (Doc. 000098 e 000171), aumentada, porém, na fração de 1/6, para o acusado Deiveson, em razão da presença da circunstância agravante de reincidência (anotação nº 01, de sua FAC - Doc. 000090), resultando para este último, as penas de 3 anos e 6 meses de reclusão e 11 DM, no valor unitário mínimo legal, que torno definitivas, à míngua de outras moduladoras.

No que concerne ao delito de resistência qualificada, diante das circunstâncias judiciais favoráveis, as penas-base dos acusados restam fixadas no mínimo legal, de 1 ano de reclusão, mantendo-se em tal patamar para o acusado Davi, por força do verbete sumulado nº 231, do E. STJ, apesar da presença da circunstância atenuante de menoridade (Doc. 000098 e 000171), aumentada, porém, na fração de 1/6,

para o acusado Deiveson, em razão da presença da circunstância agravante de reincidência (anotação nº 01, de sua FAC - Doc. 000090), resultando para este último, as penas de 1 ano e 2 meses de reclusão, que torno definitivas, à míngua de outras moduladoras.

Com o cúmulo material, consolido as penas totais para o acusado Davi, em 4 anos de reclusão, em regime semiaberto (artigo 33, §2º, "b", do Código Penal), e 10 DM, no valor unitário mínimo legal e, para o acusado Deiveson, em 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado (artigo 33, §2º, "a", e §3º, do Código Penal, por se tratar de réu reincidente), e 11 DM, no valor unitário mínimo legal.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso do Ministério Público, para condenar ambos os acusados, pela prática dos delitos do artigo 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03, e artigo 329, §1º, do Código Penal, na forma do artigo 69, deste diploma legal, e de dar parcial provimento aos apelos defensivos, para reduzir as penas-base do primeiro delito, para ambos os réus, totalizando a condenação para o acusado Davi, em 4 (quatro) anos de reclusão, em regime semiaberto, e 10 (dez) DM, no valor unitário mínimo legal e, para o acusado Deiveson, de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 11 (onze) DM, no valor unitário mínimo legal, mantendo, no mais, o r. decisum recorrido.

Rio de Janeiro, 26 de junho de 2018.

DESª. KATIA MARIA AMARAL
Relatora

VOTO VENCIDO

Perante a 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias, os policiais militares expressaram que a conduta de efetuar disparos de arma de fogo pertenceu, com exclusividade, aos agentes que fugiram. Mais adiante, na 2ª Vara Criminal, da mesma Comarca, as vítimas (secundárias) disseram não ter visto quem disparou (??).

O delito de resistência é de atuação pessoal, logo, somente pode ser cometido por quem esteja em situação de realizar a conduta punível, imediata e corporalmente, ou então, por quem atue na qualidade de partícipe. Todavia, na denúncia não está consignado que os réus, de alguma forma, "concorreram" (??) para esse crime, mas sim que eles dispararam, imputação fática que não ficou provada.

Ante o exposto, votei pelo desprovimento do recurso ministerial.

Rio de Janeiro, 16 de julho de 2018.

DES. PAULO DE TARSO NEVES
Revisor

ROUBO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. SIMULAÇÃO DE ARMA E UMA FACA. CONCURSO DE PESSOAS. MAJORAÇÃO. DOSIMETRIA MANTIDA. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Criminal. Roubo majorado - art. 157, §2º, I e II do Código Penal. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Réu perseguido pelas vítimas que o detiveram com o auxílio de populares até a chegada da polícia. Decreto condenatório fundamentado em todos os elementos de provas produzidos nos autos e corroborados em juízo. Manutenção da dosimetria, devidamente justificada. Regime fechado. Crime cometido com grave ameaça, uso de arma de fogo e concurso de agentes. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes

autos de Apelação Criminal nº 0078584-54.2015.8.19.0001 em que figuram como Apelantes Carlos Augusto Mateus Oliveira e Apelado Ministério Público.

Acordam os Desembargadores que compõem a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso da defesa, nos termos do voto do relator.

Trata-se de imputação do injusto do 157, § 2º, incisos I e II, na forma do artigo 70, todos do Código Penal, feita pelo Ministério Público em face de Carlos Augusto Mateus Oliveira.

A sentença acolheu a pretensão punitiva estatal e aplicou ao acusado as penas 06 (seis) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, além de 15 dias-multa no valor mínimo legal. (Pastas 226 e 235)

Pelas razões recursais a defesa busca a absolvição com fundamento na alegada precariedade das provas, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e à luz do princípio *in dubio pro reo*. (Pasta 299)

Contrarrazões pugnando pelo desprovimento do recurso. (Pasta 334).

O parecer da douta Procuradoria de Justiça no sentido do conhecimento e desprovimento do recurso. (Pasta 360)

VOTO

A autoria e materialidade restaram devidamente comprovadas, conforme auto de prisão em flagrante (pasta 05); termos de declaração (pastas 07/14); registro de ocorrência (pastas 20/23) e depoimentos prestados em juízo, sob o crivo da ampla defesa e do contraditório.

O policial militar Nilton Pereira de Vasconcelos, que efetuou a prisão, em juízo foi contundente ao relatar:

"que nossa guarnição estava na base e fomos chamados por populares dizendo que foram roubados por dois indivíduos; que um se evadiu e o outro conseguimos capturar; que fomos ao local e achamos esse indivíduo já com alguns machucados, levamos ele ao Hospital Getúlio Vargas, foi atendido, feito curativo, e conduzimos todos, as vítimas e o indivíduo a delegacia; que eles disseram que na saída do Olimpo foram abordados pelos dois, portando uma faca e um cano, e eles pediram celular, dinheiro, foram roubando tudo e saíram; que eles saíram e foram para uma barraquinha fazer um lanche; que eles chamaram as pessoas que estavam em volta e foram até os dois; que um conseguiu correr e o outro foi capturado; que as vítimas disseram que a res furtiva foi levada pelo outro que se evadiu do local" (trechos do depoimento extraídos do sistema e-jud).

No mesmo sentido o depoimento do policial Rafael Fartes de Paula, que acrescentou:

"que estávamos na área de atuação da UPP, próximo da base, quando chegaram duas meninas informando que tinham sido assaltadas e que nesse meio tempo conseguiram deter um dos rapazes; que o outro conseguiu fugir, mas um conseguiu segurar, no caso ele; que a gente foi lá e fez o de praxe da polícia militar; que as vítimas narraram que um estava com um cano, simulando arma; que quando viram que eles não estavam com arma, porque eles ficaram pelas proximidades, houve a reação por parte das vítimas e populares; que acho que eles utilizaram faca; que eles falaram que o comparsa levou tudo" (trechos do depoimento extraídos do sistema e-jud).

Em interrogatório, o réu exerceu o direito de permanecer em silêncio (pasta 194).

Em sede policial a vítima Renata Ferreira

da Silva relatou com riqueza de detalhes:

"Que a declarante Renata Ferreira da Silva estava hoje 15/03/2015 na Av. Vicente de Carvalho em frente à casa de show Olimpo, com seu primo Ricardo Ferreira da Silva Sodre e sua amiga Rita de Cassia Moreira de Santana, quando por volta das 03:30 caminhavam em direção ao ponto de ônibus; que de trás de uma árvore saíram dois homens armados, um com uma faca e o outro com um pedaço de cano; que os homens exigiram da declarante seus pertences; que os homens revistaram a declarante e as demais pessoas recolhendo todos os pertences; que os agressores fugiram correndo; que após uma determinada distância os homens passaram a andar normalmente; que a declarante e seus amigos passaram a seguir, de longe, os dois agressores; que os seguiram até uma barraca de lanches onde teriam parado para comer; que foram até lá e começaram a gritar que haviam sido roubados pelos dois que ali estavam; que populares conseguiram capturar apenas um dos homens, tendo o outro conseguido fugir; que alguns populares agrediram o homem; que a declarante foi com Rita até a uma base próxima da polícia militar pedir socorro; que voltaram com os policiais que encaminharam o homem ferido para socorro médico e trouxeram a declarante e os demais até esta UPAJ para comunicar o fato à autoridade policial presente, que nada mais disse" (pasta 09).

Da mesma forma relatou a vítima Rita de Cassia Moreira de Santana:

"Que a declarante Rita de Cassia Moreira de Santana estava hoje 15/03/2015 na Av. Vicente de Carvalho em frente à casa de show Olimpo, com seu namorado Ricardo Ferreira da Silva Sodre e sua amiga Renata Ferreira da Silva; que por volta das 03:30, estavam andando em direção ao ponto de ônibus quando de trás de uma moita saíram dois homens um com um pedaço de cano e o outro com uma faca e eximiram da declarante todos os pertences; que um dos homens enfiou a mão no bolso da declarante e pegou o seu dinheiro R$ 50,00; que o namorado e a amiga da declarante também tiveram seus pertences roubados; que a declarante e os demais seguiram de longe seus agressores até eles pararem em uma barraca de lanches próximo ao Olimpo; que então todos começaram a gritar alertando que tinham acabado de serem roubados pelos dois homens; que populares que ali estavam conseguiram segurar apenas um dos agressores; que alguns populares agrediram o homem; que a declarante foi junto com Renata buscar ajuda da polícia militar numa base da UPP próxima ao local; que por fim a declarante voltou com os militares que conduziram o homem ferido para atendimento médico e a trouxeram até esta UPAJ para comunicar o fato à autoridade policial presente" (pasta 11).

Inobstante as vítimas não terem deposto em juízo, o certo é que não se pode desconsiderar que os réus foram seguidos por elas, que o detiveram com a ajuda de populares até a chegada da polícia, o que foi confirmado em juízo pelos dois agentes da lei que prestaram depoimento.

Ao contrário do que sustenta a defesa, o decreto condenatório foi fundamentado em todos os elementos de provas produzidos nos autos e corroborados em juízo.

A dinâmica dos fatos demonstra que o réu e um comparsa não identificado, mediante simulação de arma e uma faca, subtraíram os bens das vítimas. O processo foi devidamente instruído, sob o crivo da ampla defesa e do contraditório, inexistindo qualquer prova que exclua a ilicitude ou a culpabilidade da conduta.

Por fim, a dosimetria restou escorreita e

bem fundamentada em todas as suas fases.

A majoração pelo uso da arma também não merece ser afastada. Restou plenamente comprovado pelos depoimentos o uso de uma faca na empreitada criminosa. Não é unicamente o emprego de arma de fogo capaz de fazer incidir a causa de aumento. Esclarece a doutrina neste sentido:

"O aumento se justifica por haver maior risco à integridade física e à vida do ofendido e de outras pessoas e pela facilitação na execução do crime. Arma é todo objeto ou instrumento idôneo para ataque ou defesa, uma vez que tem capacidade para matar ou ferir. A arma, no Direito penal, pode ser própria (criada para ataque ou defesa) ou imprópria (concebida com a finalidade diversa, mas que também pode ser utilizada para ataque ou defesa), e qualquer delas autoriza a incidência de causa de aumento de pena em comento. Note-se que a lei fala somente em 'arma', e não necessariamente em arma de fogo. É imprescindível o emprego da arma, que pode se exteriorizar pelo efetivo uso do instrumento para praticar a grave ameaça ou violência à pessoa ou pelo seu porte ostensivo, capaz por si só de influir, ainda que implicitamente, no ânimo do ofendido".[1]

Também não restou dúvida de outro agente na empreitada criminosa, que, inclusive, segundo depoimentos, foi quem levou consigo a res furtiva, declaração que encontra amparo no caderno probatório.

Por fim, o regime se justifica pelo fato do crime ter sido cometido com grave ameaça, uso de arma e concurso de pessoas.

A medida mais branda não seria proporcional ao injusto e suficiente para inibir o cometimento de novos delitos. As causas de aumento e diminuição de pena podem, como no caso, serem utilizadas para adequação do regime inicial de cumprimento de pena ao caso concreto, uma vez que todas elas estão incluídas no art. 59 do CP, mesmo que, eventualmente, não tenham sido consideradas no momento de fixação da pena-base.

Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 03 de abril de 2018.

DESª. KATYA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT
Relatora

"SAIDINHA DE BANCO". UNIÃO DE AÇÕES E DESÍGNIOS DE QUATRO ELEMENTOS. DIVISÃO DE TAREFAS NA QUADRILHA. DISPARO À QUEIMA-ROUPA. MORTE. SENTENÇA MANTIDA.

Crimes do art. 157 § 3º, art. 288, parágrafo único e do art. 244-B, todos do código penal, em concurso material - prefaciais de reconhecimento da nulidade do feito após o recebimento da denúncia, de nulidade de toda a instrução, ao entendimento da parcialidade da juíza condutora da instrução - prefaciais já analisadas pelo juízo monocrático e replicadas em 2º grau - eivas inexistentes - preliminares que se rejeitam - apelantes que, em união de ações e desígnios, cometem o delito conhecido como "saidinha de banco" - vítima que reage, vindo a ser morta pelo 2º apelante, com disparo à queima roupa – pleitos defensivos buscando absolvição, por fragilidade probatória, por indemonstração da corrupção de adolescente infrator, ausência de materialidade, ausência de reconhecimento - pleitos sub-

1 MASSON, CLEBER. **Código Penal Comentado**, 2ª ed, Método, 2014,p. 642

sidiários para fixação da pena base no mínimo legal para todos os delitos da imputação, reconhecimento da atenuante genérica da confissão, desclassificação da conduta de latrocínio para roubo duplamente circunstanciado ou para roubo simples - impossibilidade - materialidade, autoria e excessiva culpabilidade dos apelantes que se mostram patentes - adolescente infrator que em depoimento em sede administrativa delata os apelantes - interceptação telefônica que esclarece o *modus operandi* e o papel de cada apelante no obrar criminoso – reconhecimento seguro efetuado por testemunhas da ação delitiva - conjunto probatório farto e robusto a embasar o decreto condenatório - desclassificação da imputação que se mostra impossível diante da prova coligida - atenuante da confissão reconhecida pelo juízo monocrático – penas base corretamente afastadas do mínimo legal - desacolhimento dos demais pleitos defensivos - sentença que mantém por seus próprios e jurídicos fundamentos – rejeição das preliminares e desprovimento dos apelos.

Vistos, discutidos e relatados estes autos de Apelação nº 0235280-55.2014.8.19.0001, em que figura como Apelantes Vitor Brunizzio Teixeira, Jardel Wanderson de Oliveira Vilas Boas, Marcos Vinícius do Nascimento Bonfim e Klaus Kischel Júnior, e Apelado Ministério Público.

Acordam os Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em rejeitar as preliminares arguidas e, no mérito, negar provimento aos recursos, na forma do voto do Des. Relator.

Recursos de Apelação interpostos pelos Apelantes, inconformados com a r. sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca da Capital - RJ (f. 1.277/1.338), que julgou procedente a pretensão punitiva estatal e os condenou pela prática dos delitos descritos nos Artigos 157, § 3º, parte final, e Art. 288, parágrafo único, ambos do Código Penal e Art. 244-B do Estatuto Menorista, na forma do Art. 69 do Código Penal às seguintes penas: para o 1º Apelante, 30 (trinta) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 280 (duzentos e oitenta) dias-multa, no valor unitário mínimo; 2º Apelante, 34 (trinta e quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e 315 (trezentos e quinze) dias-multa, no valor mínimo legal; 3º Apelante, 29 (vinte e nove) anos de reclusão, em regime fechado, e 245 (duzentos e quarenta e cinco) dias-multa, no valor unitário legal e para o 4º Apelante, 30 (trinta) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado) e 280 (duzentos e oitenta) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Razões de Apelação do 1º Apelante, f. 1.470/1.510, pleiteando a desclassificação da conduta do Apelante para a prevista no Art. 157, §2º, I e II, do Digesto Penal e sua absolvição pela prática do delito do Art. 244-B do Estatuto Menorista e do delito do Art. 288, parágrafo único do Código Penal, na forma do artigo 386, VII do Código de Processo Penal.

Razões de Apelação do 2º e 3º Apelantes, f. 1.399/1.468, arguindo, preliminarmente, o reconhecimento da nulidade do feito após o recebimento da denúncia, pois entende violados os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal e também a nulidade de toda a instrução, ao entendimento da parcialidade da juíza condutora da instrução, reconhecida por decisão do Tribunal da Cidadania.

No mérito, requereu a absolvição do 2º Apelante pela prática dos delitos dos Arts. 288, parágrafo único do Código Penal e do Art. 244-B da Lei nº 8.069/90, ao argumento de restar incomprovada a materialidade dos de-

litos. Pugnou ainda pela fixação da pena base no mínimo legal para o delito do Art. 157, §3º do Digesto Penal, reconhecendo ainda a circunstância atenuante da confissão espontânea, ínsita no Art. 65, III do Código Penal.

Já para o 3º Apelante, pugnou por sua absolvição, visto não ter sido reconhecido pelas testemunhas ouvidas em juízo tampouco identificado pelas gravações telefônicas.

Subsidiariamente, caso mantida a condenação, requer a desclassificação para a conduta prevista no Art. 157, *caput*, do Código Penal, com a fixação da pena base em seu mínimo para esse delito; que seja julgado improcedente a condenação para os delitos previstos nos Arts. 288, parágrafo único do Código Penal e 244-B da Lei nº 8.069/90, ao entendimento de não comprovação da materialidade desses delitos.

Contrarrazões Ministeriais, a f. 1.511/1.573, pleiteando o conhecimento dos recursos defensivos, negando-lhes provimento, mantendo a sentença guerreada in totum.

Razões de Apelação do 4º Apelante, de f. 1.698/1.714, pugnando, em preliminar, o reconhecimento de nulidade do processo em razão da inobservância do Princípio do Devido Processo Legal e também por entender maculada a imparcialidade do juiz.

Postulou ainda a rejeição da denúncia por entendê-la inepta, não atendendo os ditames do Art. 41 do Estatuto Processual Penal, devendo, dessa forma, todo o processo ser anulado.

No mérito, requereu o reconhecimento da participação de menor importância do ora Apelante, bem como a desclassificação do delito de latrocínio para a conduta descrita no Art. 157, §2º, I e II do Códex Repressivo.

Subsidiariamente, pugnou pela fixação da pena base em seu mínimo legal, para o delito do Art. 157, §3º do Digesto Penal, por entender preenchidos os requisitos para tanto.

Contrarrazões Ministeriais alusivas ao 4º Apelante, f. 1.720/1.749, pugnando pelo conhecimento e desprovimento do recurso defensivo, mantendo-se a sentença monocrática.

Contrarrazões dos Assistentes de Acusação a f. 1.768, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso do 1º Apelante.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça a f. 1.770/1.803, manifestando-se pelo desprovimento dos recursos interpostos, mantendo-se a sentença guerreada.

É o relatório.

À douta Revisão.

VOTO

Irresignados com a sentença que os condenou pela prática dos delitos descritos nos Artigos 157, § 3º, parte final, e Art. 288, parágrafo único, ambos do Código Penal e Art. 244-B do Estatuto Menorista, na forma do Art. 69 do Código Penal às seguintes penas: para o 1º Apelante, 30 (trinta) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 280 (duzentos e oitenta) dias-multa, no valor unitário mínimo; 2º Apelante, 34 (trinta e quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e 315 (trezentos e quinze) dias-multa, no valor mínimo legal; 3º Apelante, 29 (vinte e nove) anos de reclusão, em regime fechado, e 245 (duzentos e quarenta e cinco) dias-multa, no valor unitário legal e para o 4º Apelante, 30 (trinta) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado) e 280 (duzentos e oitenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, recorrem Vitor Brunizzio Teixeira (1º Apelante), Jardel Wanderson de Oliveira Vilas Boas (2º Apelan-

te), Marcos Vinícius do Nascimento Bomfim (3º Apelante) e Klaus Kischel Júnior (4º Apelante).

Razões de Apelação do 1º Apelante, f. 1.470/1.510, pleiteando a desclassificação da conduta do Apelante para a prevista no Art. 157, §2º, I e II, do Digesto Penal e sua absolvição pela prática do delito do Art. 244-B do Estatuto Menorista e do delito do Art. 288, parágrafo único do Código Penal, na forma do artigo 386, VII do Código de Processo Penal.

Razões de Apelação do 2º e 3º Apelantes, f. 1.399/1.468, arguindo, preliminarmente, o reconhecimento da nulidade do feito após o recebimento da denúncia, pois entende violados os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal e também a nulidade de toda a instrução, ao entendimento da parcialidade da juíza condutora da instrução, reconhecida por decisão do Tribunal da Cidadania.

No mérito, requereu a absolvição do 2º Apelante pela prática dos delitos dos Arts. 288, parágrafo único do Código Penal e do Art. 244-B da Lei nº 8.069/90, ao argumento de restar incomprovada a materialidade dos delitos. Pugnou ainda pela fixação da pena base no mínimo legal para o delito do Art. 157, § 3º do Digesto Penal, reconhecendo ainda a circunstância atenuante da confissão espontânea, ínsita no Art. 65, III do Código Penal.

Já para o 3º Apelante, pugnou por sua absolvição, visto não ter sido reconhecido pelas testemunhas ouvidas em juízo tampouco identificado pelas gravações telefônicas.

Subsidiariamente, caso mantida a condenação, requer a desclassificação para a conduta prevista no Art. 157, *caput*, do Código Penal, com a fixação da pena base para esse delito; que seja julgado improcedente a condenação para os delitos previstos nos Arts. 288, § único do Código Penal e 244-B da Lei nº 8.069/90, ao entendimento de não comprovação da materialidade desses delitos.

Razões de Apelação do 4º Apelante, de f. 1.698/1.714, pugnando, em preliminar, o reconhecimento de nulidade do processo em razão da inobservância do Princípio do Devido Processo Legal e também por entender maculada a imparcialidade do juiz.

Postulou ainda a rejeição da denúncia por entendê-la inepta, não atendendo os ditames do Art. 41 do Estatuto Processual Penal, devendo, dessa forma, todo o processo ser anulado.

No mérito, requereu o reconhecimento da participação de menor importância do ora Apelante, bem como a desclassificação do delito de latrocínio para a conduta descrita no Art. 157, §2º, I e II do Códex Repressivo.

Subsidiariamente, pugnou pela fixação da pena base em seu mínimo legal, para o delito do Art. 157, §3º do Digesto Penal, por entender preenchidos os requisitos para tanto.

Aprecio as preliminares arguidas.

As eivas apontadas merecem rejeição.

Já foi arguida perante a primeira instância e convenientemente rejeitada a f. 1.292/1.303, a preliminar de imparcialidade do juízo, pelo que a rejeito, uma vez mais, adotando como fundamentação a mesma corretamente empregada pelo douto sentenciante de piso.

Em relação à preliminar que suscita pretensa nulidade após o recebimento da denúncia, decorrente de suposta violação ao devido processo legal, à garantia da ampla defesa e ao livre contraditório, tampouco merece acolhimento.

Todos os argumentos defensivos para aco-

lhimento dessa preliminar foram analisados e rechaçados pelo douto sentenciante monocrático, pelo que igualmente a rejeito.

Em relação à preliminar de inépcia da denúncia, suscitada pela defesa do 4º Apelante, indigna de acolhimento.

A exordial acusatória descreve perfeitamente as condutas dos réus, ora Apelantes, individualizando-as, tornando o entendimento do agir criminoso claro e inteligível, oportunizando o seu recebimento pelo juízo monocrático.

No mérito, impossível o acolhimento da pretensão defensiva de reconhecimento de insuficiência de provas quanto aos Apelantes Marcos Vinicius e Jardel.

Ao contrário, mostraram-se elas contundentes, inclusive pelo depoimento do adolescente infrator Vitor da Conceição Leite, que delatou os Apelantes, dando conta que todos eles estavam associados entre si para a prática criminosa conhecida como "saidinha de banco".

Há, inclusive, conforme consignado nas contrarrazões ministeriais, informação dando conta que o Apelante Jardel foi reconhecido como um dos autores do roubo e o Apelante Marcos Vinícius em muito se assemelha ao homem que pilotava a moto que conduzia Jardel.

Relatou a testemunha Herick, que foi vítima desses meliantes em ação pretérita, que existe divisão de tarefas na quadrilha, cabendo ao Apelante Marcos Vinícius o papel de "piloto de fuga", por conduzir a motocicleta usada na evasão do local do crime. Cabe ressaltar importante detalhe nesse momento da análise dos recursos: no dia do crime, a pilotagem da moto foi feita pelo réu Klaus, ora 4º Apelante, pois conhecia bem a área da ação delitiva.

O Apelante Jardel é o responsável pela abordagem da vítima, empregando para tanto, arma de fogo.

Outra testemunha, o gerente de supermercado Fernando, reconheceu o Apelante Jardel em juízo. Não obstante tal reconhecimento, outra pessoa, a testemunha Varlen Gomes presenciou os fatos e viu o Apelante Jardel abordar a vítima Maria Cristina e tentar subtrair sua bolsa, onde estava a quantia por ela sacada no banco momentos antes. Ao ser pela vítima repelido, desferiu duas coronhas em sua cabeça e, em seguida, disparou um tiro fatal em sua cabeça.

Diante de tal riqueza de detalhes, obtidos em depoimentos sob o crivo do contraditório, impossível a adoção da tese defensiva de fragilidade probatória.

Ressalte-se, igualmente, que os detalhes iniciais que propiciaram a elucidação do modus operandi da quadrilha e que acabaram sendo confirmados ao longo da investigação e dos depoimentos das demais testemunhas em sede de contraditório, foram obtidos pelo depoimento em sede policial do menor infrator Vitor da Conceição Leite, o qual a defesa tenta desacreditar, tanto por ser adolescente infrator quanto por ter sido colhido em sede administrativa.

A operosa defesa, contudo, parece esquecer que a quebra do sigilo telefônico do adolescente infrator e das contas reversas possibilitou a identificação dos demais meliantes, seus papéis no agir criminoso e as respectivas localizações, possibilitando suas capturas.

Os réus, ora Apelantes, pugnam por suas absolvições pelo delito previsto no Art. 244-B do Código Penal.

Não lhes assiste razão.

Como cediço, o crime de corrupção de menores é de natureza formal, bastando o cometimento do delito em comunhão de ações e desígnios com o adolescente para sua caracterização.

As defesas do 1º, 3º e 4º Apelantes - Vítor Brunizio, Marcos Vinícius e Klaus - pretendem a desclassificação da imputação do Art. 157, §3º do Código Penal para o delito de roubo duplamente majorado pelo concurso de pessoas e emprego de arma de fogo, ao argumento do desvio subjetivo da conduta do 2º Apelante - Jardel -, responsável pelo tiro que matou a vítima.

Não merece acolhimento a tese defensiva esposada por essas defesas.

A associação criminosa existente entre os criminosos e o alto grau de detalhamento e envolvimento entre seus membros, demonstram que que sabiam eles quanto ao emprego de arma de fogo na ação delitiva, não restando dúvidas que cada um deles assumiu o risco pela eventual ocorrência de resultado mais gravoso.

Neste ponto, vale dizer que a vítima foi alvejada à queima roupa e o atirador, percebendo ter sua arma negado fogo à primeira tentativa, livrou-se do cartucho defeituoso e pressionou o gatilho uma vez mais, disparando efetivamente a arma, fulminado a vítima, tendo, logo após, se apossado do dinheiro e fugindo na garupa da moto pilotada pelo 4º Apelante - Klaus - e escoltado pelo automóvel onde se encontravam os 2º e 3º Apelantes - Vitor e Marcus Vinícius.

Pretendem, ainda, todos os Apelantes a absolvição quanto ao crime de associação criminosa, sob os argumentos de fragilidade probatória ou de suposta ausência de materialidade.

Indignos de acolhimento mais esse requerimento defensivo.

O argumento da fragilidade probatória já foi analisado alhures e rechaçado veementemente, diante da fartura de provas testemunhais e técnicas - interceptação telefônica, laudo de necropsia, laudo de exame em local de homicídio, auto de reconhecimento de pessoa, (...).

Soa risível, também, diante de tantas provas, materiais e robustas, alegar ausência de materialidade para evitar uma condenação por um crime bárbaro, com as mesmas provas declinadas acima.

Pugnaram ainda os 2º e 3º Apelantes por ajustes na dosimetria das penas a eles cominadas, reduzindo a pena base ao mínimo legal, requerendo ainda o 3º Apelante o reconhecimento da atenuante genérica da confissão.

Não merecem verdejar mais esses pleitos defensivos.

A dosimetria das penas a serem aplicadas aos Apelantes é irretocável.

A atenuante da confissão foi considerada para todos os Apelantes, mesmo que parciais, a teor da Súmula nº 545 do Superior Tribunal de Justiça.

As penas bases foram fundamentadamente afastadas do mínimo legal para cada delito, tanto pelas circunstâncias judiciais quanto pela análise da FAC de cada um dos réus, em especial os maus antecedentes do 2º Apelante, Jardel. Reduzi-las ao mínimo legal, e por consequência, as penas finais de cada Apelante significaria não dar resposta justa e proporcional à gravidade dos delitos por eles perpetrados, não havendo que se falar, portanto, em abrandamento do regime prisional imposto aos réus, ora Apelantes.

Por fim, para efeitos de prequestionamento, consigno a inexistência de violação a qualquer dispositivo da Carta Magna ou da Lei infraconstitucional.

Voto, pois, em conhecendo dos recursos, no sentido de a eles negar provimento, mantendo-se a sentença como posta.

Rio de Janeiro, 13 de março de 2018.

Des. Antonio José Ferreira Carvalho
Relator

TRABALHO EXTRAMUROS. INDEFERIMENTO. ALEGAÇÃO DE DIFICULDADE DE FISCALIZAÇÃO LOCAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. REGIME SEMIABERTO. PROPOSTA DE EMPREGO REGULAR. INEFICIÊNCIA ESTATAL QUE NÃO PODE PREJUDICAR O APENADO. PROVIMENTO DO RECURSO.

Agravo em execução - decisão que indeferiu o trabalho extramuros sob o argumento de que o local em que o agravante realizaria o trabalho, um mercado, está localizado em região de alta periculosidade havendo dificuldade de fiscalização. - insurgência defensiva - almeja a reforma da decisão, sob o argumento de que a dificuldade de acesso pelos agentes responsáveis pela fiscalização do local de trabalho do apenado não pode impedir o trabalho extramuros sob pena de violação do princípio da dignidade da pessoa humana - direito que deve ser concedido o apenado não pode ser prejudicado diante da ineficiência estatal - deve ser ultrapassada a dificuldade de fiscalização por outros meios, a reintegração do apenado no meio social deve ser feita através da reinserção no mercado de trabalho - deferimento do benefício, - provimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo em Execução de nº 0293515-10.2017.8.19.0001, em que figura como Agravante Robson Candido Barreto e Agravado o Ministério Púlbico.

Acordam os Desembargadores que integram a Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em julgamento nesta data, por unanimidade de votos, foi provido o recurso para deferir ao paciente trabalho extramuros, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

Trata-se de Agravo interposto pela defesa técnica de Robson Candido Barreto contra a decisão proferida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, que indeferiu o trabalho extramuros ao apenado sob o argumento de impossibilidade de fiscalização por ser região de alta periculosidade.

Aduz o agravante que a decisão deve ser reformada uma vez que não se pode impedir o direito do apenado de ter uma ocupação lícita em estabelecimento regular, por carência estatal sob pena de violação do princípio da dignidade da pessoa humana. Alega que o Supermercado Cambuci localizado na Avenida Gomes Freire, no bairro de Vila Santo Antônio, Duque de Caxias/RJ, aonde apenado trabalharia está em pleno funcionamento, em local certo e sabido que paga impostos e emprega funcionários.

Contrarrazões pugnando pelo desprovimento do Agravo.

Em sede de juízo de retratação, a decisão foi mantida por seus próprios fundamentos.

A douta Procuradoria de Justiça em parecer da lavra do Procurador de Justiça CLÁU-

DIO SOARES LOPES, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

No mérito, assiste razão ao agravante.

O Juízo da VEP concedeu ao apenado a progressão de regime para o semiaberto, uma das regras do regime semiaberto é a possibilidade do apenado sair para trabalhar. Impedir tal benefício ao apenado implicaria na prática que o apenado continuasse a cumprir a pena em regime fechado.

In casu, constata-se que o agravante apresentou proposta de trabalho extramuros no Supermercado Cambuci localizado na Avenida Gomes Freire, no bairro de Vila Santo Antônio Duque de Caxias- RJ. A empresa é regular encontra-se em local certo e sabido e emprega funcionários sendo o trabalho do agravante a ser realizado nesta empresa importante para sua reinserção social.

Assim, diante da escassez na oferta de empregos para ex presidiários, é preciso apoiar esse tipo de iniciativa.

Com isso se subsume que a natureza retributiva da pena não busca somente a prevenção, mas, também, a humanização. Desse modo, a execução penal tem por objetivo proporcionar ao apenado a sua gradativa readaptação no meio social, a partir de estímulo ao senso de responsabilidade e disciplina. É evidente que essa reintegração caminha lado a lado com a reinserção do apenado no mercado de trabalho.

Desta forma deve ser ultrapassada a dificuldade da fiscalização por outros meios, não sendo cabível o indeferimento da concessão do trabalho extramuros ao argumento da impossibilidade de fiscalização, uma vez que o agravante faz jus ao regime semiaberto, apresentou proposta de emprego regular não podendo ser prejudicado por ineficiência estatal.

Isto posto, voto no sentido de dar provimento ao recurso defensivo, para deferir ao agravante a realização do trabalho extramuros nos termos requeridos ao Juízo da VEP.

Rio de Janeiro, 19 de junho de 2018.

DES. FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA
Relator

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NATUREZA NÃO HEDIONDA. CONCESSÃO DE INDULTO. APLICAÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO) NO CÁLCULO DA PENA. LIVRAMENTO CONDICIONAL. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO

Agravo de execução penal. Indulto natalino e livramento condicional - 1º) ao contrário do que expressou o juízo da execução penal, o artigo 5º, inciso XLIII, da constituição federal, veda a concessão de graça e anistia a quem é condenado pelo cometimento de tráfico ilícito de entorpecentes, mas não o indulto (ou a comutação de penas - indulto parcial); 2º) em que pese a literalidade da vedação contida no artigo 44, *caput*, da lei nº 11.343/06, o STF e o STJ consolidaram entendimento no sentido de que o tráfico privilegiado (§ 4º, do artigo 33, da lei nº 11.343/06) não ostenta natureza hedionda, logo, é juridicamente admissível a concessão de indulto, aplicando-se a fração de um terço no cálculo de pena correspondente ao livramento condicional (inciso I, do artigo

83, do CP). Provimento parcial do recurso.

Examinado o Agravo de Execução Penal nº 0146929-04. 2017.8.19.0001, no qual é Recorrente Jorge Fernando de Oliveira Lourenço, sendo Recorrido o Ministério Público,

Acordam os Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade, nos termos do voto do Relator, em prover parcialmente o recurso, para os seguintes fins: desconsiderar as vedações previstas no inciso II, do artigo 9º, do Decreto Presidencial n.º 8.615/2015, e no parágrafo único, do artigo 44, da Lei nº 11.343/ 06, e determinar que o Juízo da Execução Penal prossiga no exame das demais condições de admissibilidade do questionado indulto natalino, observando a fração de um terço no cálculo de pena do livramento condicional.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos processuais, conheço do Agravo de Execução Penal.

Ao contrário do que expressou o Juízo da Execução Penal, o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, veda a concessão de graça e anistia a quem é condenado pelo cometimento de tráfico ilícito de entorpecentes, mas não o indulto (ou a comutação de penas - indulto parcial).

Em que pese a literalidade da vedação contida no artigo 44, *caput*, da Lei nº 11.343/06, os Tribunais Superiores consolidaram entendimento no sentido de que o tráfico privilegiado, ou seja, quando se aplica o § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, não ostenta natureza hedionda, logo, é juridicamente admissível a concessão de indulto, aplicando-se a fração de um terço (inciso I, do artigo 83, do Código Penal) no cálculo de pena correspondente ao livramento condicional (Supremo Tribunal Federal - *habeas corpus* 118.553/MS e 136.886/SP; Superior Tribunal de Justiça - petição 11.796/ DF, *habeas corpus* 403.922/SP, *habeas corpus* 376.489/SC e 372.297/ MG).

Ante o exposto, voto pelo provimento parcial do recurso, para os seguintes fins:

1º) desconsiderar as vedações previstas no inciso II, do artigo 9º, do Decreto Presidencial nº 8.615/2015, e no parágrafo único, do artigo 44, da Lei nº 11.343/06;

2º) determinar que o Juízo da Execução Penal prossiga no exame das demais condições de admissibilidade do questionado indulto natalino, observando a fração de um terço no cálculo de pena do livramento condicional (artigo 83, inciso I, do Código Penal).

Rio de Janeiro, 15 de maio de 2018.

DES. PAULO DE TARSO NEVES
Relator

SUMÁRIO

"LEI SECA"
0421587-83.2015.8.19.0001
14187 / 2017 - TJ - (ACRIM) - Documento público falso. Operação Lei Seca. Recusa a soprar o bafômetro. Apresentação de Carteira Nacional de Habilitação irregular. Alegação de desconhecimento da falsidade do documento. Violação a dispositivo de lei penal. Recurso Ministerial provido 314

"SAIDINHA DE BANCO"
0235280-55.2014.8.19.0001
1215 / 2017 - TJ - (ACRIM) - "Saidinha de banco". União de ações e desígnios de quatro elementos. Divisão de tarefas na quadrilha. Disparo a queima roupa. Morte. Sentença mantida 339

A Administração Pública Contrafactual: O Modelo para Afastar a Administração Patrimonialista e Burocrática
SÉRVIO TÚLIO SANTOS VIEIRA 13

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
1472844 / 2014 - STJ - (RESP) - Ação Civil Pública. Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa versus DETRAN/RJ. Alegação de mau funcionamento da prestação de serviço. Agendamento e atendimento das vistorias anuais de veículos. Decisão do Órgão Especial de inexistência de relação de consumo. Recurso Especial não conhecido 93

ACESSO À JUSTIÇA
0033003-14.2018.8.19.0000
43597 / 2018 - TJ - (AI) - Compra e venda de imóvel. Pedido de gratuidade de justiça negado. Declaração de hipossuficiência. Direito fundamental. Acesso à justiça. Constituição da República. Reforma da decisão. Gratuidade deferida..... 151

AÇÕES AFIRMATIVAS
0008277-37.2013.8.19.0004
76130 / 2017 - TJ - (AC) - Sistema de cotas. Ingresso em Universidade Pública. Indignação. Exercício regular do direito de petição aos órgãos públicos. Constituição da República. Má-fé. Não comprovação. Pedido improcedente 302

0090033-43.2014.8.19.0001
26919 / 2018 - TJ - (AC) - Ações afirmativas. Concurso público. Cota racial. Nomeação. Ordem de classificação geral no concurso. Candidato classificado fora do número de vagas ofertado. Regras estabelecidas no edital. Lei nº 6.067/2011 143

ALUGUEL SOCIAL
0006865-40.2011.8.19.0037
45755 / 2017 - TJ - (AC) - Benefício social. Aluguel social e moradia definitiva. Retorno a imóvel interditado. Princípio da dignidade da pessoa humana. Parcial provimento ao recurso. Município de Nova Friburgo. Pagamento 226

0063440-65.2014.8.19.0004
85025 / 2017 - TJ - (AC) - Aluguel social. Constituição da República. Direito à moradia. Condomínio construído em área de manquezal. Autorização do Munícipio. Fortes chuvas. Reassentamento da população. Dignidade da pessoa humana 147

ARMA DE FOGO
0203946-03.2014.8.19.0001
19588 / 2017 - TJ - (ACRIM) - Porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida e resistência qualificada. Condenação inevitável. Conjunto probatório. Redução das penas-base ao mínimo legal em relação ao porte de armas. Princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Provimento ao recurso do Ministério Público e parcial provimento aos apelos defensivos. Voto vencido..... 331

437143 / 2018 - STJ - (HC) - Tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo. Prisão necessária e eficaz para evitar o risco de reiteração de conduta delitiva. Gravidade concreta. Garantia da ordem pública. *Habeas Corpus* não conhecido 103

BILHETE PREMIADO
0257661-91.2013.8.19.0001
5330 / 2018 - TJ - (ACRIM) - Estelionato. Bilhete premiado. Idosa. Interveniência de terceiro para validar a trama. Ausência de prescrição. Declarações consistentes da vítima. Credibilidade do apenado mitigada por condenações anteriores. Recursos improvidos..... 318

CARTÃO DE CRÉDITO
1.101.926/2017
STJ - (AgInt. no Ag. em Resp.) - Prestação de Contas por instituição financeira. Discriminação de valores da conta-corrente. Apuração de saldo. Contrato de adesão de cartão de crédito. Alegação de inaplicabilidade da tese do Recurso Especial (Tema 528). Impugnação STJ. Falta de interesse de agir para ação de prestação de contas. Agravo Interno negado..... 87

CDC
0059492-22.2017.8.19.0001
10602 / 2018 - TJ - (AC) - Ação de invalidação de ato administrativo. PROCON. Normas de proteção e defesa do consumidor - CDC. Alegação de ausência de preço e obstáculos à prestação de assistência técnica. Desvantagem para o consumidor que não realizou o prévio agendamento. Imposição de multa. Manutenção da sentença 215

0397949-84.2016.8.19.0001
13840 / 2018 - TJ - (AC) - Indenizatória. Atraso de voo. Má prestação do serviço. Dano moral. Responsabilidade civil das companhias aéreas. Subordinação ao Código de Defesa do Consumidor. Majoração do valor..... 239

CNH
0421587-83.2015.8.19.0001
14187 / 2017 - TJ - (ACRIM) - Documento público falso. Operação Lei Seca. Recusa a soprar o bafômetro. Apresentação de Carteira Nacional de Habilitação irregular. Alegação de desconhecimento da falsidade do documento. Violação a dispositivo de lei penal. Recurso Ministerial provido 314

CÓDIGO DE TRÂNSITO
0021630-21.2016.8.19.0205
34949 / 2018 - TJ - (AC) - Indenizatória. Danos materiais e morais. Acidente de motocicleta. Cruzamento. Imprudência. Não observância à preferência de passagem. Conserto da motocicleta comprovado. Valor do dano moral mantido. Razoabilidade e proporcionalidade. 244

CONCURSO DE PESSOAS
0078584-54.2015.8.19.0001
2596 / 2018 - TJ - (ACRIM) - Roubo. Autoria e materialidade comprovadas. Prisão em flagrante. Simulação de arma e uma faca. Concurso de pessoas. Majoração. Dosimetria mantida. Negado provimento ao recurso. 336

CONCURSO PÚBLICO
0090033-43.2014.8.19.0001
26919 / 2018 - TJ - (AC) - Ações afirmativas. Concurso público. Cota racial. Nomeação. Ordem de classificação geral no concurso. Candidato classificado fora do número de vagas ofertado. Regras estabelecidas no edital. Lei nº 6.067/2011. 143

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
283746 / 2013 - STJ - (HC) - Extorsão mediante sequestro. *Habeas Corpus* substitutivo. Não cabimento. Material probatório

documental, pericial e testemunhal. Manutenção do ato impugnado. Não conhecimento do *Writ*..... 125

0070058-33.2017.8.19.0000
4275 / 2017 - TJ - (MS) - Liquidação de Precatório. Município. Mandado de Segurança para impedir que o Presidente do TJERJ realize sequestro nas contas do erário local. Impossibilidade. Constituição da República. Segurança parcialmente concedida. Vício formal na intimação da municipalidade. Nulidade do sequestro. Não impedimento de novos sequestros..... 170

0008277-37.2013.8.19.0004
76130 / 2017 - TJ - (AC) - Sistema de cotas. Ingresso em Universidade Pública. Indignação. Exercício regular do direito de petição aos órgãos públicos. Constituição da República. Má-fé. Não comprovação. Pedido improcedente. 302

0063440-65.2014.8.19.0004
85025 / 2017 - TJ - (AC) - Aluguel social. Constituição da República. Direito à moradia. Condomínio construído em área de manquezal. Autorização do Munícipio. Fortes chuvas. Reassentamento da população. Dignidade da pessoa humana. 147

0004138-78.2018.8.19.0000
220 / 2018 - TJ - (MS) - Emissão de diploma de conclusão de curso. Previsão constitucional. Mandado de Segurança. Intervenção judicial em instituição de ensino. Atividade encerrada. Necessidade de apresentação de histórico escolar e declaração de conclusão de ensino médio. Comprovação efetuada. Concessão da segurança. 154

0007160-97.2009.8.19.0053
3746 / 2018 - TJ - (AC) - Previdênciário. União estável. Benefício. INSS. Pensão por morte. Não demonstração do trabalho na atividade pesqueira de forma habitual. Recurso desprovido. 184

0151414-47.2017.8.19.0001
5977 / 2018 - TJ - (ACRIM) - Tráfico de entorpecentes. Preliminar de prova ilícita arguída. Busca domiciliar sem autorização. Rejeição. Exceção ao princípio da inviolabilidade de domicílio. Agente em situação de flagrante delito. Desprovimento do recurso. 198

0005095-79.2018.8.19.0000
6335 / 2018 - TJ - (AI) - Tutela de urgência. Ministério Público. Abrigamento de idoso. Doença de Parkinson. Situação de abandono. Impossibilidade de informar vínculos familiares. Indicação de acolhimento por instituição de longa permanência. Município. Alegação de ausência de vaga. Descumprimento do dever constitucional de proteção. Recurso negado. 208

0019085-67.2014.8.19.0004
7193 / 2018 - TJ - (AC) - Revisão anual de vencimentos. Constituição da República. Necessidade de lei formal. Iniciativa do Poder Executivo. Poder Judiciário não é legislador positivo. Observância ao princípio da separação de poderes. Inexistência de lei não gera direito à indenização. Recurso desprovido. 194

0022429-29.2018.8.19.0000
9599 / 2018 - TJ - (HC) - Prisão preventiva. Fundamentação: Constituição da República. Indícios de crime grave. Concurso de agentes e emprego de arma de fogo. Ausência de constrangimento ilegal. Violação a preceito constitucional. Manutenção da prisão. 187

0079684-10.2016.8.19.0001
31178 / 2018 - TJ - (AC) - *Overbooking*. Companhia aérea. Menores. Voo internacio-

nal remarcado para o dia seguinte. Prejuízo de um dia de férias. Aborrecimentos. Dano moral. Indenização majorada. 180

0033003-14.2018.8.19.0000
43597 / 2018 - TJ - (AI) - Compra e venda de imóvel. Pedido de gratuidade de justiça negado. Declaração de hipossuficiência. Direito fundamental. Acesso à justiça. Constituição da República. Reforma da decisão. Gratuidade deferida. 151

0016870-91.2018.8.19.0000
7507 / 2018 - TJ - (HC) - *Habeas Corpus*. Crime de roubo. Utilização de arma de fogo. Prisão preventiva. Alegação de excesso de prazo e violação ao princípio da presunção de inocência. CRFB. Ausência de alteração fática ou processual a ensejar a liberdade do réu. Reconhecimento seguro do paciente. Custódia como garantia da ordem pública. Ausência de inércia ou desídia imputáveis ao Judiciário. Recurso negado. 157

001271-03.2016.8.19.0014
TJ - (REMESSA NECESSÁRIA) - Obrigação de fazer. Vaga em Creche Municipal. Dever do estado prover matrícula para menores. Constituição da República. Ausência de discricionariedade. Sentença mantida. 175

CONSUMIDOR
1472844 / 2014 - STJ - (RESP) - Ação Civil Pública. Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa *versus* DETRAN/RJ. Alegação de mau funcionamento da prestação de serviço. Agendamento e atendimento das vistorias anuais de veículos. Decisão do Órgão Especial de inexistência de relação de consumo. Recurso Especial não conhecido. 93

CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA
0093558-87.2012.8.19.0038
10823 / 2018 - TJ - (AC) - Reclamação trabalhista. Contratação temporária. Agente comunitário de saúde. Município de Mesquita. Pretenção de recebimento de verbas trabalhistas. Pagamento de FGTS. Recurso provido. 273

COPROPRIETÁRIOS
0263816-42.2015.8.19.0001
3408 / 2018 - TJ - (AC) - Partilha de imóvel entre herdeiros. Coproprietários. Posse durante 20 anos. Alegação de usucapião improcedente. Ausência de *animus domini.* Pagamento de taxa condominial. Reparo na sentença. Tutela antecipada mantida. 267

CPC
1132236 / 2017 - STJ - (RESP) - Agravo interno. Recurso especial. CPC/2015. Ausência de impugnação do *decisum* agravado. Súmula. Recurso não conhecido. 98

DANO MORAL
0098018-92.2016.8.19.0001
27846 / 2018 - TJ - (AC) - Consumidor. Seguro de automóvel. Ausência de repasse pela instituição financeira do pagamento. Renovação da apólice não efetuada. Incons-testáveis transtornos. Dano moral. Reforma da sentença. Caráter pedagógico/ punitivo.....229

0079684-10.2016.8.19.0001
31178 / 2018 - TJ - (AC) - *Overbooking*. Companhia aérea. Menores. Voo internacional remarcado para o dia seguinte. Prejuízo de um dia de férias. Aborrecimentos. Dano moral. Indenização majorada. 180

0088363-38.2012.8.19.0001
35463 / 2018 - TJ - (AC) - Ação de obrigação de fazer e reparação moral. Recusa de fornecimento de materiais para cirurgia. Colocação de prótese peniana inflável. Recusa indevida. Agressão ao princípio da

dignidade humana. Ausência de violação a dispositivo constitucional ou infraconstitucional. Sentença mantida..... 224

DANOS MATERIAIS E MORAIS
0021630-21.2016.8.19.0205
34949 / 2018 - TJ - (AC) - Indenizatória. Danos materiais e morais. Acidente de motocicleta. Cruzamento. Imprudência. Não observância à preferência de passagem. Conserto da motocicleta comprovado. Valor do dano moral mantido. Razoabilidade e proporcionalidade..... **244**

DANOS MORAIS E MATERIAIS
0000800-26.2012.8.19.0059
79448 / 2017 - TJ - (AC) - Responsabilidade civil. Ação indenizatória. Ciclista. Atropelamento por caminhão. Menor de tenra idade. Vítima fatal. Ausência de prova da culpa do motorista. Preposto do mercado. Danos morais e materiais não comprovados. Improcedência do pedido. 280

DETRAN
0002343-60.2014.8.19.0070
9889 / 2018 - TJ - (AC) - Responsabilidade civil. DETRAN. Renovação da CNH. Demora injustificada. Motorista de caminhão impossibilitado de trabalhar por dois meses. Dano moral configurado. Parcial provimento ao recurso. 292

DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO
0039662-12.2013.8.19.0001
76511 / 2017 - TJ - (AC) - Indenizatória. Crimes de injúria e difamação. Matéria jornlística de cunho ofensivo. Solicitação para cessar a divulgação do conteúdo. Direito à imagem e à honra *versus* direito à livre manifestação. Direito de informar que não deturpou a existência dos acontecimentos. Recurso negado. 164

DIREITO DE PETIÇÃO
0008277-37.2013.8.19.0004
76130 / 2017 - TJ - (AC) - Sistema de cotas. Ingresso em Universidade Pública. Indignação. Exercício regular do direito de petição aos órgãos públicos. Constituição da República. Má-fé. Não comprovação. Pedido improcedente. 302

DIREITO MORAL DO AUTOR
0094090-70.2015.8.19.0001
12349 / 2018 - TJ - (AC) - Obra de arte. Doação à ABL. Desaparecimento. Violação ao direito moral do autor. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória. Teoria da *Actio Nata*. Princípio da boa-fé. Sentença reformada. 260

ESTELIONATO
0000170-12.2015.8.19.0011
3486 / 2018 - TJ - (ACRIM) - Crime contra o patrimônio. Estelionato. Vantagem ilícita. Indução a erro mediante artifício. Importância da palavra da lesada. Conjunto probatório robusto. Descabimento do princípio da insignificância. Desprovimento do apelo defensivo. 308

0257661-91.2013.8.19.0001
5330 / 2018 - TJ - (ACRIM) - Estelionato. Bilhete premiado. Idosa. Interveniência de terceiro para validar a trama. Ausência de prescrição. Declarações consistentes da vítima. Credibilidade do apenado mitigada por condenações anteriores. Recursos improvidos. 318

EXECUÇÃO
0254739-38.2017.8.19.0001
107 / 2018 - TJ - (RA) - Agravo de execução. Ministério Público. Apenado de 80 anos de idade. Decisão de monitoramento eletrônico. Alegação de inexistência de tornozeleira eletrônica. Culpa exclusiva do Estado. Recurso negado. 307

0026022-66.2018.8.19.0000
11053 / 2018 - TJ - (HC) - Execução pe-nal. Insterstício temporal. Progressão de regime carcerário semiaberto. Recontagem do prazo. Faltas graves no cárcere. *Error in judicando*. Recurso próprio. Não utilização. Supressão de instância. Rejeição liminar. 320

EXTORSÃO
283746 / 2013 - STJ - (HC) - Extorsão mediante sequestro. *Habeas Corpus* substitutivo. Não cabimento. Material probatório documental, pericial e testemunhal. Manutenção do ato impugnado. Não conhecimento do *Writ*..... 125

FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO
0018790-75.2015.8.19.0204
3552 / 2018 - TJ - (AC) - Responsabilidade civil. Seguro-saúde. Ausência de atendimento médico. Falta de profissionais. Falha na prestação do serviço. Dano moral. .. 298

0397949-84.2016.8.19.0001
13840 / 2018 - TJ - (AC) - Indenizatória. Atraso de voo. Má prestação do serviço. Dano moral. Responsabilidade civil das companhias aéreas. Subordinação ao Código de Defesa do Consumidor. Majoração do valor..... 239

0014713-51.2009.8.19.0004
26511 / 2018 - TJ - (AC) - Responsabilidade civil. Hospital municipal. Troca de identidades de pacientes em suas dependências. Óbito. Exame de DNA. Comprovação do equívoco. Falha na prestação do serviço. Dever de indenizar..... 295

FEMINICÍDIO
0109678-83.2016.8.19.0001
5200 / 2018 - TJ - (ACRIM) - Homicídio. Vítima mulher. Pleito por novo julgamento. Alegação da defesa de que o motivo fútil e o feminicídio são contrários as provas dos autos. Réu confesso. Aumento da pena-base em virtude da perversidade do crime. Recurso negado..... 324

FURTO
441444 / 2018 - STJ - (HC) - Furto. Custódia cautelar. Réu que respondeu ao processo em liberdade. Sentença condenatória. Não ocorrência de fato novo. Direito de apelar em liberdade. Ordem concedida..... 112

GRATUIDADE DE JUSTIÇA
0033003-14.2018.8.19.0000
43597 / 2018 - TJ - (AI) - Compra e venda de imóvel. Pedido de gratuidade de justiça negado. Declaração de hipossuficiência. Direito fundamental. Acesso à justiça. Constituição da República. Reforma da decisão. Gratuidade deferida..... 151

IDOSO
0254739-38.2017.8.19.0001
107 / 2018 - TJ - (RA) - Agravo de execução. Ministério Público. Apenado de 80 anos de idade. Decisão de monitoramento eletrônico. Alegação de inexistência de tornozeleira eletrônica. Culpa exclusiva do Estado. Recurso negado. 307

0257661-91.2013.8.19.0001
5330 / 2018 - TJ - (ACRIM) - Estelionato. Bilhete premiado. Idosa. Interveniência de terceiro para validar a trama. Ausencia de prescrição. Declarações consistentes da vítima. Credibilidade do apenado mitigada por condenações anteriores. Recursos improvidos..... 318

0005095-79.2018.8.19.0000
6335 / 2018 - TJ - (AI) - Tutela de urgência. Ministério Público. Abrigamento de idoso. Doença de Parkinson. Situação de abandono. Impossibilidade de informar vínculos

familiares. Indicação de acolhimento por instituição de longa permanência. Município. Alegação de ausência de vaga. Descumprimento de dever constitucional de proteção. Recurso negado. 208

INDULTO
0146929-04.2017.8.19.0001
1110 / 2017 - TJ - (RA) - Tráfico ilícito de entorpecentes. Natureza não hedionda. Concessão de indulto. Aplicação de 1/3 (um terço) no cálculo da pena. Livramento condicional. Provimento parcial do recurso. 346

INJÚRIA
0039662-12.2013.8.19.0001
76511 / 2017 - TJ - (AC) - Indenizatória. Crimes de injúria e difamação. Matéria jornlística de cunho ofensivo. Solicitação para cessar a divulgação do conteúdo. Direito à imagem e à honra versus direito à livre manifestação. Direito de informar não deturpou a existência dos acontecimentos. Recurso negado. 164

Juízo Arbitral – Inconstitucionalidade do Artigo 136-A da LSA
JORGE LOBO 64

LEGATÁRIO
0379222-77.2016.8.19.0001
86018 / 2017 - TJ - (AC) - Legatário como beneficiário de pensão previdenciária. Defesa pela percepção do benefício ao seu patrimônio. Vinte e seis anos usufruindo do recebimento da pensão por legado. Problemas de saúde graves. Incapacidade de prover seu próprio sustento. Procedimento administrativo após dez anos da declaração de inconstitucionalidade. Segurança jurídica. Recurso provido..... 248

LIVRAMENTO CONDICIONAL
0146929-04.2017.8.19.0001
1110 / 2017 - TJ - (RA) - Tráfico ilícito de entorpecentes. Natureza não hedionda. Concessão de indulto. Aplicação de 1/3 (um terço) no cálculo da pena. Livramento condicional. Provimento parcial do recurso. 346

LOCAÇÃO
0054174-29.2011.8.19.0014
61379 / 2017 - TJ - (AC) - Contrato de locação em *shopping center*. Despejo e cobrança de aluguéis e acessórios. Alegação de onerosidade excessiva. Afastada. Ausência de associação de lojistas e fundo de promoção. Direito de crédito invocado pelo locador. Procedente. Recurso negado... 233

0026639-20.2014.8.19.0209
37919 / 2018 - TJ - (AC) - Locação. Renovação de aluguel não residencial. Lei nº 8.245/1991. Requisitos preenchidos. Juros moratórios. Ausência de ixação do termo inicial. Crise imobiliária. Provimento parcial. Juros a partir do trânsito em julgado da sentença da ação renovatória. Laudo pericial. Método próprio. Honorários. CPC.....253

MANDADO DE SEGURANÇA
0004138-78.2018.8.19.0000
220 / 2018 - TJ - (MS) - Emissão de diploma de conclusão de curso. Previsão constitucional. Mandado de Segurança. Intervenção judicial em instituição de ensino. Atividade encerrada. Necessidade de apresentação de histórico escolar e declaração de conclusão de ensino médio. Comprovação efetuada. Concessão da segurança. 154

MENOR
0000800-26.2012.8.19.0059
79448 / 2017 - TJ - (AC) - Responsabilidade civil. Ação indenizatória. Ciclista. Atropelamento por caminhão. Menor de tenra idade. Vítima fatal. Ausência de prova da culpa do motorista. Preposto do mercado.

Danos morais e materiais não comprovados. Improcedência do pedido..... 280

MULTA
0059492-22.2017.8.19.0001
10602 / 2018 - TJ - (AC) - Ação de invalidação de ato administrativo. PROCON. Normas de proteção e defesa do consumidor - CDC. Alegação de ausência de preço e obstáculos à prestação de assistência técnica. Desvantagem para o consumidor que não realizou o prévio agendamento. Imposição de multa. Manutenção da sentença. 215

MUNICÍPIO
001271-03.2016.8.19.0014
TJ - (REMESSA NECESSÁRIA) - Obrigação de fazer. Vaga em Creche Municipal. Dever do estado prover matrícula para menores. Constituição da República. Ausência de discricionariedade. Sentença mantida. 175

0070058-33.2017.8.19.0000
4275 / 2017 - TJ - (MS) - Liquidação de Precatório. Município. Mandado de Segurança para impedir que o Presidente do TJERJ realize sequestro nas contas do erário local. Impossibilidade. Constituição da República. Segurança parcialmente concedida. Vício formal na intimação da municipalidade. Nulidade do sequestro. Não impedimento de novos sequestros..... 170

0063440-65.2014.8.19.0004
85025 / 2017 - TJ - (AC) - Aluguel social. Constituição da República. Direito à moradia. Condomínio construído em área de manguezal. Autorização do Munícipio. Fortes chuvas. Reassentamento da população. Dignidade da pessoa humana. 147

0093558-87.2012.8.19.0038
10823 / 2018 - TJ - (AC) - Reclamação trabalhista. Contratação temporária. Agente comunitário de saúde. Município de Mesquita. Pretenção de recebimento de verbas trabalhistas. Pagamento de FGTS. Recurso provido. 273

NOMEAÇÃO
0090033-43.2014.8.19.0001
26919 / 2018 - TJ - (AC) - Ações afirmativas. Concurso público. Cota racial. Nomeação. Ordem de classificação geral no concurso. Candidato classificado fora do número de vagas ofertado. Regras estabelecidas no edital. Lei nº 6.067/2011. 143

Os Direitos de Proteção do Delator
ANA PAULA COUTO E MARCO COUTO 49

OVERBOOKING
0079684-10.2016.8.19.0001
31178 / 2018 - TJ - (AC) - *Overbooking*. Companhia aérea. Menores. Voo internacional remarcado para o dia seguinte. Prejuízo de um dia de férias. Aborrecimentos. Dano moral. Indenização majorada. 180

PARTILHA
0263816-42.2015.8.19.0001
3408 / 2018 - TJ - (AC) - Partilha de imóvel entre herdeiros. Coproprietários. Posse durante 20 anos. Alegação de usucapião improcedente. Ausência de *animus domini.* Pagamento de taxa condominial. Reparo na sentença. Tutela antecipada mantida. 267

PENA
0078584-54.2015.8.19.0001
2596 / 2018 - TJ - (ACRIM) - Roubo. Autoria e materialidade comprovadas. Prisão em flagrante. Simulação de arma e uma faca. Concurso de pessoas. Majoração. Dosimetria mantida. Negado provimento ao recurso. **336**

PENSÃO PREVIDENCIÁRIA
0379222-77.2016.8.19.0001

86018 / 2017 - TJ - (AC) - Legatário como beneficiário de pensão previdenciária. Defesa pela percepção do benefício ao seu patrimônio. Vinte e seis anos usufruindo do recebimento da pensão por legado. Problemas de saúde graves. Incapacidade de prover seu próprio sustento. Procedimento administrativo após dez anos da declaração de inconstitucionalidade. Segurança jurídica. Recurso provido. 248

PERITO
0026639-20.2014.8.19.0209
37919 / 2018 - TJ - (AC) - Locação. Renovação de aluguel não residencial. Lei nº 8.245/1991. Requisitos preenchidos. Juros moratórios. Ausência de fixação do termo inicial. Crise imobiliária. Provimento parcial. Juros a partir do trânsito em julgado da sentença da ação renovatória. Laudo pericial. Método próprio. Honorários. CPC.....253

Possibilidade de os Agentes da Área de Segurança Pública Abaterem quem Porta Fuzil ou Armamento de Uso Exclusivo das Forças Armadas em Comunidades Dominadas por Organizações Criminosas
AYLTON CARDOSOS VASCONCELLOS 42

PRECATÓRIO
0070058-33.2017.8.19.0000
4275 / 2017 - TJ - (MS) - Liquidação de Precatório. Município. Mandado de Segurança para impedir que o Presidente do TJERJ realize sequestro nas contas do erário local. Impossibilidade. Constituição da República. Segurança parcialmente concedida. Vício formal na intimação da municipalidade. Nulidade do sequestro. Não impedimento de novos sequestros.....170

PRESTAÇÃO DE CONTAS
1.101.926/2017
STJ - (AgInt. no Ag. em Resp.) - Prestação de Contas por instituição financeira. Discriminação de valores da conta-corrente. Apuração de saldo. Contrato de adesão de cartão de crédito. Alegação de inaplicabilidade da tese do Recurso Especial (Tema 528). Impugnação STJ. Falta de interesse de agir para ação de prestação de contas. Agravo Interno negado.....87

PREVIDÊNCIÁRIO
0007160-97.2009.8.19.0053
3746 / 2018 - TJ - (AC) - Previdênciário. União estável. Benefício. INSS. Pensão por morte. Não demonstração do trabalho na atividade pesqueira de forma habitual. Recurso desprovido.....184

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
0006865-40.2011.8.19.0037
45755 / 2017 - TJ - (AC) - Benefício social. Aluguel social e moradia definitiva. Retorno a imóvel interditado. Princípio da dignidade da pessoa humana. Parcial provimento ao recurso. Município de Nova Friburgo. Pagamento.....226

0088363-38.2012.8.19.0001
35463 / 2018 - TJ - (AC) - Ação de obrigação de fazer e reparação moral. Recusa de fornecimento de materiais para cirurgia. Colocação de prótese peniana inflável. Recusa indevida. Agressão ao princípio da dignidade humana. Ausência de violação a dispositivo constitucional ou infraconstitucional. Sentença mantida. 224

0293515-10.2017.8.19.0001
23 / 2018 - TJ - (RA) - Trabalho extramuros. Indeferimento. Alegação de dificuldade de fiscalização local. Violação ao príncipio da dignidade da pessoa humana. Regime semiaberto. Proposta de emprego regular. Ineficiência estatal que não pode prejudicar o apenado. Provimento do recurso. 345

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA
0000170-12.2015.8.19.0011
3486 / 2018 - TJ - (ACRIM) - Crime contra o patrimônio. Estelionato. Vantagem ilícita. Indução a erro mediante artifício. Importância da palavra da lesada. Conjunto probatório robusto. Descabimento do princípio da insignificância. Desprovimento do apelo defensivo. 308

PRINCÍPIO DA INVIOLABILIDADE DE DOMÍCILIO
0151414-47.2017.8.19.0001
5977 / 2018 - TJ - (ACRIM) - Tráfico de entorpecentes. Preliminar de prova ilícita arguída. Busca domiciliar sem autorização. Rejeição. Exceção ao princípio da inviolabilidade de domicílio. Agente em situação de flagrante delito. Desprovimento do recurso. 198

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
0203946-03.2014.8.19.0001
19588 / 2017 - TJ - (ACRIM) - Porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida e resistência qualificada. Condenação inevitável. Conjunto probatório comprovado. Redução das penas-base ao mínimo legal em relação ao porte de armas. Princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Provimento ao recurso do Ministério Público e parcial provimento aos apelos defensivos. Voto vencido. 331

0016870-91.2018.8.19.0000
7507 / 2018 - TJ - (HC) - *Habeas Corpus*. Crime de roubo. Utilização de arma de fogo. Prisão preventiva. Alegação de excesso de prazo e violação ao princípio da presunção de inocência. CRFB. Ausência de alteração fática ou processual a ensejar a liberdade do réu. Reconhecimento seguro do paciente. Custódia como garantia da ordem pública. Ausência de inércia ou desídia imputáveis ao Judiciário. Recurso negado.....157

PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL
0026022-66.2018.8.19.0000
11053 / 2018 - TJ - (HC) - Execução penal. Insterstício temporal. Progressão de regime carcerário semiaberto. Recontagem do prazo. Faltas graves no cárcere. Error in judicando. Recurso próprio. Não utilização. Supressão de instância. Rejeição liminar.....320

PRISÃO
0022429-29.2018.8.19.0000
9599 / 2018 - TJ - (HC) - Prisão preventiva. Fundamentação: Constituição da República. Indícios de crime grave. Concurso de agentes e emprego de arma de fogo. Ausência de constrangimento ilegal. Violação à preceito constitucional. Manutenção da prisão. 187

441444 / 2018 - STJ - (HC) - Furto. Custódia cautelar. Réu que respondeu ao processo em liberdade. Sentença condenatória. Não ocorrência de fato novo. Direito de apelar em liberdade. Ordem concedida..... 112

PROVA
283746 / 2013 - STJ - (HC) - Extorsão mediante sequestro. *Habeas Corpus* substitutivo. Não cabimento. Material probatório documental, pericial e testemunhal. Manutenção do ato impugnado. Não conhecimento do *Writ*. 125

0000800-26.2012.8.19.0059
79448 / 2017 - TJ - (AC) - Responsabilidade civil. Ação indenizatória. Ciclista. Atropelamento por caminhão. Menor de tenra

idade. Vítima fatal. Ausência de prova da culpa do motorista. Preposto do mercado. Danos morais e materiais não comprovados. Improcedência do pedido.....280

0109678-83.2016.8.19.0001
5200 / 2018 - TJ - (ACRIM) - Homicídio. Vítima mulher. Pleito por novo julgamento. Alegação da defesa de que o motivo fútil e o feminicídio são contrários as provas dos autos. Réu confesso. Aumento da pena-base em virtude da perversidade do crime. Recurso negado.....324

QUADRILHA
0235280-55.2014.8.19.0001
1215 / 2017 - TJ - (ACRIM) - "Saidinha de banco". União de ações e desígnios de quatro elementos. Divisão de tarefas na quadrilha. Disparo a queima roupa. Morte. Sentença mantida. 339

RESPONSABILIDADE CIVIL
0002343-60.2014.8.19.0070
9889 / 2018 - TJ - (AC) - Responsabilidade civil. DETRAN. Renovação da CNH. Demora injustificada. Motorista de caminhão impossibilitado de trabalhar por dois meses. Dano moral configurado. Parcial provimento ao recurso.....292

0014713-51.2009.8.19.0004
26511 / 2018 - TJ - (AC) - Responsabilidade civil. Hospital municipal. Troca de identidades de pacientes em suas dependências. Óbito. Exame de DNA. Comprovação do equívoco. Falha na prestação do serviço. Dever de indenizar.....295

ROUBO
0078584-54.2015.8.19.0001
2596 / 2018 - TJ - (ACRIM) - Roubo. Autoria e materialidade comprovadas. Prisão em flagrante. Simulação de arma e uma faca. Concurso de pessoas. Majoração. Dosimetria mantida. Negado provimento ao recurso.....336

0016870-91.2018.8.19.0000
7507 / 2018 - TJ - (HC) - *Habeas Corpus*. Crime de roubo. Utilização de arma de fogo. Prisão preventiva. Alegação de excesso de prazo e violação ao princípio da presunção de inocência. CRFB. Ausência de alteração fática ou processual a ensejar a liberdade do réu. Reconhecimento seguro do paciente. Custódia como garantia da ordem pública. Ausência de inércia ou desídia imputáveis ao Judiciário. Recurso negado.....157

SEGURANÇA JURÍDICA
0379222-77.2016.8.19.0001
86018 / 2017 - TJ - (AC) - Legatário como beneficiário de pensão previdenciária. Defesa pela percepção do benefício ao seu patrimônio. Vinte e seis anos usufruindo do recebimento da pensão por legado. Problemas de saúde graves. Incapacidade de prover seu próprio sustento. Procedimento administrativo após dez anos da declaração de inconstitucionalidade. Segurança jurídica. Recurso provido. 248

SEGURO
0098018-92.2016.8.19.0001
27846 / 2018 - TJ - (AC) - Consumidor. Seguro de automóvel. Ausência de repasse pela instituição financeira do pagamento. Renovação da apólice não efetuada. Inconstestáveis transtornos. Dano moral. Reforma da sentença. Caráter pedagógico/punitivo.....229

SEGURO-SAÚDE
0018790-75.2015.8.19.0204

3552 / 2018 - TJ - (AC) - Responsabilidade civil. Seguro-saúde. Ausência de atendimento médico. Falta de profissionais. Falha na prestação do serviço. Dano moral. 298

SERVIDOR PÚBLICO
0019085-67.2014.8.19.0004
7193 / 2018 - TJ - (AC) - Revisão anual de vencimentos. Constituição da República. Necessidade de lei formal. Iniciativa do Poder Executivo. Poder Judiciário não é legislador positivo. Observância ao princípio da separação de poderes. Inexistência de lei não gera direito à indenização. Recurso desprovido. 194

SHOPPING CENTER
0054174-29.2011.8.19.0014
61379 / 2017 - TJ - (AC) - Contrato de locação em *shopping center*. Despejo e cobrança de aluguéis e acessórios. Alegação de onerosidade excessiva. Afastada. Ausência de associação de lojistas e fundo de promoção. Direito de crédito invocado pelo locador. Procedente. Recurso negado. 233

SÚMULA
1132236 / 2017 - STJ - (RESP) - Agravo interno. Recurso especial. CPC/2015. Ausência de impugnação do *decisum* agravado. Súmula. Recurso não conhecido. 98

TEORIA DA ACTIO NATA
0094090-70.2015.8.19.0001
12349 / 2018 - TJ - (AC) - Obra de arte. Doação à ABL. Desaparecimento. Violação ao direito moral do autor. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória. Teoria da *Actio Nata*. Princípio da boa-fé. Sentença reformada. 260

TORNOZELEIRA ELETRÔNICA
0254739-38.2017.8.19.0001
107 / 2018 - TJ - (RA) - Agravo de execução. Ministério Público. Apenado de 80 anos de idade. Decisão de monitoramento eletrônico. Alegação de inexistência de tornozeleira eletrônica. Culpa exclusiva do Estado. Recurso negado. 307

TRABALHO EXTRAMUROS
0293515-10.2017.8.19.0001
23 / 2018 - TJ - (RA) - Trabalho extramuros. Indeferimento. Alegação de dificuldade de fiscalização local. Violação ao príncipio da dignidade da pessoa humana. Regime semiaberto. Proposta de emprego regular. Ineficiência estatal que não pode prejudicar o apenado. Provimento do recurso. 345

TRÁFICO
0146929-04.2017.8.19.0001
1110 / 2017 - TJ - (RA) - Tráfico ilícito de entorpecentes. Natureza não hedionda. Concessão de indulto. Aplicação de 1/3 (um terço) no cálculo da pena. Livramento condicional. Provimento parcial do recurso. 346

437143 / 2018 - STJ - (HC) - Tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo. Prisão necessária e eficaz para evitar o risco de reiteração de conduta delitiva. Gravidade concreta. Garantia da ordem pública. *Habeas Corpus* não conhecido.....103

UNIÃO ESTÁVEL
0007160-97.2009.8.19.0053
3746 / 2018 - TJ - (AC) - Previdênciário. União estável. Benefício. INSS. Pensão por morte. Não demonstração do trabalho na atividade pesqueira de forma habitual. Recurso desprovido.....184

USUCAPIÃO
0263816-42.2015.8.19.0001

3408 / 2018 - TJ - (AC) - Partilha de imóvel entre herdeiros. Coproprietários. Posse durante 20 anos. Alegação de usucapião improcedente. Ausência de *animus domini*. Pagamento de taxa condominial. Reparo na sentença. Tutela antecipada mantida. 267

VISTORIA

1472844 / 2014 - STJ - (RESP) - Ação Civil Pública. Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa *versus* DETRAN/RJ. Alegação de mau funcionamento da prestação de serviço. Agendamento e atendimento das vistorias anuais de veículos. Decisão do Órgão Especial de inexistência de relação de consumo. Recurso Especial não conhecido. 93

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MIN. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (441444/2018) - STJ — *HABEAS CORPUS* 112

MIN. ASSUSETE MAGALHÃES (1472844/2014) - STJ — RECURSO ESPECIAL - CÍVEL..... 93

MIN. GURGEL DE FARIA (1132236/2017) - STJ — RECURSO ESPECIAL - CÍVEL..... 98

MIN. JOEL ILAN PACIORNIK (437143/2018) - STJ — *HABEAS CORPUS* 103

MIN. MARCO BUZZI (1101926/2017) - STJ — AGRAVO EM RESP..... 87

MIN. RIBEIRO DANTAS (283746/2013) - STJ — *HABEAS CORPUS* 125

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DES. ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA
0008277-37.2013.8.19.0004 (76130/2017) - TJ — APELAÇÃO CÍVEL 302

DES. ANTONIO EDUARDO FERREIRA DUARTE
0421587-83.2015.8.19.0001 (14187/2017) - TJ — APELAÇÃO CRIMINAL 314

DES. ANTÔNIO JOSÉ FERREIRA CARVALHO
0235280-55.2014.8.19.0001 (1215/2017) - TJ — APELAÇÃO CRIMINAL 339

DES. ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO
0039662-12.2013.8.19.0001 (76511/2017) - TJ — APELAÇÃO CÍVEL 164

DES. BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO
0070058-33.2017.8.19.0000 (4275/2017) - TJ — MANDADO DE SEGURANÇA..... 170

DES. CLAUDIO BRANDÃO DE OLIVEIRA
0006865-40.2011.8.19.0037 (45755/2017) - TJ — APELAÇÃO CÍVEL 226

DES. CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JÚNIOR
0022429-29.2018.8.19.0000 (9599/2018) - TJ — *HABEAS CORPUS* 187

DES. CRISTINA TEREZA GAULIA
0054174-29.2011.8.19.0014 (61379/2017) - TJ APELAÇÃO CÍVEL 233

DES. CUSTÓDIO DE BARROS TOSTES
0397949-84.2016.8.19.0001 (13840/2018) - TJ APELAÇÃO CÍVEL 239

DES. DENISE NICOLL SIMÕES
0098018-92.2016.8.19.0001 (27846/2018) - TJ APELAÇÃO CÍVEL 229

DES. EDSON AGUIAR DE VASCONCELOS
0090033-43.2014.8.19.0001 (26919/2018) - TJ APELAÇÃO CÍVEL 143

DES. EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA
0088363-38.2012.8.19.0001 (35463/2018) - TJ APELAÇÃO CÍVEL 224

DES. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR
0151414-47.2017.8.19.0001 (5977/2018) - TJ APELAÇÃO CRIMINAL 198

DES. FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA
0293515-10.2017.8.19.0001 (23/2018) - TJ RECURSO DE AGRAVO (LEI 7210 DE 84) ... 345

DES. FLÁVIA ROMANO DE REZENDE
0063440-65.2014.8.19.0004 (85025/2017) - TJ APELAÇÃO CÍVEL 147

DES. GILBERTO CAMPISTA GUARINO
0019085-67.2014.8.19.0004 (7193/2018) - TJ APELAÇÃO CÍVEL 194

DES. GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA
0000170-12.2015.8.19.0011 (3486/2018) - TJ APELAÇÃO CRIMINAL 308

DES. INÊS TRINDADE CHAVES DE MELO
0026639-20.2014.8.19.0209 (37919/2018) - TJ REEXAME NECESSÁRIO 175

DES. JAIME DIAS PINHEIRO FILHO
0026639-20.2014.8.19.0209 (37919/2018) - TJ APELAÇÃO CÍVEL 253

DES. JOÃO ZIRALDO MAIA
0109678-83.2016.8.19.0001 (5200/2018) - TJ APELAÇÃO CRIMINAL 324

DES. JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI
0093558-87.2012.8.19.0038 (10823/2018) - TJ APELAÇÃO CÍVEL 273

DES. JOSÉ CARLOS MALDONADO DE CARVALHO
0018790-75.2015.8.19.0204 (3552/2018) - TJ APELAÇÃO CÍVEL 298

DES. KÁTIA MARIA AMARAL JANGUTTA
0203946-03.2014.8.19.0001 (19588/2017) - TJ APELAÇÃO CRIMINAL 331

DES. KÁTYA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT
0078584-54.2015.8.19.0001 (2596/2018) - TJ APELAÇÃO CRIMINAL 336

DES. LUIZ HENRIQUE OLIVEIRA MARQUES
0263816-42.2015.8.19.0001 (3408/2018) - TJ APELAÇÃO CÍVEL 267

DES. LUIZ NORONHA DANTAS
0026022-66.2018.8.19.0000 (11053/2018) - TJ *HABEAS CORPUS* 320

DES. LUIZ ROBERTO AYOUB
0079684-10.2016.8.19.0001 (31178/2018) - TJ APELAÇÃO CÍVEL 180

DES. MÁRCIA FERREIRA ALVARENGA
0007160-97.2009.8.19.0053 (3746/2018) - TJ APELAÇÃO CÍVEL 184

DES. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES
0094090-70.2015.8.19.0001 (12349/2018) - TJ APELAÇÃO CÍVEL 260

DES. MARGARET DE OLIVAES VALLE DOS SANTOS
0014713-51.2009.8.19.0004 (26511/2018) - TJ APELAÇÃO CÍVEL 295

DES. MARIA ANGÉLICA GUIMARÃES GUERRA GUEDES
0016870-91.2018.8.19.0000 (7507/2018) - TJ *HABEAS CORPUS* 157

DES. MARIA ISABEL PAES GONÇALVES
0005095-79.2018.8.19.0000 (6335/2018) - TJ AGRAVO DE INSTRUMENTO 208

DES. MARIA REGINA FONSECA NOVA ALVES
0004138-78.2018.8.19.0000 (220/2018) - TJ MANDADO DE SEGURANÇA 154

DES. MÁRIO ASSIS GONÇALVES
0000800-26.2012.8.19.0059 (79448/2017) - TJ APELAÇÃO CÍVEL 280

DES. NAGIB SLAIBI FILHO
0033003-14.2018.8.19.0000 (43597/2018) - TJ AGRAVO DE INSTRUMENTO 151

DES. PAULO DE TARSO NEVES
0146929-04.2017.8.19.0001 (1110/2017) - TJ RECURSO DE AGRAVO (LEI 7210 DE 84) ..346

DES. PAULO SÉRGIO PRESTES DOS SANTOS
0059492-22.2017.8.19.0001 (10602/2018) - TJ APELAÇÃO CÍVEL 215

DES. PAULO SÉRGIO RANGEL DO NASCIMENTO
0254739-38.2017.8.19.0001 (107/2018) - TJ RECURSO DE AGRAVO (LEI 7210 DE 84)..307

DES. PETERSON BARROSO SIMÃO
0021630-21.2016.8.19.0205 (34949/2018) - TJ APELAÇÃO CÍVEL 244

DES. ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA
0379222-77.2016.8.19.0001 (86018/2017) - TJ APELAÇÃO CÍVEL 248

DES. SUELY LOPES MAGALHÃES
0257661-91.2013.8.19.0001 (5330/2018) - TJ APELAÇÃO CRIMINAL 318

DES. VALÉRIA DACHEUX NASCIMENTO
0002343-60.2014.8.19.0070 (9889/2018) - TJ APELAÇÃO CÍVEL 292

SUMÁRIO

(283746/2013) - STJ (HC) MIN. RIBEIRO DANTAS 125
(1472844/2014) - STJ (RESP) MIN. ASSUSETE MAGALHÃES 93
(1101926/2017) - STJ (AG. EM RESP) MIN. MARCO BUZZI 87
(1132236/2017) - STJ (RESP) MIN. GURGEL DE FARIA 98
(437143/2018) - STJ (HC) MIN. JOEL ILAN PACIORNIK 103
(441444/2018) - STJ (HC) MIN. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO 112
0146929-04.2017.8.19.0001 (1110/2017) - TJ (RA) REL. DES. PAULO DE TARSO NEVES 346
0235280-55.2014.8.19.0001 (1215/2017) - TJ (ACRIM) REL. DES. ANTÔNIO JOSÉ FERREIRA CARVALHO 339
0070058-33.2017.8.19.0000 (4275/2017) - TJ (MS) REL. DES. BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO 170
0421587-83.2015.8.19.0001 (14187/2017) - TJ (ACRIM) REL. DES. ANTONIO EDUARDO FERREIRA DUARTE 314
0203946-03.2014.8.19.0001 (19588/2017) - TJ (ACRIM) REL. DES. KÁTIA MARIA AMARAL JANGUTTA 331
0006865-40.2011.8.19.0037 (45755/2017) - TJ (AC) REL. DES. CLAUDIO BRANDÃO DE OLIVEIRA 226
0054174-29.2011.8.19.0014 (61379/2017) - TJ (AC) REL. DES. CRISTINA TEREZA GAULIA 233
0008277-37.2013.8.19.0004 (76130/2017) - TJ (AC) REL. DES. ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA 302
0039662-12.2013.8.19.0001 (76511/2017) - TJ (AC) REL. DES. ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO 164
0000800-26.2012.8.19.0059 (79448/2017) - TJ (AC) REL. DES. MÁRIO ASSIS GONÇALVES 280
0063440-65.2014.8.19.0004 (85025/2017) - TJ (AC) REL. DES. FLÁVIA ROMANO DE REZENDE 147
0379222-77.2016.8.19.0001 (86018/2017) - TJ (AC) REL. DES. ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA 248
0293515-10.2017.8.19.0001 (23/2018) - TJ (RA) REL. DES. FERNANDO ANTÔNIO DE ALMEIDA 345
0254739-38.2017.8.19.0001 (107/2018) - TJ (RA) REL. DES. PAULO SÉRGIO RANGEL DO NASCIMENTO 307
0004138-78.2018.8.19.0000 (220/2018) - TJ (MS) REL. DES. MARIA REGINA FONSECA NOVA ALVES 154
0078584-54.2015.8.19.0001 (2596/2018) - TJ (ACRIM) REL. DES. KÁTYA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT 336
0263816-42.2015.8.19.0001 (3408/2018) - TJ (AC) REL. DES. LUIZ HENRIQUE OLIVEIRA MARQUES 267
0000170-12.2015.8.19.0011 (3486/2018) - TJ (ACRIM) REL. DES. GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA 308
0018790-75.2015.8.19.0204 (3552/2018) - TJ (AC) REL. DES. JOSÉ CARLOS MALDONADO DE CARVALHO 298
0007160-97.2009.8.19.0053 (3746/2018) - TJ (AC) REL. DES. MÁRCIA FERREIRA ALVARENGA 184
0109678-83.2016.8.19.0001 (5200/2018) - TJ (ACRIM) REL. DES. JOÃO ZIRALDO MAIA 324
0257661-91.2013.8.19.0001 (5330/2018) - TJ (ACRIM) REL. DES. SUELY LOPES MAGALHÃES 318
0151414-47.2017.8.19.0001 (5977/2018) - TJ (ACRIM) REL. DES. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR 198
0005095-79.2018.8.19.0000 (6335/2018) - TJ (AI) REL. DES. MARIA ISABEL PAES GONÇALVES 208
0019085-67.2014.8.19.0004 (7193/2018) - TJ (AC) REL. DES. GILBERTO CAMPISTA GUARINO 194
0016870-91.2018.8.19.0000 (7507/2018) - TJ (HC) REL. DES. MARIA ANGÉLICA GUIMARÃES GUERRA GUEDES 157
0022429-29.2018.8.19.0000 (9599/2018) - TJ (HC) REL. DES. CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JUNIOR 187
0002343-60.2014.8.19.0070 (9889/2018) - TJ (AC) REL. DES. VALÉRIA DACHEUX NASCIMENTO 292
0059492-22.2017.8.19.0001 (10602/2018) - TJ (AC) REL. DES. PAULO SÉRGIO PRESTES DOS SANTOS 215
0093558-87.2012.8.19.0038 (10823/2018) - TJ (AC) REL. DES. JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI 273
0026022-66.2018.8.19.0000 (11053/2018) - TJ (HC) REL. DES. LUIZ NORONHA DANTAS 320

0094090-70.2015.8.19.0001 (12349/2018) - TJ (AC)	REL. DES. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES 260
0011271-03.2016.8.19.0014 - TJ (AC)	REL. DES. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO 175
0397949-84.2016.8.19.0001 (13840/2018) - TJ (AC)	REL. DES. CUSTÓDIO DE BARROS TOSTES 239
0014713-51.2009.8.19.0004 (26511/2018) - TJ (AC)	REL. DES. MARGARET DE OLIVAES VALLE DOS SANTOS 295
0090033-43.2014.8.19.0001 (26919/2018) - TJ (AC)	REL. DES. EDSON AGUIAR DE VASCONCELOS 143
0098018-92.2016.8.19.0001 (27846/2018) - TJ (AC)	REL. DES. DENISE NICOLL SIMÕES 229
0079684-10.2016.8.19.0001 (31178/2018) - TJ (AC)	REL. DES. LUIZ ROBERTO AYOUB 180
0021630-21.2016.8.19.0205 (34949/2018) - TJ (AC)	REL. DES. PETERSON BARROSO SIMÃO 244
0088363-38.2012.8.19.0001 (35463/2018) - TJ (AC)	REL. DES. EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA 224
0026639-20.2014.8.19.0209 (37919/2018) - TJ (AC)	REL. DES. JAIME DIAS PINHEIRO FILHO 253
0033003-14.2018.8.19.0000 (43597/2018) - TJ (AI)	REL. DES. NAGIB SLAIBI FILHO 151

SUMÁRIO

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