

TJ-RJ

■ VOLUME 113 ■

Revista de Direito

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA
Adoção – Desafios e Alternativas

- Constituição, Legalidade e Equidade, Jurisdição Contenciosa e Jurisdição Voluntária
- Adoção Internacional – Breves Considerações
- A Semântica como Mediadora entre o Fenômeno e o Magistrado
- A Nova Interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a Prerrogativa de Foro
- O Sigilo do Procedimento Arbitral

**Diretoria-Geral
de Comunicação e de
Difusão do Conhecimento**

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

DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Nº 113 - 2018
jan./fev./mar.

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 - [consulta/jurisprudência/revista de direito](http://consulta/jurisprudencia/revista%20de%20direito)

revistadireito@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 ASSUMPCÃO RAMOS PEREIRA (Chefe de Serviço)

CLAUDIA SILVEIRA SERRA DE CASTRO GONÇALVES

WANDERLEI BARREIRO LEMOS

ÓRGÃO ESPECIAL

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

CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Des^a. MÁRCIA FERREIRA ALVARENGA
 Des^a. 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
 Des^a. MARIA ISABEL PAES GONÇALVES
 Des. LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES
 FILHO

3ª CÂMARA CÍVEL

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

4ª CÂMARA CÍVEL

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

5ª CÂMARA CÍVEL

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

6ª CÂMARA CÍVEL

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

7ª CÂMARA CÍVEL

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

Des. LUCIANO SABÓIA RINALDI DE
CARVALHO

8ª CÂMARA CÍVEL

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

9ª CÂMARA CÍVEL

Des. LUIZ 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
Des^a. 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
Des^a. 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

Des.^a. SIRLEY ABREU BIONDI

Des. GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO

Des. MAURO PEREIRA MARTINS

14ª CÂMARA CÍVEL

Des. JOSÉ CARLOS PAES

Des. CLÉBER GHELFFENSTEIN

Des. GILBERTO CAMPISTA GUARINO

Des. PLÍNIO PINTO COELHO FILHO

Des. FRANCISCO DE ASSIS PESSANHA FILHO

15ª CÂMARA CÍVEL

Des. RICARDO RODRIGUES CARDOZO

Des. HORÁCIO DOS SANTOS RIBEIRO NETO

Des.^a. JACQUELINE LIMA MONTENEGRO

Des.^a. MARIA REGINA FONSECA NOVA ALVES

Des. GILBERTO CLÓVIS FARIAS MATOS

16ª CÂMARA CÍVEL

Des. MAURO DICKSTEIN

Des. LINDOLPHO DE MORAES MARINHO

Des. CARLOS JOSÉ MARTINS GOMES

Des. MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO

Des. EDUARDO GUSMÃO ALVES DE BRITO
NETO

17ª CÂMARA CÍVEL

Des. EDSON AGUIAR DE VASCONCELOS

Des. ELTON MARTINEZ CARVALHO LEME

Des. WAGNER CINELLI DE PAULA
FREITAS

Des.^a. MÁRCIA FERREIRA ALVARENGA

Des.^a. FLÁVIA ROMANO DE REZENDE

18ª CÂMARA CÍVEL

Des. MAURÍCIO CALDAS LOPES

Des. CARLOS EDUARDO DA ROSA DA
FONSECA PASSOS

Des. CLÁUDIO LUIS BRAGA DELL'ORTO

Des. EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA

Des.^a. MARGARET DE OLIVAES VALLE DOS
SANTOS

19ª CÂMARA CÍVEL

Des. FERDINALDO NASCIMENTO

Des. GUARACI DE CAMPOS VIANNA

Des.^a. VALÉRIA DACHEUX NASCIMENTO

Des. JUAREZ FERNANDES FOLHES

Des. LÚCIO DURANTE

20ª CÂMARA CÍVEL

Des.^a. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR

Des.^a. CONCEIÇÃO APARECIDA MOUSNIER
T. GUIMARÃES PENA

Des.^a. MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA

Des.^a. MÔNICA DE FARIA SARDAS

Des. ALCIDES DA FONSECA NETO

21ª CÂMARA CÍVEL

Des.^a. DENISE LEVY TREDLER

Des. PEDRO FREIRE RAGUENET

Des. ANDRÉ EMÍLIO RIBEIRO VON
MELENTOVYTCH

Des.^a. REGINA LÚCIA PASSOS

Des.^a. MÔNICA FELDMAN DE MATTOS

22ª CÂMARA CÍVEL

Des.^a. ODETE KNAACK DE SOUZA

Des. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA

Des. ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA

Des. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA
SILVA

Des. MARCELO LIMA BUHATEM

23ª CÂMARA CÍVEL

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

24ª CÂMARA CÍVEL

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

25ª CÂMARA CÍVEL

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

26ª CÂMARA CÍVEL

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

27ª CÂMARA CÍVEL

Des. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES
 Des. ANTONIO CARLOS DOS SANTOS BITENCOURT
 Des^a. LUCIA HELENA PASSO
 Des^a. TEREZA CRISTINA SOBRAL BITTENCOURT SAMPAIO

Des^a. MARIA LUIZA DE FREITAS CARVALHO

SEÇÃO CÍVEL

Des^a. ELISABETE FILIZZOLA ASSUNÇÃO
 Des. SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES
 Des. ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA
 Des. MÁRIO ASSIS GONÇALVES
 Des^a. MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA COSTA
 Des^a. CLAUDIA TELLES DE MENEZES
 Des^a. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO
 Des. LUCIANO SABOIA RINALDI DE CARVALHO
 Des. AUGUSTO ALVES MOREIRA JUNIOR
 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
 Des^a. MARIA REGINA FONSECA NOVA ALVES
 Des. EDUARDO GUSMÃO ALVES DE BRITO NETO
 Des^a. FLÁVIA ROMANO DE REZENDE
 Des. CLÁUDIO LUIZ BRAGA DELL'ORTO
 Des^a. VALÉRIA DACHEAUX NASCIMENTO
 Des^a. MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA
 Des^a. DENISE LEVY TREDLER
 Des. MARCELO LIMA BUHATEM
 Des. MARCOS ANDRÉ CHUT
 Des^a. GEÓRGIA DE CARVALHO LIMA
 Des. WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO
 Des^a. 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
 Des^a. KATYA MARIA DE PAULA MENEZES
 MÖNNERAT
 Des^a. MARIA SANDRA ROCHA KAYAT
 DIREITO

2ª CÂMARA CRIMINAL

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

3ª CÂMARA CRIMINAL

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

4ª CÂMARA CRIMINAL

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

5ª CÂMARA CRIMINAL

Des. CAIRO ÍTALO FRANÇA DAVID
 Des. PAULO DE OLIVEIRA LANZELLOTTI

BALDEZ

Des^a. DENISE VACCARI MACHADO PAES
 Des. LUCIANO SILVA BARRETO
 Des. MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA
 SILVA FERREIRA

6ª CÂMARA CRIMINAL

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

7ª CÂMARA CRIMINAL

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

8ª CÂMARA CRIMINAL

Des^a. SUELY LOPES MAGALHÃES
 Des. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA
 Des^a. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR
 Des. CLÁUDIO TAVARES DE OLIVEIRA
 JÚNIOR
 Des^a. 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 10 de abril de 2018)

SUMÁRIO

• **DOCTRINA**

Constituição, Legalidade e Equidade, Jurisdição Contenciosa e Jurisdição Voluntária
NAGIB SLAIBI 13

Adoção Internacional – Breves Considerações
ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA 20

A Semântica como Mediadora entre o Fenômeno e o Magistrado
ALEXANDRE CHINI E MARCELO MORAIS CAETANO 24

A Nova Interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a Prerrogativa de Foro
TULIO CAIBAN BRUNO 36

O Sigilo do Procedimento Arbitral
JORGE LOBO 59

• **JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** 61

• **JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA – ADOÇÃO – DESAFIOS E ALTERNATIVAS** 97

• **JURISPRUDÊNCIA CÍVEL** 205

• **JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL** 267

• **ÍNDICE DE DOCTRINAS E ACÓRDÃOS POR ASSUNTO** 319

• **ÍNDICE DE ACÓRDÃOS POR RELATOR** 331

• **ÍNDICE DE ACÓRDÃOS POR ORDEM NUMÉRICA** 335

DOCTRINA

CONSTITUIÇÃO, LEGALIDADE E EQUIDADE, JURISDIÇÃO CONTENCIOSA E JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

NAGIB SLAIBI

Magistrado no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
Professor de Direito da Universidade Salgado de Oliveira

A velha Lei nº 1.060, vigente desde 1950, bem como o art. 98 do NCPC incorreram em equívoco que se mostra grave mas que pode ser perfeitamente remediado em cada caso pelo aplicador do Direito.

Dispunha o art. 3º da Lei nº 1.060/50 um rol do que denominou de “isenções à assistência judiciária”, que teve a redação alterada algumas vezes nos seus mais de sessenta anos de vigência, por força, até mesmo, de inovações tecnológicas que não poderiam ser suspeitadas nos meados do século XX, quando foi redigida a Lei da Assistência Judiciária.

Exemplo clássico de decorrência de inovação tecnológica é o inciso VI do mencionado art. 3º, incluído pela Lei nº 10.317, de 2001, isentando o assistido do pagamento “das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade”.

Vem agora o § 1º do art. 98, e, em nove incisos, aferrando-se à esperança de aplicação somente do critério da legalidade estrita, tenta na verdade limitar o conteúdo das providências em favor do assistido e, o que é pior, sem uma prudente norma de encerramento, ou seja, no clássico ensinamento de GIUSEPPE CHIOVENDA, aquela disposição legal que estipula que casos não previstos sejam também compreendidos nas previsões legais.

Antes se justificava ao legislador a previsão de cada isenção, pois estávamos nos meados do século XX e a ordem jurídica considerava que a lei deveria regulamentar os direitos e garantias da Lei Maior, pois ela os declarava na defesa do indivíduo em face do Poder Público, como era a essência do antigo regime liberal herdado do século XIX. Até então, a Constituição tinha a sua autoridade dependente do legislador, salvo raras exceções, pois vivíamos em épocas de ascendência do Parlamento e da lei que expressava a vontade das maiorias legislativas.

Agora estamos no século XXI, na plena vigência da Constituição, que se espera perene e suficientemente aberta para as exigências da sociedade, que no seu art. 5º, §§ 1º e 2º, impõe que os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, dispensando a elaboração de leis para a sua eficácia, e que os direitos e garantias não são somente aqueles expressos ou escritos no texto constitucional, mas também todos aqueles que decorrem dos princípios da Constituição, do regime democrático de Poder e dos atos internacionais ratificados por nosso país.

Antes a transitoriedade das leis postas pelas eventuais maiorias parlamentares, o que se espera agora é a supremacia e a perenidade que se espera do texto constitucional que abrange quase todos os setores da vida social e impõe comandos suficientemente abertos para guiar diversas gerações.

Se nem mais os direitos e garantias fundamentais têm taxatividade expressa na Constituição, certamente o simples legislador não pode esperar que tenha força de enumerá-los de forma precisa e inexorável...

“Se nem mais os direitos e garantias fundamentais têm taxatividade expressa na Constituição, certamente o simples legislador não pode esperar que tenha força de enumerá-los de forma precisa e inexorável...”

Antes estava em vigor o art. 4º da então Lei de Introdução ao Código Civil, hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e o art. 126 do Código de Processo Civil de 1973, a dispor: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)”.

Então naquela época a regra era o princípio da legalidade estrita, pois incumbia ao juiz aplicar as regras de conduta decorrentes da lei; não as havendo, a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.

Mas com o NCPD a orientação é bem diversa, pois muita coisa mudou tanto na Constituição quanto na própria lei!

Dispõe o seu art. 1º: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais¹ estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

E sobre o processo diz ainda o art. 7º: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

No plano da aplicação das normas regentes do processo, havendo-se este como a relação entre partes e órgão jurisdicional, o juiz aplicará as normas e valores constitucionais, quase todos eles a introduzir normas de conceito indeterminado, normas em branco ou normas que não são mais fechadas, que tentavam esgotar, nunca com sucesso, as possibilidades fáticas.

Nem a mais descabelada interpretação poderá extrair do disposto no art. 7º do novo CPC a ideia de que o mesmo somente visa proteger o princípio da igualdade formal: a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais certamente só pode ser vista

¹ Sobre texto ou dispositivo, norma e valor, ver, entre outros, SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 3ª ed., notadamente o capítulo III, sobre a norma constitucional.

em cada situação concreta, em cada caso, nunca em tese!, em olímpica aplicação do Direito que abstrai dos fatos em julgamento.

Em cada processo, deve o juiz atentar para as condições das partes para lhes assegurar a igualdade de tratamento material.

Não mais é o juiz o frio e olímpico árbitro que esperava o resultado para proclamar o vencedor dos embates entre os cavaleiros medievais, contratados para lutarem pelas partes nas ordálias ou nos juízos de Deus...

Mais à frente, dispõe o NCPC sobre os poderes, os deveres e a responsabilidade do Juiz, todos levando em conta o que denominou de *tutela do direito material*,² principalmente o que se contém nos incisos I, II, IV e VI:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela duração razoável do processo;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

² Sobre as relações de direito material e direito processual, ver GUTIERREZ, Cristina. **Dever judicial do julgamento do mérito**. Rio de Janeiro, GZ Editora, 2012.

Não existe mais a essencialidade da norma infraconstitucional na realização do Direito, pois o processo civil é ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais, em primeiro lugar, e, secundariamente, conforme as disposições do NCPC.

É o comando que se vê no art. 1º quanto à aplicação das normas processuais.

E quanto à aplicação das normas materiais, de direito material, na resolução dos conflitos de interesse, não há dispositivo no NCPC similar ao do princípio da legalidade do anterior art. 126 da revogada Lei de Ritos, mas agora impõe de forma mais abrangente:

“Já a aplicação de norma que resulta de processo de interpretação histórica, atualizando o sentido do texto legal, de conceitos jurídicos indeterminados, (...) resulta no julgamento por equidade, isto é, dar ao caso a solução mais adequada.”

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Compare-se tal dispositivo com os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

A legalidade estrita é a aplicação da norma que resulta do processo de interpretação literal ou gramatical ou semiológica, critério hermenêutico que predominou até os meados do século passado a prestigiar o legislador.

Já a aplicação de norma que resulta de processo de interpretação histórica, atualizando o sentido do texto legal, de conceitos jurídicos indeterminados, que dependem do caso para se concretizar, ou da interpretação axiológica, decorrente do interesse ou do valor, da objetividade jurídica da elaboração do texto, resulta no julgamento por equidade, isto é, dar ao caso a solução mais adequada.

Pode tomar o conceito de equidade do disposto no art. 723 do NCPC, parágrafo único, em disposição nos mesmos termos do art. 1.109 do Código de Processo Civil de 1973: “O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna”.

O art. 127 do Código anterior foi repetido no parágrafo único do art. 139 do NCPC, pois “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

Note-se que a lei autoriza o juiz a julgar por equidade tanto expressamente, como no art. 85, § 8º, do NCPC, e art. 944, parágrafo único do Código Civil, ou implicitamente, como está na cabeça do citado art. 944:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização

Herdamos o julgamento pelo critério da legalidade estrita da Europa Continental e o julgamento por equidade da Grã-Bretanha.

Justiniano (482-565) tornou-se o Imperador do Sacro Império Romano-Germânico em 527 d. C. e pretendia governar centenas de povos em uma grande extensão do mundo então conhecido. Aliás, o título de imperador designa, justamente, o governante de vários povos, enquanto o título de rei é dado ao governante de um povo determinado.

Contudo, o governo de Justiniano dependia de meios rudimentares e lentos de comunicação como navios e cavalos e o seu vasto império compreendia reis, povos e costumes das mais diversas culturas, embora todos pudessem ser considerados como cidadãos iguais em direitos civis, como decorria do Édito de Caracala de 212 d.C., concedendo a todos os estrangeiros (peregrinos) livres a condição de cidadãos romanos.

Decorreu aí a necessidade de tentar impor uma legislação comum, que afastasse os direitos vigentes em cada região, garantisse o governo central, evitasse a dispersão do império e conferisse tanto quanto possível uma identidade comum em tanta diversidade. Daí o *Corpus Juris Civilis* (Corpo de Direito Civil) que Justiniano mandou organizar, composto por quatro partes: o Código, que continha toda a legislação romana revisada desde o século II; o *Digesto* ou *Pandectas*, composto pelo ensinamento dos doutrinadores romanos; as *Institutas*, de conteúdo pedagógico com os princípios fundamentais do Direito, e as *Novelas* ou as *Autênticas*, as leis formuladas por Justiniano.

As leis escritas, postas pelas divindades ou pelos governantes em nome destas, eram relativamente raras até então, como se vê em documentos esparsos como o Código de Hamurabi (1700 a.C.), o Código de Manu (de 1200 a.C.), a legislação atribuída a Moisés (900 a.C.), as leis de Sólon (594 a.C.), a Lei das XII Tábuas (451 a.C.), etc.

Evidentemente, os textos legais antes citados somente eram conhecidos por raros letrados, geralmente funcionários, inclusive clérigos, que podiam entender os símbolos gráficos e que mesmo assim nem sempre poderiam apreender o seu significado, o que dependeria de sua capacidade individual. Por isso o *Corpus Juris Civilis* foi divulgado em latim, a língua que foi usada como padrão universal até os séculos XV e XVI, depois substituída nessa função pelo francês e, desde os meados do século XIX, pelo inglês.

A criação dos grandes Estados nacionais, dos quais Portugal foi o primeiro no século XV, e a conseqüente institucionalização de línguas nacionais como o português, o espanhol, o inglês e o

francês, ao lado da criação da imprensa no século XVI, permitiu a divulgação das leis escritas, de forma a chegar ao que o Código Civil francês de 1804 colocou como presunção adotada até hoje pela nossa antiga Lei de Introdução ao Código Civil, e atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro no art. 3º, de que Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Justiniano nos legou o sistema jurídico denominado de Direito Romano-Germânico, ou a família jurídica do *Civil Law*, sistema jurídico da Europa Continental, em que a fonte primeira da norma jurídica é o texto legislado, posto pelo poder, como ainda está hoje no art. 126 do Código de Processo Civil: “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

No sistema do *Civil Law* a grande fonte do Direito é o texto escrito, de onde se extrai a norma que regula a conduta em cada caso. A norma decorre do símbolo gráfico, do artigo, do dispositivo, com fonte em poder acima da sociedade. Inexistente a lei, aplica-se a analogia, isto é, a situação prevista em outro dispositivo legal como solução mais próxima para o caso em julgamento. Ainda se não couber a analogia, adota-se a norma decorrente do costume, ou seja, a regra de conduta adotada pelo grupo social e, finalmente, subsidiariamente, os princípios gerais do Direito.

O outro grande sistema jurídico é o *Common Law*, também denominado sistema anglo-americano, em que a grande fonte do Direito é o costume, buscando o juiz a conduta social como paradigma para o julgamento do caso concreto, ficando vinculado ao precedente, não só ao do próprio tribunal, como aos dos tribunais superiores.

No terreno constitucional, os norte-americanos optaram pela Constituição escrita, embora tenham interpretado e atualizado os textos supremos pela hermenêutica dada pelos Juízes, principalmente os da Corte Suprema, que se irrogaram o poder de controlar a constitucionalidade das leis desde o célebre caso *Marbury vs Madison*, de 1803.

A *Common Law* tem no precedente judicial (*case law*) a sua fonte principal. Caracteriza-se por reservar à lei papel secundário, provocada por situações excepcionais ou para solucionar conflito insuperável entre direitos jurisprudenciais, regionais ou estaduais (*statute Law*). Por isso, nesse sistema é comum ser a lei interpretada restritivamente.

Esse sistema de Direito jurisprudencial surgiu na Inglaterra, no século XII, com a criação, por Henrique II, em 1154, de juízes visitantes do rei, cujas decisões, revistas pelas Cortes Reais, deram origem a um corpo de julgados uniformes (precedentes), que, a partir de 1800, tornaram-se obrigatórios para todos os juízes. Esse sistema domina na Inglaterra, no País de Gales, na Irlanda, no Canadá (menos Quebec), na Nova Zelândia, na Austrália e nos Estados Unidos (menos em alguns Estados, de colonização francesa ou espanhola).

Mas a diferença entre o Sistema Continental e o do *Common Law* é mais de forma, pois, enquanto no primeiro predominam a lei e o código, no segundo dominam o precedente judicial, os repertórios de jurisprudência e o costume; ambos os sistemas, no entanto, estão inspirados pelas instituições jurídicas desenvolvidas na Roma antiga.

Desde logo, destaque-se que os procedimentos de concessão ou de cassação ou de revogação da gratuidade de Justiça têm evidente conteúdo de procedimento de jurisdição voluntária ou jurisdição graciosa e não de jurisdição contenciosa.³

A jurisdição contenciosa, no ensinamento de GIUSEPPE CHIOVENDA, é a atividade jurisdicional que se caracteriza pela substituição da vontade da parte, como se vê, por exemplo, na ação consignatória quando a sentença substitui o recibo negado pela parte, na ação condenatória em que a sentença substitui o título de crédito negado pelo devedor, etc.

Já a jurisdição voluntária, também chamada de jurisdição graciosa, é a atividade em que o juiz complementa o que a vontade do interessado não pode por si mesma alcançar, como se vê, por exemplo, no exemplo de alvará requerido para autorizar a venda de bem de pessoa incapaz.

Na jurisdição contenciosa, aplica-se, de regra, a legalidade estrita e somente se aplica a equidade quando esta for autorizada pela lei ao Juiz.

Já na jurisdição voluntária a regra é a equidade, como decorre dos antes transcritos arts. 1.109 do Código de Processo Civil de 1973 e art. 723 do NCPC.

Daí se vê que se mostram inglórias as tentativas do NCPC em regular, como se aplicável o princípio da legalidade estrita, a gratuidade de Justiça, a qual é apreciada e julgada, em todos os casos, pelo critério da equidade, a depender a solução de cada caso, mediante, é claro, a suficiente e densa fundamentação que exige a norma decorrente do disposto no art. 93, IX, da Constituição.

³ Sobre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária, ver, entre outros, Slaibi Filho, Nagib. **Sentença cível – fundamentos e técnica**. Rio de Janeiro, Ed. Forense.

ADOÇÃO INTERNACIONAL – BREVES CONSIDERAÇÕES

ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA

Desembargadora do TJRJ

Nem sempre é possível a crianças e adolescentes o convívio com sua família biológica, fenômeno que pode ser identificado na sociedade desde as épocas mais remotas, com origens sociais ou econômicas. Com o objetivo de buscar um novo lar para essas crianças e adolescentes, foi consagrado o instituto da adoção, que permite que se estabeleçam laços familiares que propiciem o seu desenvolvimento, o que também pode se verificar entre pessoas de diferentes nações e diferentes culturas.

O instituto da adoção, cujas origens remontam à Antiguidade, nasceu voltado para a perpetuação da família, do nome e do culto religioso, num modelo centrado na figura do adotante, e sofreu modificação ao longo da história, com a sua universalização, sendo, na atualidade, um mecanismo que assegura a crianças e jovens, a convivência no seio de uma família que lhes proporcione as condições afetivas, psicológicas e materiais necessárias ao seu desenvolvimento.

E, com essa finalidade de garantir a crianças e adolescentes a convivência familiar, o instituto da adoção, ao longo do tempo, também atravessou as fronteiras territoriais, aparecendo a adoção internacional como prática regular, após o início do século XX, em países atingidos por guerras e catástrofes naturais, o que se intensificou após a Segunda Guerra Mundial, ocasião em que passou a se verificar, nos diversos organismos internacionais, acentuado debate sobre o abandono das vítimas daquele conflito.

A adoção internacional é um tema ainda cercado de polêmica e de preconceito, em razão do temor de que possa favorecer o tráfico de crianças e adolescentes. E, exatamente por esse risco, a adoção por estrangeiro é revestida de exigências e formalidades previstas na Convenção de Haia de 1993 e na legislação das diversas nações.

A Convenção Relativa à Proteção e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional foi concluída em 20/05/1993 e provocou grande impacto, pois, não trouxe normas clássicas de conflitos de leis, admitindo, na verdade, um pluralismo de fontes,¹ ao permitir que cada juiz e autoridade central apliquem o direito nacional, garantindo a proteção dos direitos humanos das crianças, e, ao mesmo tempo, combatendo os perigos da adoção internacional, especialmente o tráfico de menores.

A Convenção de Haia de 1993 em seu longo preâmbulo esclarece quais os princípios que devem guiar a interpretação de seu texto, com destaque para a importância do ambiente familiar

1 MARQUES, Cláudia Lima – “A subsidiariedade da adoção internacional: diálogo entre a Convenção de Haia de 1993, o ECA e o novo Código Civil Brasileiro”. In **GRANDES TEMAS DA ATUALIDADE: ADOÇÃO – ASPECTOS JURÍDICOS E METAJURÍDICOS**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. pp. 23-59.

para o pleno desenvolvimento da criança, constituindo a adoção internacional um instituto capaz de propiciar uma família permanente a uma criança que não a encontra em seu país de origem, reconhecendo, assim, a excepcionalidade da medida e o princípio da primazia das adoções nacionais.

A adoção por estrangeiro não surge no Brasil apenas quando a Convenção de Haia de 1993 foi incorporada ao direito brasileiro através do Decreto n.º 3.087/1999.

Na verdade, a prática da adoção internacional já existia na vigência do Código Civil de 1916, pois, embora nele não houvesse previsão expressa do instituto, como a adoção dispensava a intervenção judicial, era possível realizá-la através de escritura pública que seria averbada no Cartório do Registro Civil, gerando risco inequívoco de que não fossem resguardados os direitos e interesses dos adotados.

Com a edição do Código de Menores de 1979, foi estabelecido que a adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do país, quando se tratasse de menor em situação irregular, descrita naquele diploma legal, demandava intervenção judiciária, inexistindo, no entanto, vedação legal de que, estando o adotando submetido ao pátrio poder, a adoção observasse o Código Civil de 1916, que admitia a sua formalização por escritura pública.

No Rio de Janeiro, os primeiros processos judiciais de adoção internacional datam da década de 1970, e foram apreciados pelo saudoso Desembargador ALYRIO CAVALLIERI, numa época em que não havia na legislação brasileira, normas específicas sobre requisitos e procedimentos, e nem mesmo havia sido aprovada a Convenção de Haia de 1993.

Em artigo publicado na **Revista da EMERJ**,² o eminente jurista faz um breve e comovente relato sobre esses processos, nos quais foi deferida a adoção de sete crianças brasileiras a casais suecos, e revela que, juntamente com o Ministério Público e com a assistente social que atuava no então Juizado de Menores, estabeleceram três condições, quais sejam, exigir a apresentação da lei da Suécia, para verificar se as crianças brasileiras não seriam pessoas de segunda classe naquele país, exigir estudo da família dos adotantes, como acontecia nas adoções por nacionais, e conceder a adoção apenas às crianças que não tivessem qualquer possibilidade de obter família brasileira.

Desde então, muita coisa mudou nas convenções internacionais e na legislação brasileira e o próprio Desembargador **ALYRIO CAVALLIERI** pôde constatar que aquelas três regras viriam a integrar tratados e leis que disciplinam a adoção internacional.

A Constituição Federal de 1988 incluiu a proteção da infância entre os direitos sociais, e, em

“(...) com essa finalidade de garantir a crianças e adolescentes a convivência familiar, o instituto da adoção, ao longo do tempo, também atravessou as fronteiras territoriais, aparecendo a adoção internacional como prática regular (...).”

2 CAVALLIERI, Alyrio. “Adoção Internacional”. **Revista da EMERJ**, volume 1, nº 2, 1998.

seu artigo 227, consagrou ser dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Além disso, no § 5º daquele dispositivo constitucional, está estabelecido que a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

Dando executoriedade à referida norma constitucional, foi editada a Lei n.º 8.069, em 1990, que dispôs sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, na qual foi reconhecido o interesse do menor como o principal objetivo da adoção e, também, o princípio da excepcionalidade da adoção internacional, nela estando prevista a criação das Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção, que desempenham o papel de Autoridades Centrais.

Em 2009, a Lei n.º 12.010, e, posteriormente, em 2017, a Lei n.º 13.509, adaptaram os princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente à Convenção de Haia de 1993, que fora ratificada pelo Decreto n.º 3.087/1999, estabelecendo que é considerada adoção internacional aquela na qual a pessoa ou casal postulante tem residência habitual fora do Brasil, em país-parte da convenção de Haia, sendo obrigatória a intervenção das Autoridades Centrais Estaduais e Federal que exercem atividade subsidiária à atividade jurisdicional necessária à sua formalização.

Entre as principais garantias previstas na referida legislação, estão a de que a colocação em família substituta estrangeira somente admite a modalidade de adoção e deve ser deferida apenas quando esgotados os meios de adoção por brasileiro, devendo ser precedida de estudo, pela Autoridade Central, da compatibilidade da legislação estrangeira com a nacional e de estágio de convivência de no mínimo trinta dias. A adoção desliga o adotado de qualquer vínculo com sua família biológica, salvo os impedimentos matrimoniais, sendo, assim, o filho adotivo, equiparado a eventuais filhos consanguíneos do adotante.

No Decreto n.º 3.174/1999, com a finalidade de dar cumprimento às obrigações impostas na Convenção de Haia de 1993, foram criadas as Autoridades Centrais Estaduais - CEJA(s)/CEJAI(s), as quais foram instituídas para atuar, exclusivamente, nos termos daquela convenção internacional.

A Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional do Estado do Rio de Janeiro, com sede na Capital do Estado, foi criada pela Resolução n.º 5/1995 do Conselho da Magistratura, e começou a funcionar no ano de 1996, tendo como atribuição, em síntese, promover o estudo prévio e a análise dos pedidos de habilitação para adoção formulados por pretendentes estrangeiros ou brasileiros residentes ou domiciliados fora do país, acompanhando o estágio de convivência e os relatórios pós-adotivos que os adotantes têm o dever de encaminhar a cada seis meses, pelo prazo mínimo de dois anos (artigo 52, § 4º, inciso IV, da Lei n.º 8.069/1990).

A adoção deixou, assim, um modelo contratual, para demandar a atuação do Poder Público, uma vez que a sua formalização passou a exigir a intervenção judicial, para a qual concorrem não só a manifestação das vontades de adotante e adotado, mas também o exame da conveniência da adoção, assumindo papel importante o enfoque multidisciplinar de psicólogos e assistentes sociais

que integram equipes que atuam junto a Juízes da Infância e da Juventude.

Esse modelo moderno também atribui efeitos mais amplos para a adoção, que, em caráter irrevogável, enseja o rompimento dos laços do adotado com a família biológica de origem, inexistindo quaisquer distinções com eventual prole consanguínea do adotante, o que é observado quer na adoção nacional, quer na adoção internacional.

A adoção internacional ainda é um tema revestido de preconceito e de medo, o que, no entanto, não é compatível com o mundo globalizado em que vivemos, onde os costumes dos países se entrelaçam e a informação é compartilhada em tempo real, nem com a moderna ordem legislativa supranacional que consagra mecanismos de cooperação e controle, os quais, sendo observados pelos diversos Estados, serão capazes de impedir delitos como o tráfico internacional de crianças e jovens e assegurar a função social de um instituto de caráter humanitário que constitui uma alternativa possível de convivência familiar para aqueles que dela ficaram privados.

A SEMÂNTICA COMO MEDIADORA ENTRE O FENÔMENO E O MAGISTRADO

ALEXANDRE CHINI

Juiz de Direito¹

MARCELO MORAIS CAETANO

Mestre em Letras - Estudo da Língua (PUC-RIO)²

RESUMO: Este artigo parte da noção básica de que a Semântica é a ciência do sentido. Dessa forma, tudo o que disser respeito às maneiras pelas quais o ser humano se comunica, produzindo e recebendo sentido, deve ser contemplado por essa ciência. Compêndios cujo objetivo último seja a positivação desse modo de comunicar coisas, fenômenos, ideias e valores (enunciados), como os ordenamentos jurídicos e as gramáticas dos idiomas, detêm a dupla função articulatória de colher do meio de onde emanam, por meio de sínteses (enunciações), as concretudes com que criarão abstrações, as quais, em seguida, devem retornar àqueles meios de modo concreto, eficaz, eficiente, significativo. A fatura de tais compêndios passa, portanto, pelo que podemos chamar de técnica ou tecnologia semântica. Uma vez que a linguagem, atributo humano, produz comunicação por meio das palavras, é necessário que esse mesmo mecanismo produtor esteja sempre como foco das preocupações das análises semânticas, e que essas análises sirvam, como ficou registrado, de tecnologias para a criação de institutos reguladores. Sabemos que existem, aliados à palavra, outros signos (nem sempre linguísticos, mas também semióticos) que também merecem, portanto, atenção. Além disso, os estudos que levam em consideração a linguagem como ato ou ação (a Pragmática e o valor que empresta à noção de “situação”) são de valor capital aos estudos da Semântica, uma vez que não se alcança a integridade do sentido sem que se encareçam essas contribuições. A natureza do discurso e do texto, formas muito próximas e nem sempre com distinção discreta, deve também ser pesquisada, pois que a ideia de “contexto” é fundamental para a busca de sentidos ou das enunciações a que aspiram os institutos aludidos: o ordenamento jurídico e a Gramática, parte deste ordenamento. Julgar/interpretar não se restringe, portanto, à mera constatação do que é já consensual numa célula social, mas deve expandir-se ao campo das possibilidades semânticas que o paradigma haurido dessa célula permite que subjaza.

Palavras-chave: Semântica. Interpretação. Julgamento. Fenômenos.

INTRODUÇÃO

Uma das características do ser humano é o fato de expressar grande parte dos seus pen-

1 Pós-Graduado em Direito, Professor de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Salgado de Oliveira; Membro efetivo da Academia Fluminense de Letras (cadeira 50).

2 Professor Adjunto de Filologia Românica e Língua Portuguesa da UERJ; PhD em Letras (UERJ); Membro efetivo da Academia Brasileira de Filologia (cadeira 38) e do International PEN Club (Londres-Rio de Janeiro).

samentos pela linguagem verbal. Desse modo, desde as mais antigas investigações de que temos notícia sobre a humanidade, encontram-se estudiosos cuja preocupação primordial se calcava justamente nessa característica humana, com todos os meandros que ela possa apresentar.

Atribuir um significado ao fenômeno em si, mas não de forma direta, e, sim, mediado pela linguagem acima mencionada: eis o objeto central da episteme filosófica nomeada de “Semântica”. Assim, desde muito cedo os filósofos começaram a perceber que o juízo e o raciocínio do ser humano sobre determinado fenômeno se formavam de modo perpassado, em toda a sua consubstanciação, pela palavra (oral ou escrita). Decorreu daí o enorme interesse em se buscarem as semelhanças e distinções havidas entre, de um lado, os fatos e as coisas por si sós (os fenômenos) e, do outro, os modos como estes eram nomeados por um ser humano específico, por um domínio discursivo, por uma célula social, pela gramática normativa que a representa, por ordenamentos jurídicos de nações que, enfim, compunham o pensamento mediado dos povos que os emanaram.

Não se julgam fenômenos com fenômenos, pois essa é uma metodologia ineficaz para que se interprete a fundo a natureza complexa de que aquele fenômeno é meramente uma consequência. Se não levarmos em consideração o edifício semântico que se ergue ao redor do aludido fenômeno, seja ele qual for, ficar-se-á numa espécie de julgamento ou interpretação por mimese, um factóide que ruborizaria até um KAFKA ou um ORWELL.

Em suma, o estudo da natureza significativa das fenomenologias vicejadas, sempre, pelo viés da palavra e sua conseqüente gama de significações variáveis de povo para povo passou a ocupar parte central na ontologia em seus mais variados matizes. Não se pode conceber o ser humano sem a linguagem, e tal concepção não apenas é moldada (passivamente) por seres humanos, mas também molda (ativamente) sua cognição, seu raciocínio, seu juízo em relação às teias de fenômenos de que fazemos parte.

Emerge a Semântica, portanto, como centro epistemológico fundamental na filosofia do Direito, sendo este o amálgama (ativo e passivo) da formação de um povo cuja desenvoltura ocorre ao seu redor.

DESENVOLVIMENTO DO RACIOCÍNIO

Pois bem, o Direito, assim como a Gramática (que é um compêndio que naturalmente faz parte do ordenamento jurídico de uma nação, por representá-la como sua face linguística no concerto das nações), é um arcabouço de imensa complexidade, pois tanto um quanto a outra devem fazer constar, concretamente, de forma positiva e consuetudinária, as abstrações emanadas da realidade do domínio discursivo-jurídico que retratam, e que está em constante mudança e transformação. Uma Gramática ou um ordenamento jurídico que estejam alienados da realidade socio-

“(...) o Direito, assim como a Gramática (...), é um arcabouço de imensa complexidade, pois tanto um quanto a outra devem fazer constar, concretamente, de forma positiva e consuetudinária, as abstrações emanadas da realidade do domínio discursivo-jurídico que retratam (...).”

antropológica que os precede e amolda estão malfadados a transformar-se em “letras mortas”, isto é, num esvaziamento semântico que destoa do espaço e do tempo a que pertencem, tornando-os ineficazes e inócuos.

BRÉAL, professor de SAUSSURE e de MEILLET, foi o estudioso que cunhou o termo “Semântica”, em 1883, em artigo intitulado “Les lois intellectuelles du langage”, publicado em *L’Annuaire de l’Association pour l’encouragement des études grecques en France* (cf. ULMANN, 1964, p. 17). O pesquisador retirou a expressão, que, em 1825, REISIG nomeara como “Semasiologia”, do verbo grego σημαίνω, que também originou “Semiótica”. Dessa forma, todos eles são conceitos correlacionados:

O nível semiótico é isto: ser reconhecido como tendo ou não um sentido. Isto se define por sim, não. [...] A semântica é o “sentido” resultante do encaideamento, da apropriação pela circunstância e da adaptação dos diferentes signos entre eles. Isto é absolutamente imprevisível. É a abertura para o mundo. Enquanto que o semiótico é o sentido fechado sobre si mesmo e contido de algum modo em si mesmo. (BENVENISTE: 2006, p. 21)

Essa é, com efeito, a passagem prototípica do item que sai do léxico (conjunto de palavras) ou da pluralidade e diversidade dos níveis discursivos, que são genéricos, heterogêneos, imprevisíveis em sua ação, até mesmo irrepetíveis, o que BENVENISTE acaba de nomear como “nível semântico”, em direção à gramática ou ao ordenamento jurídico, que são específicos, homogêneos, previsíveis em suas faturas, até mesmo reproduzíveis, o que o mesmo pesquisador nomeou de “nível semiótico” de significado.

Os estudos a que se lançavam esses pesquisadores pioneiros eram análises da linguagem humana³ como mediadora entre a coisa de per se e o juízo que se tece sobre a coisa, como vimos. Basicamente a linguagem já era então compreendida como a comunicação humana quando ocorrida por intermédio de palavras orais ou escritas.

ROMAN JAKOBSON aceita, até certo ponto, e com justificada euforia, o entusiasmo com que o pai da cibernética, NORBERT WIENER,

[...] se recusa a admitir “qualquer oposição fundamental entre os problemas que nossos engenheiros encontram na medida da comunicação e os problemas dos filólogos”⁴. É fato que as coincidências e convergências são notáveis entre as etapas mais recentes da análise linguística e a abordagem da linguagem na teoria matemática da comunicação. Como cada uma dessas duas disciplinas se ocupa, embora por vias diferentes e assaz autônomas, do mesmo domínio da comunicação verbal, um estreito contato entre elas revelou-se útil a ambas e não há dúvida de que se tornará cada vez mais

3 Embora, também *lato sensu*, como veremos na distinção WIENER-JAKOBSON, possamos expandir o conceito de linguagem para além das fronteiras humanas.

4 *Journal of the Acoustical Society of America*, vol. 22 (1957), p. 697.

proveitoso. (JAKOBSON: 2010, p. 92)

E adiante, prossegue:

A descoberta progressiva, pela linguística, de um princípio dicotômico, que está na base de todo o sistema dos traços distintivos da linguagem, foi corroborada pelo fato de os engenheiros de comunicações empresariais empregarem signos binários [*binary digits*, ou *bits*, para usar a “palavra-valise” ou amálgama] como unidade de medida. Quando eles definem a informação seletiva de uma mensagem como o número mínimo de decisões binárias que permitam ao receptor reconstruir aquilo que precisa extrair da mensagem⁵, com base nos dados já à sua disposição, essa forma realista é perfeitamente aplicável ao papel exercido pelos traços distintivos na comunicação verbal. (Id., ib., pp. 93-4)

Parece natural salientar que a comunicação humana que mais frutos – bons ou maus – produz, como vemos, se dá com a palavra.⁶ Por meio dela é que os maiores e mais prolongados benefícios e malefícios causados por pessoas umas às outras se consomem. Mesmo a violência física perpetrada entre duas ou mais pessoas, mesmo a violência do ser humano contra o meio ambiente, mesmo os gestos magnânimos e nobres que seres humanos edificam, mesmo a interação entre o homem e as novas tecnologias da informação, como a cibernética em geral, tudo isso é cingido e precedido pelo universo simbólico das palavras, e, por essa razão, ganha vulto – para o bem ou para o mal, repita-se – quando imposto pela espécie humana, como “locutora”, “interlocutora” ou ambas. Isso ocorre, antes de tudo, porque somos “animais simbólicos”, nas palavras de E. CASSIRER. Nossa identidade simbólica, assim como nossa memória,⁷ aliás, intrinsecamente coligadas, impõe-nos a necessidade de interagirmos ou comunicarmos com algo que vá além da mera transmissão de mensagem.⁸

A mensagem terá, além de sua instância racional ou meramente intelectual, uma instância afetiva e apelativa, o que perfaz a famosa tricotomia de BÜHLER da língua como representação,

5 W. Jackson (Org.) **Communication Theory**. Nova Iorque, Academic Press, 1953, p. 2.

6 O que pretendemos enfatizar, nesta seção, não é a palavra como entidade mórfica ou sintática, mas o conceito que ela acarreta de ser intrínseca à natureza humana, tanto comunicativa, quanto cognitiva. Será em citação de HJELMSEV, parece-nos, que, aqui, essa dúplici imanência da palavra (inserida na linguagem) à natureza humana se explicitará com mais clareza.

7 Pode-se equiparar, sem muita margem de erro, o conjunto de memória simbólica àquilo que, em Antropologia, se chama “memória imaterial” ou até “patrimônio imaterial”. Assim, a língua, o folclore, códigos morais e éticos, ordenamentos jurídicos, gramáticas e outros componentes que são compartilhados por um grupo de pessoas as identificam como pertencentes, de alguma forma, àquele grupo.

8 Sobre as noções de memória e esquecimento, escrita e oralidade, e até mesmo a importância da simbologia para a coesão ou dissolução social ao longo do tempo cronológico, em termos abstratos (teóricos) e concretos (práticos) remetemos o leitor a três obras: 1) PLATÃO, **Fedro**. 2) ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo**. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. 3) DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. Trad. Miriam Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2006.

manifestação psíquica e apelo. A transmissão da mensagem precisa, portanto, vir revestida de um conjunto de perspectivas simbólicas que a palavra consegue encerrar em suas sutilezas cognitivas com muito maior desenvoltura que outros significantes. O estudo da perspectiva simbólica, portanto, enquadra-se também nos estudos da Semântica como ciência do sentido.

A simbolização, o fato de que justamente a língua é o domínio do sentido. E, no fundo, todo o mecanismo da cultura é um mecanismo de caráter simbólico. Damos um sentido a certos gestos, não damos nenhum sentido a outros, no interior da nossa cultura. [...] Ver-se-ia, então, que há como uma semântica que atravessa todos estes elementos de cultura e que os reorganiza – que os organiza em vários níveis. (BENVENISTE: 2006, p. 25)

A palavra não é um simples “envelope” contendo um significado em seu interior. Essa é uma das causas pelas quais há tantas palavras que se tornam tabus (como os “palavrões”, também conhecidos exatamente como tabuísmos) em certos contextos e situações. Ora, se nos restringíssemos a reconhecer palavras como aglomerados fonético-gráficos físicos (acústicos/gráficos) ou fisiológicos (perceptuais ou articulatórios/visuais ou táteis) de sons ou como sequências de letras ou de outras maneiras de escrita que devessem exclusivamente, e em qualquer contexto ou situação, emitir mensagens e mais nada, não haveria diferença alguma quando se utilizasse um “palavrão” ou uma palavra qualquer indiscriminadamente para referir-se, por exemplo, a uma pessoa, coisa ou fato, um fenômeno, em resumo.

Também não haveria diferença em se usar, para darmos um exemplo, a palavra “coração” para nos referirmos a alguém de quem gostamos, em vez de fazermos menção ao órgão do corpo que bombeia sangue, etc. Isso mostra que a própria denotação/conotação (a que o dinamarquês HJELMSLEV conferiu tanta justificável importância) ou a relação de palavras por similaridade/contiguidade, paradigma/ sintagma (metáfora/metonímia) (como as estudadas por FREUD e LACAN), entre outras relações que pode a palavra alcançar, dependem do contexto comunicativo, e constroem-se com o intercâmbio de mundos simbólicos e memorialistas que aqueles que interagem devem compartilhar de algum modo, o que engendra as competências textual-discursiva e léxico-gramatical, que englobam a competência pragmática, entre outras.

O nosso juízo cria, assim, um universo ou paradigma de significações que atribui valores melhorativos ou pejorativos em decorrência de um sem-número de elementos intelectuais e também afetivos, sendo a nossa cognição construída no âmago de uma rede indissociável de comunicações e sentenças discursivas concretas que, por sua vez, encontram-se espelhadas em compêndios de sentenças abstratas que as refletem, como um ordenamento jurídico específico (em dado espaço e tempo) e uma gramática também específica.

A pluralidade de interesses, que muitas vezes esbarra em divergências, como as controversias, as tensões, as incertezas (difusas) e os conflitos, os riscos (concretos), necessita de um elemento que a sintetize de forma abstrata, mas que se volte à concretude de onde partiu a fim de encontrar eficácia em sua gerência. Eis a dupla função articulatória de códigos reguladores, como ordenamentos jurídicos/gramáticas normativas.

Esse duplo movimento de compêndios reguladores, como o Direito e a Gramática, aqui pes-

quisados, torna-se ainda mais complexo em função justamente do caráter suplementar simbólico de que a comunicação humana se reveste.

Sobre o caráter simbólico da palavra, ainda, PIERRE GUIRAUD, em sua obra **Semântica**, assim se manifesta, remetendo ao conceito mesmo de “interação” que acima discutimos, expandindo-o à concepção de natureza em si:

II – Signos e símbolos

Todo signo é um estímulo associado.

Mas há dois grandes tipos de associações significativas: os signos naturais e os signos artificiais.

Os primeiros são baseados em relações existentes na natureza entre os fenômenos, como, por exemplo, a associação “nuvem-chuva”; todos os nossos conhecimentos, nossas técnicas, nossas ciências, constituem uma tomada de consciência mais ou menos sutil e mais ou menos exata dessas relações naturais, que tomam valor de signo na medida em que as associamos em nosso espírito.

Os signos artificiais são fabricações⁹ humanas (ou animais) e se subdividem por sua vez em dois grupos: alguns nos servem para representar o real – um desenho, um plano, uma gravação fonográfica, por exemplo; outros nos servem para nos comunicarmos com outrem – a linguagem articulada, um gesto de polidez, um sinal; o limite entre essas duas funções não é estanque, porque utilizamos muitas vezes signos de representação para comunicarmos – uma fotografia, por exemplo. Mas é por sua natureza que esses dois grupos se diferenciam, os primeiros são reproduções dos caracteres naturais da realidade – imagens, ou ícones, os segundos são signos convencionais – símbolos. (GUIRAUD: 1972, p. 17-18)

O estudo das significações das palavras – abarcando essa sua natureza simbólica, memorialista e inevitavelmente viva pela prática dos usos interativos – é satisfatoriamente empreendido pela Semântica, que se vale de outras disciplinas para angariar pujança às suas conclusões.

Não é à toa que CLAUDIO CEZAR HENRIQUES tenha dedicado um volume de sua coleção sobre Língua Portuguesa e Linguagem (Coleção Português na Prática) não exclusivamente ao léxico, nem exclusivamente à semântica, mas a ambos conjugados: sua obra se intitula **Léxico e Semântica. Estudos produtivos sobre palavra e significação** (HENRIQUES, 2011). A obra parte de capítulo dedicado à “Língua, Lógica e Linguagem” (capítulo 1), esquadrinha rigorosamente as diversas possibilidades de relações semânticas entre as palavras e culmina em capítulo endereçado à “Semântica do texto e do contexto” (capítulo 6). Isto é, referenda a trajetória que

⁹ Observe-se como é interessante o fato de que grandes pesquisadores oscilam entre 1) nomear as palavras, os signos e a própria linguagem como “fabricações” e, em outros momentos, 2) expressar pudor em vê-las como “instrumentos”. Na verdade, cremos que esses pesquisadores não apontam para ideias contraditórias, mas apenas emprestam aos conceitos que usam acepções mais estritas ou mais genéricas, o que permite que, muitas vezes, não se esteja discutindo ou contrastando um conceito, mas, no fundo, como dissemos, acepções emprestadas a ele.

vimos compreendendo neste artigo, uma vez que se ampara em ideias como língua, linguagem, lógica, palavras, significados, sentidos, texto, contexto, concretudes, abstrações.

Observando a palavra pelo viés antropológico, sob a noção de ideologia, LEANDRO KONDER, em sua obra **A questão da ideologia**, no capítulo 15, “Ideologia e linguagem”, evoca o caráter simbólico e revestido de memória que, nessa obra, é evidenciado pela questão ideológica, de poder, de hierarquia. Assim, o autor inicia seu capítulo reconhecendo que

“Um dos campos de observação mais ricos para o observador dos fenômenos ideológicos é, com certeza, o da linguagem” (KONDER, 2004, p. 151).

Em seguida, observando acuradamente a etimologia de certas palavras, percebe que se trata de elementos cuja raiz aponta para as relações de poder e hierarquias socioculturais e socioeconômicas. Ainda que muitas dessas raízes não sejam mais sincronicamente transparentes, a opacidade contemporânea não deixa, contudo, de evidenciar o aspecto simbólico e memorialista que as palavras carregam. Embora quase unilateralmente marxista, dadas algumas mitigações necessárias, portanto, ao investigador que, não raro, apaixonou-se quase cegamente por seu objeto (ou método) de estudo, o texto de KONDER pode esclarecer essa duplicidade simbólico-memorialista inerente à palavra, quando a articula à perspectiva da ideologia ali imbricada:

O povo sempre foi olhado com desprezo e com receio pelos de cima. As palavras que a elite usava para designá-lo deixam transparecer a avaliação negativa: em latim, povo era *vulgus*, termo do qual deriva o adjetivo vulgar. Juntos, os homens do povo constituíam uma turba e a partir dessa palavra se formou o verbo *perturbare* e o substantivo turbulência. O próprio número dos elementos populares os tornava assustadores: o termo multi (muitos), que deu multidão, deu também tumulto. Quando se deixavam ensinar (*docere*) e aprendiam as normas de conduta que lhes eram recomendadas pelos detentores do poder, os homens do povo eram elogiados, eram considerados dóceis. [...]

Se, por acaso, pediam algo (pedir em latim era *rogare*), os pobres eram tolerados, desde que se expressassem com humildade. Se, porém, ousavam reivindicar algo (em latim, reivindicar era *arrogare*), passavam a ser vistos como arrogantes. (KONDER: 2004, pp. 154-155)

Em seguida, no mesmo capítulo, KONDER analisa as visões de WALTER BENJAMIN, JÜRGEN HABERMAS e MIKHAIL BAKHTIN sobre a linguagem, seu dinamismo, seu caráter ideológico explicitado pelas ações concretas que a consubstanciam. Selecionamos alguns trechos em que KONDER se detém sobre a visão de BAKHTIN, por ser a que mais de perto alia ideolo-

“Nossa identidade simbólica, assim como nossa memória, aliás, intrinsecamente coligadas, impõe-nos a necessidade de interagirmos ou comunicarmos com algo que vá além da mera transmissão de mensagem.”

gia, dinamicidade discursiva, instâncias de poder, simbologia e memória:

Para o crítico russo [Mikhail Bakhtin], a linguagem estava sempre sendo criada, tinha uma existência dinâmica, transformava-se continuamente, e o povo – a multidão dos falantes – desempenhava um papel absolutamente essencial nesse processo de criação permanente.

[...] BAKHTIN resgatou elementos plebeus que costumavam ser sistematicamente desqualificados pelos analistas que estudavam a cultura popular. E os resgatou também no âmbito da linguagem. Os palavões, por exemplo, são reconhecidos e apreciados por ele como contribuições “à criação de uma atmosfera de liberdade”. Enquanto intelectuais tão importantes como VOLTAIRE, La BRUYÈRE e GEORGE SAND manifestavam repulsa ante o que lhes parecia grosseiro e vulgar na obra de RABELAIS, BAKHTIN sublinhou nos escritos do autor de **Gargantua e Pantagruel** o vigor da saudável transgressão, a quebra positiva de tabus linguísticos e o fecundo aproveitamento da riqueza e da heterogeneidade do vocabulário da “praça pública”. Em sua reavaliação das extraordinárias potencialidades da cultura popular, BAKHTIN promoveu, igualmente, significativa revalorização do riso, da comicidade. [...] (KONDER: 2004, pp. 158-159)

São exemplos simples, mas que mostram que a palavra, além de seu estrato material (o significante, fônico/oral ou escrito), é dotada de caráter simbólico, que perpassa a memória de um grupo (memória coletiva) e se consubstancia no uso que um indivíduo faz dela (memória individual) para comunicar-se com o grupo de indivíduos de que faz parte, por meio (privilegiado) da língua.

Por sua competência linguística, então, o indivíduo pode recorrer à memória coletiva em que está inserido para buscar formas de expressão que comuniquem seu efeito de sentido pretendido; por seu desempenho ou habilidade linguísticos, o indivíduo consegue (com maior ou menor sucesso) concretizar essas formas de expressão.

Essas são razões para crermos, aliás, que mesmo um texto que se proponha não ter um interlocutor externo, como um “diário” de anotações pessoais, por exemplo, também possa ser considerado elemento de comunicação. Nesse caso, a coincidência do interlocutor com o locutor (isto é, o fato de ser a mesma pessoa) não impede que a mensagem ecoe precedida por um aparato de memória coletiva de que o locutor-interlocutor se valeu, e que essa mensagem venha revestida, assim, de todo o seu caráter simbólico adquirido em função do convívio daquela pessoa com a coletividade em que está inserida. Por essa razão, observa-se com justificado ceticismo quem queira ver na palavra e na linguagem um mero “instrumento”, como discutimos acima, isso porque

[As palavras] Não são meros instrumentos, mas partes essenciais dos acontecimentos que dinamizam as relações sociais e fazem a história das sociedades, a própria face do relacionamento humano. [...]

Eu diria, até mesmo, que a linguagem é muito mais que um instrumento: ela

é o próprio espaço simbólico que torna possíveis essas representações e, em larga medida, é por meio dela que modelamos mentalmente o que chamamos de contexto em que interagimos. (AZE-REDO: 2008, p. 18)

“Por sua competência linguística, então, o indivíduo pode recorrer à memória coletiva em que está inserido para buscar formas de expressão que comuniquem seu efeito de sentido pretendido (...).”

HJELMSLEV abre seus **Prolegômenos a uma teoria da linguagem**, verdadeiro arquiteto, refletindo sobre a natureza imantada ou imanente da palavra em relação ao ser humano. Traduzimos, abaixo, as partes de seu capítulo 1 (“*Recherche linguistique et theorie du langage*” [“Pesquisa linguística e teoria da linguagem”]) que encarecem sobremaneira a questão. Note-se, entretanto, que o autor dinamarquês classifica a linguagem, sem prejuízo de suas reflexões acerca da imanência desta à natureza humana, como “instrumento”.

É de observar, também, que HJELMSLEV, assim como SAUSSURE, observa a linguagem (manifestada por meio de uma língua) tanto em seu aspecto de troca social, funcionalista (“o homem influencia e é influenciado”) quanto em seu aspecto de cognição em seu sentido mais restrito e puro, formalista (“seu refúgio em horas solitárias”), isto é, a importância dialógica, mas também monológica¹⁰ da linguagem:

A linguagem é inseparável do homem e o segue em todas as suas ações. A linguagem é o instrumento graças ao qual o homem forma seu pensamento, seus sentimentos, suas emoções, seus esforços, sua vontade e seus atos, o instrumento graças ao qual ele influencia e é influenciado, o último e mais profundo fundamento da sociedade humana. Mas também é o último, o indispensável recurso do homem, seu refúgio nas horas solitárias, onde o espírito luta com a existência, e onde o conflito é resolvido no monólogo do poeta e na meditação do pensador. Antes mesmo do primeiro despertar de nossa consciência, as palavras ecoaram em torno de nós, prontas para proteger as primeiras sementes frágeis de nosso pensamento, para nos acompanhar ao longo de nossas vidas, desde as mais humildes ocupações da vida cotidiana até nossos momentos mais sublimes e íntimos, aos quais a vida de todos os dias, por meio das lembranças corporificadas na linguagem, empresta força e calor. A linguagem não é um mero companheiro, mas um fio profundamente entrelaçado no tecido do pensamento; ela é, para o indivíduo, o tesouro da memória e a consciência vigilante transmitida de pai para filho. Para o bem ou para o mal, o discurso é a marca da personalidade, da pátria e da nação, o título de nobreza da humanidade. (HJELMSLEV:

¹⁰ Embora autores como Bakhtin ou Kristeva afirmem que mesmo na atitude monológica há o dialogismo, pois há o confronto (e, portanto, diálogo) entre o suposto discurso monológico e as forças sociais em que este discurso está inserido, como vimos.

1966, pp. 10-11, traduzimos e sublinhamos)¹¹

Então, o significado é algo que sempre será compartilhado (ainda que locutor e interlocutor coincidam numa só pessoa), privilegiadamente pela palavra, e alcançará sentido de acordo com o modo como o conjunto de significantes (materiais) foi emitido. Está inserido dentro deste compartilhamento material, em que a palavra é privilegiada na (e exclusiva da) espécie humana, o verdadeiro sentido captado, nunca é demais ressaltar, a partir da interação entre as pessoas, cuja interpretação, portanto, constrói-se por significados claros, mas também por significados ocultos. Só se obtém sentido quando se compartilham significados.

Teoricamente, há textos ou até gêneros textuais com menor necessidade de decodificação simbólica, com menos (ou nenhuma) carga afetiva e apelativa. São gêneros como contratos de adesão, formulários, bulas de remédio, textos burocráticos ou tecnocráticos, fórmulas de abertura e fechamento formais ou comandos hierárquicos e assim por diante. BAKHTIN dividiu-os primordialmente, exatamente em função dessa dicotomia mais clara entre rigidez e flexibilidade interativa, entre gêneros primários e secundários. Dedicamos parte substancial de nossa pesquisa a esses níveis graduais de gramaticalização ou de rigidez *versus* flexibilidade textual e discursiva, exatamente como parte do objetivo do que empreendemos.

O texto literário, sobretudo na sua forma de poesia ou de prosa poética, estaria no extremo oposto desses gêneros mencionados. Nele, a necessidade de um contrato de comunicação que preveja a importância do compartilhamento de memórias e símbolos para a construção do sentido, ou, em outros termos, que preveja o acesso mais amplo à competência linguística dos interlocutores, a fim de expandi-las para que a mensagem seja interpretada, é mais explícita, mais evidente. Isso se dá porque o texto literário não lida exclusivamente com o que a língua já consubstanciou ou consagrou na memória coletiva, na gramática *lato sensu* (conjunto de regras subjacentemente fonológicas, mas prioritariamente morfossintáticas compartilhadas por um grupo; o que CHOMSKY chamaria de “estrutura superficial”).

O texto literário vai àquele conjunto de regras estabelecido pela gramática e o reconstrói por meio das possibilidades, latências, virtualidades, e não necessariamente das formas já existentes ou expressas, de tal maneira que sua decodificação exige, frequentemente, que o interlocutor trilhe passos e pistas deixados (muitas vezes ocultos ou opacos) pelo locutor, a fim de construir, e

11 “[...] *Le langage est inséparable de l’homme et le suis dans tous ses agissements. Le langage est l’instrument grâce auquel l’homme façonne sa pensée, ses sentiments, ses émotions, ses efforts, sa volonté et ses actes, l’instrument grâce auquel il influence et est influencé, l’ultime et le plus profond fondement de la société humaine. Mais, il est aussi le dernier, l’indispensable recours de l’homme, son refuge aux heures solitaires où l’esprit lutte avec l’existence, et où le conflit se résout dans le monologue du poète et la méditation du penseur. Avant même le premier éveil de notre conscience, les mots ont résonné autour de nous, prêts à envelopper les premiers germes fragiles de notre pensée, et à nous suivre sans lâcher prise notre vie durant, depuis les plus humbles occupations de la vie quotidienne jusque dans nos instants les plus sublimes et les plus intimes auxquels la vie de tous les jours, grâce aux souvenirs incarnés par le langage, emprunte force et chaleur. Le langage n’est pas un simple compagnon mais un fil profondément tissé dans la trame de la pensée; il est, pour l’individu, trésor de la mémoire et conscience vigilante transmis de père em fils. En bien comme en mal, la parole est la marque de la personnalité, du pays natal, et de la nation, le titre de noblesse de l’humanité”*. (HJELMSLEV, 1966, pp. 10-11, sublinhamos)

juntos, um sentido possível, com graus de verossimilhança interna ou até mesmo externa (o que CHOMSKY chamaria de “estrutura profunda”)¹².

Os conteúdos compartilhados alcançam, assim, valores interlocutivos, que são precedidos pelo grau de sucesso com que aquele contrato de comunicação se consubstanciou. Assim, vemos que aquilo a que chamamos de tecnologia semântica, fundamental ao julgamento e à interpretação mediada dos fenômenos, deve abarcar também os textos literários e poéticos, repletos não apenas de palavras (e significações) dadas, consensuais, mas também possíveis, latentes, porvindouras.

Para dar um exemplo, se começamos a ler um texto que sabemos ser um conto de fadas, ou um poema surrealista, precisamos nos desligar de certos aparatos racionais a fim de o interpretar. Saberemos, graças ao contrato de comunicação emitido de antemão, que, se nos mantivermos numa trilha exclusivamente racional ou remissiva ao mundo concreto da lógica cartesiana, a leitura do texto será prejudicada ou mesmo fracassada. Podemos – e devemos – apelar, nesse caso, à fantasia. Esse mesmo apelo não se mostrará eficaz se quisermos, em vez disso, decodificar um memorando, uma bula de remédio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As palavras são o meio mais privilegiado da comunicação humana. Isso ocorre porque elas partem do discurso vivo, e compõem, com essa liberdade, o que se chama “léxico” de uma língua. Levando-a em consideração, a fenomenologia social (dialógica) e individual (monológica) é interpretada e deve, portanto, ser julgada. Essa característica (pertencer a um discurso vivo e dinâmico) torna as palavras dotadas de significação, que só pode ser compreendida quando se levam em conta os aspectos simbólico e memorialista que elas possuem. Uma vez consagradas no uso dos utentes de uma célula social, as palavras começam a formar regras (fonológicas, morfológicas, sintáticas) numa língua, o que compõe sua gramática (ou suas gramáticas) e seus organismos reguladores, como um ordenamento jurídico, que não se restringem a uma gramática normativa ou a códigos estáticos quaisquer, mas expandem-se, por uma técnica de síntese, basicamente, a todos os usos que permitem que aquela linguagem e seus valores emanados possuam regras compartilhadas e respeitadas pelos interagentes.

Aquele que julga ou interpreta, assim sendo, não deve ater-se meramente ao que já é, mas também ao que pode ser, ao que respeita os valores semânticos plenos de uma comunidade. Em outros termos, o juízo acerca dos fenômenos ocorre sob um sofisticado e sutil exercício de intelectualidade que interpreta a mediação já consagrada dos fatos, mas também as mediações possíveis (ou até prováveis) que ainda não se positivaram de modo cabal, mas que nem por isso inexistem como realidades concretas.

12 As verossimilhanças dizem respeito basicamente à coerência que um texto alcança. Ela é externa quando encontra abrigo no mundo real; e interna, quando sua existência se pauta nas inter-relações semânticas ocorridas dentro do texto, muitas vezes com grau amplo de desligamento do mundo real.

REFERÊNCIAS

AZEREDO, José Carlos de. **Ensino de português: fundamentos e objetos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2008.

BENVENISTE, Émile. **Problemas de linguística geral**. Volume I. São Paulo: Companhia Editora Nacional, Editora da USP, 1976.

_____. **Problemas de linguística geral**. Volume II. São Paulo: Pontes, 2006.

BRÉAL, Michel. *Essai de sémantique. Science des significations*. Paris, 1897 [1987].

_____. **Ensaio de Semântica. Ciência das significações**. São Paulo: EDUC/ PONTES, 1992.

GUIRAUD, Pierre. **Semântica**. Tradução e adaptação de Maria Elisa Mascarenhas. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1972.

HENRIQUES, Claudio Cezar. **Léxico e semântica**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2011.

HJELMSLEV, L. *Prolegomena to a theory of language*. Madison: The University of Wisconsin Press, [1943], 1963.

JAKOBSON, Roman. **Linguística e comunicação**. Trad. de Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. 22ª ed. São Paulo, Cultrix, 2010.

KONDER, Leandro. **A questão da ideologia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ULMANN, Stephen. **Semântica. Uma introdução à ciência do significado**. Tradução de J. A. Osório Mateus. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

A NOVA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A PRERROGATIVA DE FORO

TULIO CAIBAN BRUNO¹

Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Mestre em Direito pela UFRJ

1. Aspectos introdutórios

Como amplamente divulgado, na Ação Penal nº 937, o Supremo Tribunal Federal redeseñhou as margens da competência originária ao fixar, como teses jurídicas, que “(i) o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”.

Nas ensanchas do novo paradigma jurisprudencial, porém, acendeu-se intenso debate na comunidade jurídica referente à aplicação das teses fixadas aos diversos cargos contemplados pela Constituição com igual prerrogativa – que não o de Parlamentar federal, em relação ao qual a decisão foi tomada –, como os de Chefe do Poder Executivo (federal, estadual e municipal), Ministros de Estado, Magistrados, Membros do Ministério Público, dentre outros.

Dáí porque, na sequência, foi proposta a deliberação de verbetes vinculantes, em Súmula, dispondo que “a competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal para agentes públicos dos Poderes Legislativo, Executivo, e Judiciário e do Ministério Público, compreende exclusivamente os crimes praticados no exercício e em razão do cargo ou da função pública” e que “são inconstitucionais normas das Constituições estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação da simetria”.¹

Por seu turno, escorado na nova linha hermenêutica, o Superior Tribunal de Justiça aplicou, por simetria, o mesmo entendimento em relação a Governador de Estado (na Ação Penal nº 866/DF, Min. Rel. LUIS FELIPE SALOMÃO), declinando da competência em favor do juízo de 1ª instância, porque os fatos objeto da ação penal ajuizada perante aquela Corte Superior não guardavam relação de atualidade com o mandato exercido pelo Chefe do Executivo estadual.

Outras dificuldades interpretativas, de fato, têm emergido das teses assentadas no julgado, tais como:

¹ Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-09/toffoli-propoe-sumulas-vinculantes-restringir-foro-especial>.

[...] o que vem a ser “*crimes cometidos em razão do ofício e que digam respeito estritamente ao desempenho daquele cargo*”? Seriam enquadrados em crimes praticados antes do exercício da função, buscando a ascensão ao cargo, como os delitos eleitorais? Ou a corrupção, anterior à função, mas em razão dela? Apenas delitos praticados por funcionário público contra a administração pública estariam enquadrados, ou qualquer delito ligado à função? O assassinato de um inimigo político seria enquadrado? O tráfico de drogas usando o gabinete funcional? Uma investigação de lavagem de dinheiro, iniciada pela constatação de movimentação de patrimônio incompatível com a renda pelo agente público, seria conduzida em qual instância?²

Nesse contexto, o artigo pretende discutir as principais questões oriundas da nova concepção sobre a prerrogativa de foro externada pelo Supremo Tribunal Federal para traçar algumas diretrizes capazes de auxiliar o operador do direito na solução de casos futuros.

O desenvolvimento inicial do tema, portanto, deve partir do exame sobre a viabilidade da extensão daquelas teses, restritivas da competência originária, para os demais cargos agraciados pela Constituição com tal prerrogativa e, se for o caso, investigar qual o fundamento de direito capaz de apoiar essa proposta. Seria o argumento da simetria *tout court*?

De outra perspectiva sobre o mesmo problema, caberá responder a questão sobre a superação, pelo novo posicionamento jurisprudencial, dos precedentes que reputam válidas as normas concessivas de foro especial por Constituições estaduais, tanto em relação às funções simétricas às previstas na Constituição da República quanto em relação àquelas que, com elas, não guardam qualquer equivalência, como sói acontecer com as Defensorias e Advocacias Públicas ou, ainda, em alguns casos excepcionais, com a Vereança.

Na sequência, será necessário enveredar sobre o conceito de “crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”, revolvendo as categorias dogmáticas pertinentes, bem como os seus reflexos processuais penais, contexto no qual a exploração de situações concretas pode lançar alguma luz sobre a nova interpretação jurisprudencial, tratada no presente estudo.

Vale antecipar que tal conceito carrega, em si, as noções conjugadas de atualidade do fato delituoso em relação ao cargo ou mandato e da sua pertinência com o exercício das funções, o que redireciona a análise para hipóteses, muito comuns, como a do agente detentor de foro reinvestido ou reeleito na função que justifica a prerrogativa, com ou sem solução de continuidade, ou como a de movimentação pelo agente entre cargos que ostentem, ou não, aquele privilégio.

Aqui, o problema também diz respeito à prorrogação da competência e, por isso, entrelaça-se

2 Trecho extraído do voto vencido, na própria Ação Penal nº 937/RJ, da lavra do Min. Gilmar Mendes, antecipando problemas dos quais a prática não tem, de fato, escapado com boa margem de segurança jurídica. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-foro.pdf>.

com a segunda tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal alusiva ao marco processual específico após o qual a competência não poderá ser mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

Por fim, caberá verificar se a nova visão sobre a competência originária abarcou correlativamente, de forma indiscriminada, a atribuição dos órgãos do *Parquet* responsáveis pela persecução penal, abordagem que parece tangenciar o desenho das instituições precipuamente engajadas na respectiva atividade estatal – Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário –, bem como de suas relações, nos termos da Constituição da República.

2. O alcance da nova interpretação

Nesse percurso metodológico, inicialmente, buscaremos analisar a possibilidade de aplicação do novo paradigma judicial, restritivo da competência originária, aos demais cargos contemplados pela Constituição com a prerrogativa de foro para, se for o caso, perquirir qual o fundamento jurídico capaz de sustentar tal posicionamento.

Lembre-se que o Superior Tribunal de Justiça estendeu, sob o pálio da simetria, a supracitada tese restritiva para o cargo executivo de Governador de Estado, revelando, portanto, a inclinação jurisprudencial quanto aos demais agentes públicos dentro da sua esfera de competência, como o são os membros dos Tribunais Regionais Federais ou do Trabalho, dos Tribunais Eleitorais, dos Tribunais de Justiça, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público da União.

Mas, é possível dizer que o cargo de Governador de Estado guarda relação de simetria com o de Deputado Federal ou Senador da República? E os cargos de Desembargador ou membro do Ministério Público podem ser concebidos como equivalentes funcionais aos dos Parlamentares?

A ideia de simetria, tradicionalmente, tem o seu sentido associado ao caráter unitário da federação, significando que os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios devem observar, em suas respectivas Constituições e Leis Orgânicas, os princípios fundamentais e as regras de organização juspolíticas previstas na Constituição da República quanto ao sistema de governo, à forma de aquisição e exercício do poder, ao regime democrático representativo, à estruturação básica de seus órgãos e aos limites de sua própria atuação.

Portanto, a rigor, de simetria não se trata na acepção própria do termo, porque os diversos cargos que ostentam a prerrogativa de foro no cenário jurídico nacional – como os de Presidente da República, Ministro de Estado, Governador, Membros de Tribunais ou Ministério Público, dentre outros – não se ocupam de funções legislativas tais como as exercidas pelos Congressistas, alicerce primeiro sobre o qual a decisão do Supremo Tribunal Federal foi prolatada. Daí porque LENIO STRECK criticou severamente o argumento da simetria tal como aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao sustentar que a Corte “[...] não interpretou autenticamente a decisão do STF, mas a reescreveu. Para disfarçar o exercício do poder decisório, tenta dar-lhe o verniz da interpretação jurídica dos princípios”.³

3 Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/senso-incomum-juiz-julgara-desembargador-pro->

Por outro lado, o tratamento desigual em relação à prerrogativa de foro, cuja finalidade é a proteção do cargo – e não das pessoas nele investidas – para garantir o exercício livre e independente das funções que lhe são afetas, não se coaduna com a ordem jurídica, já que tais atributos, por escolha política, inscrevem-se no âmago de todas as funções contempladas. Isto é, não há justificativa para que os parlamentares tenham a competência originária circunscrita aos crimes funcionais e os demais agentes conservem toda gama de condutas típicas, ainda que em nada se relacionem com o cargo, nos domínios do foro especial, de sorte que, não se amoldando bem à ideia de simetria, o fundamento pode ser outro, qual seja, “*a norma que pode ser extraída das razões subjacentes ao precedente, aplicável às situações semelhantes*”.

A literatura jurídica de países onde o Direito se desenvolveu segundo a tradição da *Common Law* é pródiga quanto a esse tipo de investigação em torno do sistema de precedentes, cujos avanços teóricos contemporâneos podem contribuir para melhor explicar o raciocínio jurídico envolvido no seu funcionamento hodierno, inclusive, perante as famílias legais romano-germânicas.

Do ponto de vista da Ciência do Direito, sem nos ocuparmos das diversas formas e distinções pertinentes ao alcance da autoridade das decisões judiciais, convém atentar, com RONALD DWORKIN, para a ideia de que “a força gravitacional de um precedente por ser explicada pelo apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo” e, dentre as conclusões sobre a responsabilidade judicial, “a mais importante delas determina que ele [o juiz] deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões”.⁴

Essa reflexão que enlaça a filosofia e a teoria do Direito nos impele a conferir peso às decisões judiciais tomadas no passado, por equidade e justiça, a despeito dos ritos legalmente previstos para fins de vinculatividade obrigatória, outorgando autoridade persuasiva aos julgados, em especial, aos promanados de Tribunais superiores.⁵

Sob o prisma interno do sistema, uma abordagem atual sobre a temática foi realizada por FREDERICK SCHAUER no direito estadunidense, quando, ao incursionar sobre a prática do precedente, enfrentou o problema alusivo à identificação de similaridades relevantes entre a decisão pretérita e o caso futuro sobre o qual as partes confiam que seja solucionado, da mesma forma, pelos tribunais.

O autor nos mostra que a noção de similaridade para definir o que consubstancia o precedente tanto pode provir do mundo natural como pode resultar de ficção jurídica em vista dos objetivos do Direito, tornando difícil a determinação apriorística das semelhanças a partir da mera

motor-denunciara-ministro.

4 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 177.

5 Para uma explanação sobre essa questão, vide artigo de ROSCOE POUND, intitulado “*What of stare decisis?*”, disponível em <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1220&context=flr>, onde o autor se refere à distinção entre precedentes com autoridade vinculante (*binding authority*) e precedentes com autoridade persuasiva (*persuasive authority*).

subsunção de fatos e consequências que orientam as decisões judiciais em testilha.⁶

Pode parecer curioso que, nos dias de hoje, a solução preconizada pelo autor repouse na perspectiva da *ratio decidendi* enquanto base ou justificativa para a decisão anterior proferida pelo tribunal, pretendendo dizer, com isso, que “[...] precisamos saber *não apenas o que* o tribunal decidiu, *mas por que* assim decidiu. Então, uma visão comum na Inglaterra e em outros lugares é que, como as regras, os precedentes têm razões ou justificativas por trás de suas soluções e, portanto, tornam-se obrigatórios para todos os casos subsequentes que se enquadrem na *ratio decidendi* do caso anterior”.⁷

Mas a proposta é válida quando, atualmente, se percebe um fenômeno de aproximação entre sistemas jurídicos de origem diversa na cultura ocidental, em que cada vez mais modelos da família de direito romano-germânica conferem, ao lado da lei positiva, relevância ao precedente jurisprudencial como fonte vinculante, e cada vez mais sistemas originários da *Common Law* socorrem-se de regras positivas e estatutos legais para fins de organização político-jurídica do Estado e da sociedade, a par do precedente judiciário.

Assim, apelar ao sobredito referencial teórico do pensamento jurídico contemporâneo – dos últimos autores que, de perspectivas diferentes, procuraram conferir tratamento sistemático aos fundamentos, à prática e aos problemas do precedente – tem a utilidade de evidenciar que, apesar de outros tipos de raciocínio para fins de generalização do precedente, as razões que lhes são subjacentes ainda constituem elemento fundamental na determinação da norma a ser aplicada aos casos similares, inclusive, na tradição anglo-saxônica, em que a fonte do direito se abebera da jurisprudência.

Daí porque “se temos a expectativa de que as Cortes em geral ofereçam as razões para as suas

6 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning.** Harvard University Press, 2012, p. 50. A ideia pode ser extraída da seguinte passagem: “*Thus, it is possible that determinations of similarity for the purpose of assessing what is to be a precedent will in some contexts reflect law’s sense of similarity for law’s purposes only, and will in other contexts reflect those judgments of similarity that come from the outside world. But as long as both of these possibilities exist, and as long as even prelegal determinations of similarity and difference are based on context and purpose, then it seems impossible to conclude that a legal determination of similarity is just a matter of seeing whether the facts in the instant case really are similar to the facts of the precedent case.*”.

7 *Idem.*, p. 50. Preleciona o autor: “*With the path of natural similarity being a false one, we must look for something else that will tell us whether and when an earlier case claimed to be a precedent is actually a precedent for the instant case. And this something else is often thought to be what is called, especially in common-law jurisdictions outside the United States, the ratio decidendi of the precedent case - the basis or rationale for the court’s decision. We need to know not only what the precedent court decided, but why it decided it. So a common view in England and elsewhere is that, like rules, precedent cases have justifications or rationales lying behind their outcomes, and a precedent case is a good precedent, and thus binding, for all subsequent cases falling within the ratio decidendi of the precedent case.*”.

decisões tomadas, pois esta é a chave para o bom funcionamento de um sistema de precedentes”,⁸ aos propósitos do presente estudo sobre a prerrogativa de foro, a nossa Suprema Corte, ao expri-mi-las claramente, facilitou sobremodo a empreitada investigativa.

3. A *ratio decidendi*

São basicamente duas as razões substantivas explícitas que orientam a decisão tomada, a primeira, consubstanciada em um argumento de princípio, quer dizer que a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas; e a segunda relaciona-se à concepção pragmática no sentido de que a nova interpretação representa solução para desafogar os tribunais, trazendo a perspectiva de uma melhora no sistema judiciário em geral, ou na persecução penal em particular.

É a partir delas que, a nosso ver, deve ser examinada a extensão do precedente aos demais cargos agraciados com a prerrogativa de foro não expressamente decididos no caso fonte. E, nesse sentido, não é possível dizer, no que lhes concerne, que a prática atual realiza os citados princípios – com exceção dos congressistas – ou que as consequências de sua aplicação – juntamente com os congressistas – não trarão perspectiva de melhora quanto ao desafogo dos tribunais.

Em outras palavras, de acordo com a *ratio decidendi* – e isso é o que importa –, podemos afirmar que a aplicação da decisão aos outros agentes detentores de foro privativo – v.g., chefes do Poder Executivo, Ministros, Juizes ou membros do Ministério Público –, para cingi-lo aos crimes praticados no cargo e em razão dele, otimiza os princípios da igualdade e da república, porque, como princípios que são, “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.⁹

A inclusão dos demais agentes no campo de fundamentação da decisão potencializa aqueles princípios, na visão do Supremo Tribunal Federal, pois lhes concede a máxima eficácia possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Significa dizer que, paulatinamente, a cada categoria de agentes inserida na restrição imposta nas diversas esferas jurisdicionais, mais a realidade se aproxima dos princípios da igualdade e da república, na busca incessante de suas máximas configurações. Na via oposta, quanto menos grupamentos funcionais detentores de foro adentrem no plano racional do julgado, menos se pode dizer que são concretizados os aventados princípios e seus consectários.

Da segunda ótica, não resta dúvida de que a redução da competência originária para todos os cargos contemplados com a prerrogativa logicamente acarreta um fluxo menor de trabalho nos tribunais do que a limitação à parte deles, confluindo com a razão pragmática de aliviar a carga de órgãos colegiados não vocacionados à instrução e julgamento de grande quantidade de processos penais cognitivos.

⁸ *Ibidem*, p. 56. Tradução livre

⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 91-92.

Na verdade, esta razão de ordem pragmática funciona, complementarmente à violação dos precitados princípios, como espécie de mola propulsora da disfuncionalidade do sistema de justiça penal, consignando-se no voto-condutor que “o Supremo Tribunal Federal não tem sido capaz de julgar de maneira adequada e com a devida celeridade os casos abarcados pela prerrogativa. O foro especial, na sua extensão atual, contribui para o congestionamento dos tribunais e para tornar ainda mais morosa a tramitação dos processos e mais raros os julgamentos e as condenações”.¹⁰

Eis o motivo, talvez, por que a tese afinal enunciada pela Corte Suprema, apesar dos debates, antevedendo a generalidade dos fundamentos invocados, não tenha formulado qualquer distinção, prescrevendo apenas que “o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”, verdadeira regra jurídica, objetivamente declarada, extraível das razões subjacentes à decisão tomada, aplicável, pois, para todos.

Aliás, uma ideia cardeal quanto à produção de decisões consentâneas com o precedente – não é ocioso lembrá-la – é a de que os tribunais devem oferecer a mesma resposta do caso passado ao caso semelhante porvir, havendo a expectativa da comunidade política no sentido de que os trabalhos jurisdicionais em geral se desenvolvam de forma coerente, ainda que a composição da Corte tenha se modificado ou, a princípio, até mesmo que seus membros tenham alterado o seu pensamento.

Acaso fossem recolhidos do antigo Direito, teriam lugar os velhos brocardos da hermenêutica jurídica segundo os quais *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir), pois, na voz de CARLOS MAXIMILIANO, cânones como tais “constituem pequenas sínteses, fruto da experiência de séculos, conglomerado de ideias, fórmulas gerais” e “desempenham relativamente o papel de bússola em relação ao polo: apenas indicam o rumo em que pode ser encontrado. Não é pouco: uma direção orientada constitui uma preciosidade para quem estuda, investiga e almeja concluir com acerto”.¹¹

Nessa intelecção, não há qualquer sentido na distinção das razões constitucionais que fundamentam a prerrogativa inerente aos diversos cargos previstos, para estreitá-la tão somente em face dos Parlamentares federais, mantendo-a em toda amplitude e extensão em favor dos demais agentes políticos.

Sendo assim, é possível concluir que a nova interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre o foro por prerrogativa de função tem validade jurídica, à luz da *ratio decidendi*, não somente em relação ao Parlamento, mas a todos os demais cargos contemplados pela Constituição com igual garantia.

10 Nesse sentido, o voto proferido pelo Min. Relator ROBERTO BARROSO, no caso, contém estudo empírico acompanhado de estatísticas sobre a produtividade da Suprema Corte quanto aos crimes da competência originária, concluindo-se que o atual desenho sobre a prerrogativa tem levado, em grande escala, à prescrição e impunidade.

11 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 197.

4. A questão do foro em Constituições estaduais

Visto que o precedente pode ser generalizado para todos os agentes detentores de foro privativo, torna-se oportuno analisar a repercussão sobre tal prerrogativa concedida por Constituições estaduais, tanto em relação às funções simétricas às previstas na Constituição da República quanto em relação àquelas que, com elas, não guardam qualquer equivalência.

No plano dos Estados federados, não é demais lembrar que o Governador responde por infrações penais comuns perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, inc. I, “a”, CRFB/88). E, mais, que a prerrogativa de foro assegurada aos Deputados estaduais, apesar de prevista nas Constituições dos Estados-membros, deflui diretamente do próprio texto da Lei Maior (art. 27, § 1º, CRFB/88).¹² Também não pairam dúvidas sobre “o julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça” (art. 29, inc. X, CRFB/88).

Em relação aos Secretários de Estado, várias, senão todas, as Constituições de estados brasileiros contêm disposições atribuindo-lhes o foro especial perante os Tribunais locais. São exemplos as Cartas de Alagoas (art. 114, p. único), Amazonas (art. 72, inc. I, “a”), Espírito Santo (art. 109, inc. I, “a”), Minas Gerais (art. 103, inc. I, “b”), Pará (art. 142), Paraná (art. 92), Rio Grande do Norte (art. 71, inc. I, “c”), Rio Grande do Sul (art. 95, inc. XI), Rio de Janeiro (art. 161, inc. IV, “d”), Rondônia (art. 87, inc. IV, “b”), Santa Catarina (art. 75) São Paulo (art. 74, inc. I), Sergipe (art. 91), etc.

Não parece haver maior discussão acerca da validade da prerrogativa de foro deferida aos Secretários de Estado pelas respectivas Constituições estaduais, justamente em função da posição análoga a de Ministros de Estado na organização federativa brasileira. No entanto, porque somente previsto nas Cartas estaduais, alguma controvérsia surgiu em torno da subsistência do foro privativo no âmbito da Justiça Federal, por condutas delituosas ofensivas a bens e interesses da União quando praticadas por tais agentes, sendo que a Jurisprudência se consolidou favoravelmente àquela garantia em razão do cargo, de modo que, nessa hipótese, a competência originária recai sobre o respectivo Tribunal Regional Federal.¹³

Os Juízes e membros do Ministério Público nos estados, por seu turno, têm o foro por

¹² Assim sendo, não parece aplicável a Súmula Vinculante nº 45 do STF ao dispor que “a competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual”, porque a jurisprudência orienta a ideia de que a prerrogativa de foro concedida aos Deputados Estaduais, por princípio extensível de observância obrigatória aos entes federados, resulta do próprio texto da Lei Maior. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, resolvendo conflito de competência, decidiu que “apesar de não constar do artigo 27, § 1º, da Carta Magna, expressamente, a extensão do foro por prerrogativa de função aos Deputados estaduais, tem-se que as Constituições locais, ao estabelecerem para os parlamentares do estado idêntica garantia prevista para os Congressistas, refletem a própria Constituição Federal, não se podendo, portanto, afirmar que a referida prerrogativa encontra-se prevista, exclusivamente, na Constituição Estadual. A adoção de um critério fundado na aplicação de regras simétricas, conforme preceitua a própria Carta Magna, em seu artigo 25, reforça a relevância da função pública protegida pela norma do foro privativo” (STJ, Terceira Seção, CC 105207, DJ 25/03/2011).

¹³ STJ, RHC 82698/MT, 5ª Turma, Min. Rel. FELIX FISCHER, julgado em 08/02/2018, DJe 21/02/2018; e STJ, 6ª Turma, HC n. 200701537761, Min. Rel. PAULO GALLOTTI, DJ 19/11/2007.

prerrogativa de função assegurado diretamente pela Constituição da República (art. 96, inc. III, CRFB/88), medida que não foi estendida aos agentes das demais instituições essenciais à Justiça. Porém, diversas Constituições locais conferiram aos Defensores Públicos, Procuradores de Estado, Procuradores de Assembleias Legislativas e Delegados de Polícia tal garantia, cuja validade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, com exceção das Autoridades Policiais, porquanto “funcionalmente subordinadas aos Governadores estaduais e submetidas ao controle externo pelo Ministério Público”.¹⁴

Por fim, não podemos deixar de registrar que, em alguns poucos estados da federação, ainda os Vereadores foram favorecidos pelas Constituições estaduais com a prerrogativa de foro originário perante os Tribunais locais, tal como nos estados do Rio de Janeiro (art. 161, inc. IV, 3), Roraima (art. 77, inc. X, a) e Piauí (art. 21, inc. VIII), por cláusulas constitucionais igualmente chanceladas pela Suprema Corte.¹⁵

Feito esse breve esboço, podemos avançar no fluxo argumentativo proposto sobre a possível *superação* dos mencionados precedentes do Supremo Tribunal Federal, que reconheceram a validade das normas constitucionais estaduais, pelo novo paradigma jurisprudencial que exige a correlação da prática criminosa com o exercício das funções.

De modo mais específico, a questão se refere à preservação da competência originária para os agentes detentores da prerrogativa consagrada exclusivamente por Constituições estaduais, tanto investidos em cargos simétricos (como por exemplo, o de Secretário de Estado), quanto em

14 Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no exercício de controle de constitucionalidade concentrado referente à norma da Constituição do Estado de Goiás concessiva da prerrogativa de foro aos Defensores Públicos, aos Procuradores do Estado e da Assembleia Legislativa e aos Delegados de Polícia (art. 46, inc. VIII) – reproduzida na maioria das Constituições estaduais –, já entendeu que o interesse público quanto ao adequado e independente exercício das funções estatais elencadas no dispositivo justifica a previsão constitucional derivada, com exceção das Autoridades Policiais, uma vez funcionalmente subordinados aos Governadores estaduais e submetidos ao controle externo pelo Ministério Público (STF, ADI 2.587-2/GO, Rel. originário Min. MAURÍCIO CORRÊA, Rel. para o Acórdão Min. CARLOS AYRES BRITTO, julgado em 1º/12/2004). Assim, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade tão somente da expressão “e os Delegados de Polícia” contida naquele preceito constitucional e, diante da natureza ambivalente do controle concentrado de leis, ratificou a compatibilidade da prerrogativa de foro estatuída por Constituições estaduais em favor dos membros das sobreditas instituições. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser legítima a previsão de foro privativo em relação aos membros da Defensoria Pública, pela Constituição do Estado do Rio de Janeiro, *in verbis*: “foro por prerrogativa de função (Defensor Público do Rio de Janeiro). Ação Penal (competência do Tribunal de Justiça). 1. Compete ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns e de responsabilidade, os membros da Defensoria Pública daquele Estado (art. 161, IV, d, 2, da Constituição Estadual). 2. No regime federativo, os Estados-membros desfrutam de autonomia política e administrativa, sendo-lhes próprios os denominados poderes implícitos (podem tudo que não lhes esteja explicitamente proibido). 3. No caso, ao proclamar a prerrogativa de foro dos membros da Defensoria Pública, o constituinte estadual assegurou a simetria funcional entre os diversos agentes políticos do Estado. 4. *Habeas corpus* deferido com o intuito de se preservar a competência do Tribunal de Justiça para, originariamente, processar e julgar o paciente – Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro” (STJ, 6ª Turma, HC 45.604/RJ, Rel. Min. NILSON NAVES, julgado em 10/10/2006).

15 Um repositório da jurisprudência do STF sobre a matéria pode ser encontrado no Acórdão proferido no RE nº 464.935-7, reputando válido o foro especial concedido por Cartas estaduais aos Vereadores, da Relatoria do Min. CEZAR PELUSO, julgado em 03/06/2008. E, mais recentemente, no HC nº 110.496, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgado em 09/04/2013, ambos precedentes do Rio de Janeiro.

cargos sem equivalência funcional (geralmente, Defensores e Advogados Públicos e, especialmente, Vereadores municipais).¹⁶

Vislumbrar o alcance da decisão restritiva nas razões subjacentes – e não no argumento da simetria – retira o sentido jurídico da citada distinção, pois as consequências e os princípios mobilizados são *comuns* a todas as situações funcionais que envolvem a prerrogativa de foro, prestando-se, ademais, a confirmação da *ratio decidendi* como fundamentação mais apropriada para a extensão do precedente a todos os agentes detentores de foro privativo, conforme procuramos demonstrar no tópico anterior.

De volta, assim, à teoria dos precedentes, quando a vinculatividade jurisprudencial introduz-se na cultura jurídica brasileira por meio de diversos mecanismos previstos na legislação, podemos absorver a experiência estrangeira de que, apesar da carga obrigatória, “ao contrário do que ocorre com tribunais inferiores perante decisões judiciais superiores, as Cortes em geral, mesmo reconhecendo que o caso sob julgamento apresenta uma questão já decidida no passado, podem, contudo, decidir por rejeitar a própria decisão anterior”.¹⁷

Para permitir a evolução do Direito, nos Estados Unidos e na Inglaterra, ao longo dos anos, juízes e juristas passaram a desenvolver critérios para a revogação de precedentes judiciais, sendo certo que o desenvolvimento desses critérios sempre teve por objetivo impedir a fossilização do Direito, no entanto, sem descuidar de vetores que garantissem a segurança, a igualdade, a coerência, enfim, a racionalidade do sistema jurídico.

Assim, pode-se afirmar que, embora os tribunais possam ocasionalmente rever suas próprias decisões anteriores, tal medida “exige mais do que apenas a crença de que a decisão anterior estava errada”, o que, se assim não fosse, comprometeria a funcionalidade do sistema de precedentes, hoje, também em voga no Brasil. Por exemplo, nos Estados Unidos, um precedente da Suprema Corte está sujeito a *overruling*, tradicionalmente, “quando há uma (1) intervenção no desenvolvimento do direito, ou seja, quando é tomada uma decisão posterior tornando o precedente inconsistente; (2) quando a regra estabelecida no precedente revela-se impraticável ou; (3) quando o

“Para permitir a evolução do Direito, nos Estados Unidos e na Inglaterra, ao longo dos anos, juízes e juristas passaram a desenvolver critérios para a revogação de precedentes judiciais, (...) no entanto, sem descuidar de vetores que garantissem a segurança, a igualdade, a coerência, enfim, a racionalidade do sistema jurídico.”

16 Optamos por incluir os Vereadores na categoria de cargos sem equivalência funcional, porque, embora exerçam funções parlamentares municipais, na federação brasileira, somente três Estados-membros os contemplam com a prerrogativa de foro, consubstanciando, de certo modo, *aporia* no Direito. Veja-se que a prerrogativa de foro assegurada aos Deputados estaduais, apesar de prevista nas Constituições dos Estados-membros, deflui diretamente do próprio texto da Lei Maior (art. 27, § 1º, CRFB/88), assim como a previsão de “julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça” (art. 29, inc. X, CRFB/88), silenciando a Constituição Federal, no entanto, quanto aos Vereadores.

17 SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press, 2012, pp. 59-60

raciocínio subjacente ao precedente está desatualizado ou mostra-se inconsistente com os valores atualmente compartilhados na sociedade”.¹⁸ Além disso, a Suprema Corte norte-americana descreveu esse pesado ônus antes de revogar suas decisões “[...] em termos da exigência de uma *justificativa especial*” e, na mesma linha, “[...] o padrão na Inglaterra é que a decisão anterior seja *manifestamente errada*”.¹⁹

Portanto, a revisão de precedentes do Supremo Tribunal Federal que validaram normas constitucionais concessivas da prerrogativa de foro, nos Estados-membros, exigiria a ocorrência de algum desses fenômenos, circundando a ideia de que, se tivessem sido decididos no presente – isto é, juntamente com o caso em que se restringiu a competência originária aos crimes ditos funcionais – teriam sido julgados de outra forma.

Mas, essa concepção não pode ser simplesmente deduzida do caso julgado, já que a superação de precedentes não se compadece com presunções, exigindo justificativa especial, sob pena de ultraje à desejável estabilidade da ordem jurídica e à previsibilidade que se almeja conferir às pessoas que, na sociedade política, vivem sob a égide dos princípios e das regras do Direito.

Prova maior de que a discussão judicial não promoveu a superação total do foro privativo outorgado por Constituições estaduais, para revogá-lo por completo, foi a proposta de edição de Súmula Vinculante, a ser deliberada pelo Supremo Tribunal Federal, logo após, dispondo que “são inconstitucionais normas das Constituições estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação da simetria”.²⁰

Embora consubstancie sinalização veemente de que o precedente não cancelou o foro originário inscrito tão somente nas Cartas estaduais – ou não faria qualquer sentido uma proposição dessa natureza –, não parece ainda maturada a discussão do tema, tecnicamente, “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional” (art. 103-A, CRFB/88), para discipliná-lo ao abrigo da súmula vinculante.

A vinculatividade, nesses termos, somente se torna legítima diante de um conjunto de decisões não díspares e harmônicas sobre determinada matéria, ideia que a própria legislação, inspirada na linguagem técnico-jurídica, entronizou no Direito positivo como “jurisprudência dominante”,²¹ sem a qual a súmula judiciária obrigatória se traduz perigosamente em pura legislação. De outra forma, a prolação de verbete judiciário cogente fora dos ecos da jurisprudência dominante representa indevido exercício de funções legislativas, o que não se confunde com a

18 PADDEN, Amy I. “*Overruling decisions in the Supreme Court*”. *The Georgetown Law Review*. Vol. 82, 1994, pp. 1689-1732.

19 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning**. Harvard University Press, 2012, pp. 59-60.

20 Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-09/toffoli-propoe-sumulas-vinculantes-restringir-foro-especial>.

21 Vide, por exemplo, os arts. 120, p. único, 544, inc. II, e 557, *caput*, do Código de Processo Civil em vigor.

autoridade persuasiva de precedentes singulares, como o ora tratado.²²

Assim, preservado o núcleo essencial da prerrogativa concedida pelas Constituições locais às autoridades estaduais ou municipais, não parece estar a salvo, porém, de uma releitura constitucional, agora, sob as lentes da atualidade e pertinência da infração penal com o exercício das funções nos marcos contemporâneos restritivos da competência originária.

Se as decisões anteriores sobre o foro estadual não se revelaram impraticáveis a partir da nova interpretação que o adstringe aos crimes funcionais, tampouco se mostraram desatualizadas em relação ao núcleo essencial da garantia, não parece haver dúvida de que se tornaram parcialmente inconsistentes diante do novo paradigma jurisprudencial. Se pudessemos empregar uma linguagem comum ao direito legislado, para explicar fenômeno análogo, poderia sê-lo compreendido como espécie de revogação tácita e parcial da regra jurídica anterior.

Nesse caso, caberia interrogar sobre a falta de justificativa expressa a respeito da revisão dos precedentes no que tange ao foro originário estadual, para circunscrevê-lo igualmente aos crimes funcionais. Trata-se, porém, de um falso problema, pois, enquanto a *ratio* da tese fixada – de que “o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas” – alcança, claramente, a todos os detentores da referida garantia no cenário nacional, nada indica a revogação do foro privativo previsto nas Constituições estaduais, o que demandaria, aí sim, uma carga de argumentação específica e explícita para derribá-lo em face da remansosa orientação jurisprudencial sobre o tema.

Desse modo, pode-se rematar que as normas inscritas em Constituições estaduais, assecutorórias do foro por prerrogativa de função, tenham ou não relação de equivalência com as previsões da Constituição Federal, permanecem válidas, porém, foram abarcadas pela hermenêutica emprestada pela Suprema Corte para aferrá-las aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

5. O conceito jurisprudencial de “crimes funcionais”

Nos tópicos anteriores, verificamos que a restrição da competência originária deve vigorar não somente quanto ao Parlamento federal, mas em relação a todos os demais cargos contemplados pela Constituição com igual garantia e, ainda, que as prerrogativas de foro concedidas por Constituições locais remanescem válidas em seu núcleo essencial, porém, circunscritas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

Nesse compasso, torna-se imperioso perscrutar o *conceito* de “crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”, revolvendo as categorias dogmáticas pertinentes, bem como os seus reflexos processuais penais. Na sequência, abordaremos situações concretas que podem lançar luz sobre a nova interpretação jurisprudencial.

22 Quanto a esse ponto, vale nova remissão ao artigo de ROSCOE POUND, intitulado “*What of stare decisis?*”, disponível em <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1220&context=fllr>, onde o autor, conforme vimos na nota 5, se refere à distinção entre precedentes com autoridade vinculante (*binding authority*) e precedentes com autoridade persuasiva (*persuasive authority*).

A doutrina penal clássica define como crimes funcionais aqueles que só podem ser praticados por pessoas que exercem funções públicas. Dividem-se em crimes funcionais próprios e impróprios ou mistos. Nos primeiros, a ausência da qualidade referente ao exercício da função pública por parte do agente causa uma atipicidade absoluta, como por exemplo, o crime de prevaricação; nos segundos, tal ausência opera uma atipicidade relativa, i. é, a conduta é atípica em face do crime funcional, mas se amolda a um tipo de crime comum, como o delito de peculato, cuja falta do elemento funcional passa a constituir apropriação indébita.²³ Cabe registrar, também, que “são crimes funcionais típicos não os descritos no Título XI, Capítulo I, do Código Penal (arts. 312 e s.), como também todos em que a qualidade de funcionário público intervém como elementar ou circunstância qualificadora (p. ex., arts. 150, § 2º, 300, 301, etc.)”.²⁴

Como assinalamos, tal conceito jurisprudencial carrega, em si, as noções conjugadas de atualidade do fato delituoso em relação ao cargo (ou mandato) e da sua pertinência com o exercício das funções, mas não parece exigir a intervenção da qualidade especial de funcionário público, como elementar ou circunstância, para sua configuração.

O elemento temporal da definição encampada pelo Supremo Tribunal Federal se incumbe do trabalho de desemparelhar os precitados conceitos, porque, em tese, pode ocorrer a prática do crime funcional propriamente dito, embora não necessariamente durante o exercício do cargo. Por exemplo, o tipo penal da corrupção passiva configura-se como um crime *propter officium*, mas pode ser praticado “fora da função”,²⁵ isto é, sem o traço imediato da simultaneidade em relação ao desempenho do ofício, portanto, fora daquele espectro conceitual.

Além disso, se o agente comete o crime funcional durante o exercício do cargo que justifica a prerrogativa, mas, por qualquer razão, perde-lhe a investidura, esvai-se igualmente o foro originário. Em outras palavras, “depois de cessado o exercício da função, não deve manter-se o foro por prerrogativa de função, porque cessada a investidura a que essa prerrogativa é inerente, deve esta cessar por não tê-la estendido mais além a própria Constituição” (AP 315/QO, Min. Rel. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgamento em 25/8/1999, DJ de 31/10/2001).

Por outro lado, o significado de “crimes relacionados às funções desempenhadas” afigura-se mais amplo do que a ideia clássica de crimes praticados *propter officium*, i. é, estritamente em razão do cargo, de modo que nem sempre os fatos investigados, a par da relação com o exercício da função, caracterizam delitos praticados por funcionário público contra a Administração Pública. Dito de forma mais geral, dois objetos podem estar relacionados, mas isso não significa dizer que um exista em razão do outro.

A relação de pertinência com o cargo, no fundo, diz respeito ao aproveitamento das relações funcionais, do poder ou autoridade, do prestígio ou influência que o cargo ou mandato pode con-

23 JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 215.

24 *Idem*.

25 CP, art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

ferir ao agente ou se refere a alguma situação de fato correlata às atribuições do cargo.

À guisa de ilustração, o crime de constituição de milícia privada, capitulado no art. 288-A do Código Penal, não depende da qualidade especial do agente, podendo ser praticado por qualquer pessoa, e tem por objetividade jurídica a paz pública, e não a Administração. A princípio, pode não ter qualquer relação com o exercício da função que justifica a prerrogativa de foro. Não obstante, as circunstâncias do caso podem apontar que o agente – por exemplo, Deputado estadual ou Vereador – se utilize da autoridade ou influência conferida pelo mandato para interferir em nomeações na área da segurança pública, arregimentar militares, determinar ações que, mesmo fora do seu campo de atribuições, fomentem a associação delitiva e a consecução de crimes correlatos, etc. Nessa hipótese, embora não constitua crime funcional tipicamente em razão do cargo, relaciona-se com o desempenho das funções, de modo a atrair a competência jurisdicional originária.

Imaginemos, agora, um Defensor Público que, em vista de entrevero criado por parte assistida, durante atendimento no órgão de atuação, interfira em discussão iniciada por aquela com servidor público que exercia sua atividade regular e, por isso, acabe injustamente figurando como autor da contravenção penal de vias de fato (art. 21 DL nº 3.688/41). Tal infração, em geral, nada tem a ver com qualquer função pública. Porém, a Lei Orgânica da Defensoria Pública não deixa margem a outra interpretação quando prescreve que, aos Defensores Públicos “incumbe o desempenho das funções de orientação, postulação e defesa dos direitos e interesses dos necessitados, cabendo-lhes, especialmente, atender às partes e aos interessados” (art. 18, LC nº 80/94), sendo forçoso concluir que tais fatos, apesar de não caracterizarem crime contra a Administração Pública, em tese, guardariam relação direta com as funções desempenhadas pelo Defensor Público.

Podemos aventar outra situação em que o agente incorra, por exemplo, no crime de usura pecuniária, previsto no art. 4º da Lei nº 1.521/50, cobrando juros sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei. Teoricamente, tais fatos não se referem à atividade funcional do agente. Mas, se os ofendidos forem servidores da Assembleia Legislativa ou Câmara Municipal, e o político faça do gabinete parlamentar seu escritório de agiotagem, valendo-se da estrutura pública, parece utilizar a máquina em malversação do cargo, desafiando, por consequência, o foro especial.

Portanto, considerando que muitas das figuras penais, não tipicamente funcionais, podem enfeixar-se no conceito de crimes relacionados ao desempenho das funções, não parece haver outra solução que não seja a apreciação, caso a caso, dos fatos oriundos da vida funcional de cada agente detentor de foro por prerrogativa para, na perspectiva construtiva do direito, escoimar as situações que possam constituí-la daquelas aferradas à esfera privada do agente.

As noções de atualidade e pertinência com o exercício do cargo também se projetam em outras categorias penais e processuais, algumas das quais merecem referência expressa pela recorrência na experiência prática hodierna nos quadrantes do país, como as figuras do crime permanente, do concurso de crimes e, ainda, da conexão e continência.

Se a conduta delituosa, como a associação em forma de organização criminosa, por exemplo, tiver se iniciado antes da investidura ou diplomação do agente na função que justifica a prerroga-

tiva de foro, mas a consumação tenha lhe atravessado os umbrais, protraindo-se no tempo, parece claro que, em concurso com os demais fatores que a ensejam, os fatos estarão sob a égide do tribunal competente.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado à hipótese de concurso material de crimes ou de crime continuado em que se iniciando a cadeia delituosa em momento anterior, ao avançar para dentro dos marcos que determinam o foro especial, correlatos às funções, o agente que lhe é detentor estará sujeito à jurisdição hierárquica superior.

Não é diferente a solução quando há vínculo de conexidade ou continência entre as infrações penais que não tenham relação com as funções ou que sejam praticadas anteriormente ao cargo ou mandato com aquelas revestidas de tais atributos, de tal modo que, impondo-se o *simultaneus processus*, as investigações ou ações penais haverão de ser reunidas no tribunal de hierarquia prevalecente.

Por fim, de acordo com a rota traçada, pendem de análise algumas situações muito comuns em que o agente detentor de foro acaba por ser reinvestido ou reeleito na função que justifica a prerrogativa, com ou sem solução de continuidade, ou quando se movimenta entre cargos que ostentem, ou não, aquele privilégio. A resolução de problemas não poderá deturpar aquela premissa conceitual, legitimadora da garantia de foro especial, abrigada na atualidade e pertinência dos fatos delituosos praticados em relação ao desempenho das funções. Deve considerar, ainda, como sempre, a *ratio decidendi* que suporta o enunciado jurídico fixado no precedente.

Assim, se determinado Prefeito Municipal pratica um crime durante o exercício do cargo, relacionado às funções, uma vez reeleito, parece conservar o foro privativo, justamente pela nota de atualidade – e, portanto, de continuidade – da relação administrativa governamental que a ideia de reeleição pressupõe; ao contrário, expirando-se o mandato, ainda que o agente seja eleito, no futuro, para a chefia do Executivo local, a prerrogativa não mais subsiste.

Com base nas mesmas ideias, se um Deputado federal comete um crime durante o exercício do mandato, em virtude da função parlamentar, mas acaba por licenciar-se do Legislativo para exercer o cargo de Ministro de Estado, ainda que este cargo conte com a garantia, não lhe socorrem os atributos da concomitância e pertinência em face do cargo no qual os fatos ocorreram, dissolvendo-se a prerrogativa de foro. Pode-se aventar, ainda, a hipótese de um Deputado estadual que, praticando o delito nas mesmas circunstâncias parlamentares, tenha posteriormente se movimentado para o cargo de Secretário Municipal, desprovido, pois, da prerrogativa, a competência parece desembocar na jurisdição de 1º grau.

De outra perspectiva, tais questões deságuam na segunda tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal pela qual, “após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo, qualquer que seja o motivo”.

Com efeito, de um lado, a fixação de um marco para a estabilização da demanda penal refor-

ça a possibilidade de modificação da competência antes “da publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais” e, de outro, sobrevindo a sua ocorrência na dinâmica procedimental, ainda que surjam situações modificativas, a competência não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo, qualquer que seja o motivo.

Em outras palavras, a competência *ratione personae* propõe-se em face do cargo em que os fatos delituosos ocorreram, e as suas causas de modificação podem e devem ser examinadas à luz da nova interpretação dada pela Suprema Corte, desde que o estágio processual não tenha ultrapassado as balizas de prorrogação, colhendo os feitos em curso.

Nesse viés, é preciso ter em mente que a decisão tem por escopo evitar que os frequentes deslocamentos de competência provoquem embaraço e retardamento na marcha de inquéritos e ações penais, prejudicando a eficácia, a racionalidade e a credibilidade do sistema penal. Procura-se desestimular “a tentação permanente de manipulação da jurisdição pelos réus”, pois “há os que procuram se eleger para mudar o órgão jurisdicional competente, passando do primeiro grau para o STF; há os que deixam de se candidatar à reeleição, com o mesmo propósito, só que invertido: passar a competência do STF para o órgão de primeiro grau. E há os que renunciam para produzir o efeito de baixa do processo, no momento que mais lhes convém”.²⁶

Parece claro que a definição de um marco específico – a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais – após o qual a competência não poderá ser mais afetada, não pode surtir o efeito oposto, isto é, a manipulação do foro por abuso da prerrogativa. Ou seja, mesmo antes daquele termo, na hipótese de fraude à lei, o Judiciário poderá obstar eventuais manobras praticadas pelo agente com tal desiderato, negando eficácia às modificações de fato que importem reflexos de manipulação no sistema do foro especial.

O cerne da questão é a necessidade de preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional, criando impeditivo para que o agente manipule, ao seu alvedrio, a competência judiciária, abusando da prerrogativa de foro, com o fito de tumultuar o processo penal e alcançar a impunidade, ou mesmo que, ao sabor da vontade pessoal, produza consequências sucessivas no sistema de competências, capazes de transgredir os valores previstos na Constituição.²⁷

26 Reprodução textual do voto do Min. ROBERTO BARROSO, na Ação Penal nº 937.

27 Como se pode observar no referido voto, há um sem número de casos em que a Jurisprudência, ao reconhecer o abuso de direito relativo ao foro especial, à luz de circunstâncias concretas diversas, nega-lhe os efeitos com o fito de manter ou prorrogar a competência anteriormente fixada, em vista da racionalidade e efetividade da prestação jurisdicional.

6. Juízes e Promotores: a prerrogativa de atribuição

Nessa derradeira sessão, caberá verificar se a nova visão sobre a competência originária abarcou correlativamente a atribuição dos órgãos do *Parquet* responsáveis pela persecução penal, abordagem que congloba o desenho das instituições precipuamente engajadas na respectiva atividade estatal – Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário –, bem como de suas relações, nos termos da Constituição da República. Devemos salientar, porém, que tal problema se coloca em face dos delitos não pertinentes às respectivas funções públicas, porque, quanto a esses, vigora igualmente o foro privativo com os influxos já analisados decorrentes da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Cabe registrar, a esse propósito, que a atribuição do Ministério Público não se confunde com a competência jurisdicional, tampouco se estabelece necessariamente em razão dela, cabendo à legislação criar e prover os diversos órgãos do *Parquet* com as respectivas atribuições visando à consecução dos seus objetivos institucionais comuns, porém, autônomos em relação aos fins do Poder Judiciário.

Inúmeras atividades cometidas por Lei ao Ministério Público se desenvolvem de forma independente ao processo jurisdicional, exaurindo-se fora dos domínios judiciários, o que revela, de certo modo, a tendência substitutiva da litigiosidade por formas consensuais de resolução de conflitos. Tal fato expõe a dessincronia possível entre as atribuições do *Parquet* e as competências do Poder Judiciário, pois, no arranjo das instituições que compõem o sistema de Justiça, a diversidade de formas legais e de instrumentos de ação, à luz do perfil constitucional, termina por concorrer para a prossecução do bem comum.

Portanto, o primeiro aspecto que pode ser enfatizado diz respeito à viabilidade jurídica de conformação de órgãos do Ministério Público desvinculados de órgãos do Poder Judiciário, reflexo da autonomia constitucional quanto à disciplina de sua própria estrutura orgânica com vistas ao atendimento do interesse público e das suas finalidades institucionais.

Nesse contexto, é preciso consignar que a legislação cometeu a atribuição penal persecutória relativa à prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público ou de magistrado à Chefia do *Parquet* – ou a quem lhe faça às vezes por delegação – dentro de cada esfera federativa, sem qualquer distinção concernente à natureza da infração, i. é, esteja ou não relacionada ao exercício do cargo.

A Lei Complementar nº 75/93 dispõe que, “quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por membro do Ministério Público da União, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá imediatamente os autos ao Procurador-Geral da República, que designará membro do Ministério Público para prosseguimento da apuração do fato” (art. 18, p. único). Igual disposição se encontra na Lei nº 8.625/93 ao prever que: “Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar remeterá, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração” (art. 41, p. único). E, ainda, a Lei Complementar nº 35/79 estabelece que “quando, no curso de investiga-

ção, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação” (art. 33, p. único).

Esse conjunto de disposições legais refere-se ao órgão do *Parquet* com atribuição para conduzir a *persecutio criminis* quando a prática delituosa envolver membros do Ministério Público ou magistrados, pouco ou nada se relacionando com a competência jurisdicional penal. No que concerne aos magistrados, parece oportuno acrescentar que, diante do sistema acusatório vigente a partir da Constituição de 1988, a respectiva investigação por infração penal se encontra na esfera de atribuições do Ministério Público, a cargo da respectiva Procuradoria-Geral, a quem compete conduzi-la precipuamente como *dominus litis*, ainda que se possa cogitar da supervisão formal pelo Tribunal competente, por versar sobre integrante da carreira da Magistratura.

A questão que pode ser debatida, aqui, se refere à possibilidade de invalidação dos citados preceitos legais por incompatibilidade com o precedente que reduziu a competência por prerrogativa de foro aos delitos cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

Nesse caso, devemos considerar que o eixo de fundamentação que culminou com tal restrição gira integralmente sobre categoria diversa da atribuição do Ministério Público, cuja autonomia institucional, para o cumprimento dos fins que lhes são cometidos pela ordem jurídica, movimenta suas estruturas orgânicas, como observado, sem a sincronia mecânica em relação à competência jurisdicional.

Porém, mais importante do que isso é perceber que a matéria pode afetar o desenho constitucional originário, isto é, a concepção fundamental de distribuição de poder entre instituições autônomas, com possível subversão do sistema erigido pela Constituição da República. E, dessa ótica, parece haver outras razões sequer tangenciadas pelo precedente que, talvez, justifiquem o que podemos impropriamente denominar de “prerrogativa de atribuição”.

Com efeito, a ordem constitucional devotou ao Ministério Público brasileiro o controle externo da atividade policial (art. 129, inc. VII, CRFB/88), concedendo-lhe garantias, em especial, para o exercício livre e independente da função criminal persecutória (art. 127, §1º e § 5º, CRFB/88), sem qualquer interferência ou subserviência ao governante.

Nesse desiderato, cumpre ao órgão do Ministério Público, dentre outras medidas, i) realizar visitas ordinárias e extraordinárias, em repartições policiais, civis e militares, inclusive, de perícia técnica; ii) examinar, em quaisquer dos órgãos referidos no inciso anterior, autos de inquérito policial, inquérito policial militar, autos de prisão em flagrante ou qualquer outro expediente ou documento de natureza persecutória penal, ainda que conclusos à autoridade; iii) verificar as cópias dos boletins de ocorrência ou sindicâncias que não geraram instauração de inquérito policial e a motivação do despacho da autoridade policial, podendo requisitar a instauração do inquérito, se julgar necessário; iv) comunicar à autoridade responsável pela repartição ou unidade militar, bem como à respectiva corregedoria ou autoridade superior, para as devidas providências, no caso de constatação de irregularidades no trato de questões relativas à atividade de investigação penal

que importem em falta funcional ou disciplinar; v) expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços policiais, bem como o respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa seja de responsabilidade do Ministério Público, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis, etc.²⁸

Portanto, a capacidade investigatória atribuída à Polícia em face de membros do Ministério Público, em geral, pode convulsionar a divisão funcional de poderes estatais, tal como delineada pela Constituição, transformando o órgão controlador das atividades policiais em órgão controlado pela Polícia, interpretação que não parece compatível com a ordem jurídica. Em outros termos, a densificação desse controle institucional por mecanismos legalmente atribuídos ao Ministério Público contrasta, pela própria natureza, com a faculdade de instauração de inquéritos conduzidos pela Polícia em relação aos membros da Instituição que o exerce.

Note-se que o Supremo Tribunal Federal invalidou a prerrogativa de foro concedida por Constituições estaduais às Autoridades Policiais, porque “funcionalmente subordinadas aos Governadores estaduais e submetidas ao controle externo pelo Ministério Público”.²⁹

Como as Autoridades Policiais se encontram subordinadas ao Poder Executivo, a autorização generalizada para promoverem investigações criminais contra membros do Ministério Público pode acabar animada por espírito de emulação, vingança ou retaliação em virtude de ações contrárias aos interesses do governante – que podem se relacionar à malversação do cargo ou a negócios corporativos com o empresariado –, corroendo os pilares da Instituição a qual se destinou a tarefa constitucional de proteger o patrimônio público e a probidade administrativa com isenção e neutralidade político-partidária.

Portanto, uma vez que o membro do Ministério Público possa sujeitar-se à investigações penais por ordem de potenciais investigados – no mais das vezes, dotados de poder político e econômico –, não se pode mais dizer que a Instituição tem liberdade e independência para defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Os desgastes institucionais oriundos do exercício do controle externo da atividade policial e o frequente curso de ações possivelmente adversas aos interesses do governante, tarefas que a Constituição, na distribuição do poder estatal, confiou ao Ministério Público, podem expô-lo a toda sorte de investigações parciais e injustas levadas a efeito pelas agências de segurança do Governo, fazendo esboçar o edifício constitucional originário por rematada subversão das funções do Estado.

Historicamente, o Ministério Público buscou o reconhecimento da isonomia de prerrogativas e de regime jurídico com a Magistratura, sendo a Constituição de 1988 o ponto culminante dessa trajetória, estabelecendo paridade quase integral de garantias entre os magistrados e os membros do Ministério Público (arts. 95 e 128, § 5º, I). Além disso, a Instituição deixou de

28 *Vide* arts. 3º e 9º da LC 75/93 e Resolução nº 20/07 do CNMP.

29 STF, ADI 2.587-2/GO, Rel. originário Min. MAURÍCIO CORRÊA, Rel. para o Acórdão Min. CARLOS AYRES BRITTO, julgado em 1º/12/2004.

exercer a função de advocacia de Estado para atuar na defesa da sociedade, da ordem jurídica e do regime democrático. Para tanto, destacou-se da estrutura do Poder Executivo, sem subordinar-se quer ao Legislativo quer ao Judiciário, consagrando-se como um órgão uno, de caráter nacional, indivisível e – mais importante – dotado de independência funcional.

Diferenças pontuais foram, ademais, superadas com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004. Com efeito, esse Diploma (i) suprimiu a autorização excepcional para a atividade político-partidária dos membros do *Parquet*; e (ii) mandou aplicar ao Ministério Público o regime jurídico da Magistratura, previsto no art. 93, da Constituição. A Emenda, portanto, coroou o processo de aproximação do Ministério Público em relação à Magistratura, determinando que ambos seguissem um mesmo regime jurídico. Dessa forma, o Ministério Público e a Magistratura, que já compartilhavam inúmeros traços institucionais comuns, passaram a ser equiparados também no que se refere ao regime aplicável às suas carreiras.

De outro turno, muitos já discorreram com letras de ouro sobre a independência funcional da Magistratura, tão ínsita a ideia de democracia que o constituinte sequer houve por necessário inscrevê-la em seu Magno Texto, como o fez quanto ao Ministério Público. Não pode haver democracia sem um Poder Judiciário livre e independente, garantia da cidadania contra violações de direitos, em especial, perpetradas pelo Príncipe, tal como o reconhecem diversas Convenções Internacionais.

Altissonante princípio na conformação do Estado de Direito, porque não se pode conceber a aplicação imparcial de normas jurídicas quando o medo toma de assalto o espírito do julgador, à consagrada advertência de EDUARDO COUTURE, pois, “no dia em que os juízes têm medo, nenhum cidadão pode dormir tranquilo”. Daí porque o juiz é livre para exercer o seu ofício, prestando obediência tão somente ao Direito, às normas positivas e à sua consciência; independente, não pode ser acuado, nas instâncias da responsabilidade, eventualmente por confrontar os estamentos políticos governamentais, do que depende a dignidade do Judiciário enquanto Poder de Estado.

Portanto, as regras legais que versam sobre a “prerrogativa de atribuição” para a persecução penal contra magistrados e membros do Ministério Público, a cargo das Procuradorias-Gerais de Justiça ou da República, justificam-se por razões fundamentais na configuração juspolítica do Estado brasileiro, ao largo da discussão sobre a competência travada pelo Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual tais dispositivos não se expungiram da ordem jurídica.

Repise-se, todavia, que a competência para conhecer de processo-crime “não funcional”, naquele sentido, contra juízes e membros do Ministério Público, igualmente, remete-se às instâncias jurisdicionais ordinárias, pois tão somente a atividade investigatória é que deve conservar-se no âmbito das Procuradorias-Gerais e, na hipótese de incidir sobre magistrados, com a supervisão do respectivo Tribunal.

Ao abrigo de tais considerações teóricas e normativas, conclui-se o seguinte: quando houver indício da prática de infração penal de qualquer espécie por parte de membro do Ministério Público, a Autoridade Policial deverá remeter, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral com atribuição; quando houver indício da prática de in-

fração penal de qualquer espécie por parte de magistrado, a Autoridade Policial deverá remeter, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Tribunal, ao qual competirá a supervisão das investigações; em ambas as hipóteses, porém, compete ao Chefe do Ministério Público dar prosseguimento às investigações e, se for o caso, oferecer a denúncia perante o Juízo competente de 1ª instância, oficiando nos ulteriores atos da persecução penal.

7. Conclusões

Ao cabo do presente estudo, no empenho de contribuir com as discussões atuais sobre a competência por prerrogativa de função, esperamos ter reduzido as incertezas, ao invés de fomentá-las, com a proposição de diretrizes capazes de auxiliar o operador jurídico na solução de casos futuros, a seguir reunidas:

I) a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que “o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”, à luz da *ratio decidendi*, alcança todos os cargos ou mandatos contemplados com igual garantia pela Constituição da República;

II) a prerrogativa de foro concedida por Constituições estaduais remanescem válidas em seu núcleo essencial, porém, circunscritas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas;

III) o conceito de crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas carrega, em si, as noções conjugadas de atualidade do fato delituoso em relação ao cargo (ou mandato) e da sua pertinência com o exercício das funções, mas não exige a intervenção da qualidade especial de funcionário público, como elementar ou circunstância, para sua configuração;

IV) o significado de “crimes relacionados às funções desempenhadas” é mais amplo do que a definição clássica de crimes funcionais *propter officium*, por condutas voltadas contra a Administração Pública, compreendendo qualquer figura penal típica;

V) a subsunção conceitual depende da apreciação, caso a caso, dos fatos oriundos da vida funcional de cada agente detentor da prerrogativa para, na perspectiva construtiva do direito, escoimar as situações que possam constituir-la daquelas aferradas à esfera privada do agente, com base nas noções conjugadas de atualidade do fato delituoso em relação ao cargo (ou mandato) e da sua pertinência com o exercício das funções;

VI) se o agente detentor da prerrogativa pratica um crime durante o

exercício do mandato e ainda relacionado às funções, uma vez reeleito, conserva consigo o foro privativo; ao contrário, expirando-se o mandato, ainda que o agente seja eleito, no futuro, a prerrogativa não mais subsiste;

VII) se o agente detentor da prerrogativa pratica um crime durante o exercício do cargo (ou mandato) e ainda relacionado às funções, porém se movimenta para outro cargo (ou mandato), que ostente ou não o foro especial, não lhe socorrendo os atributos da concomitância e pertinência em face do cargo no qual os fatos ocorreram, a garantia se dissolve;

VIII) após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo, qualquer que seja o motivo;

IX) antes do sobredito marco, na hipótese de abuso de direito ou fraude à lei, o Judiciário poderá obstar eventuais manobras praticadas pelo agente, negando eficácia às modificações de fato que importem reflexos de manipulação no sistema do foro especial, para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional;

X) as regras legais que versam sobre a “prerrogativa de atribuição” para a persecução penal contra magistrados e membros do Ministério Público, a cargo das Procuradorias-Gerais de Justiça ou da República, justificam-se por razões fundamentais na configuração juspolítica do Estado brasileiro, ao largo da discussão sobre a competência travada pelo Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual subsistem na ordem jurídica;

XI) havendo indício da prática de infração penal de qualquer espécie por parte de membro do Ministério Público, a Autoridade Policial deverá remeter, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral com atribuição;

XII) havendo indício da prática de infração penal de qualquer espécie por parte de magistrado, a Autoridade Policial deverá remeter, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Tribunal;

XIII) em ambas as hipóteses acima, compete ao Chefe do Ministério Público dar prosseguimento às investigações e, se for o caso, oferecer a denúncia perante o Juízo competente de 1ª instância, oficiando nos ulteriores atos da persecução penal.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PADDEN, Amy I. “*Overruling decisions in the Supreme Court*”. *The Georgetown Law Review*. Vol. 82, 1994, pp. 1689-1732.

POUND, Roscoe. “*What of stare decisis?*” Disponível em <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1220&context=flr>.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning**. Harvard University Press, 2012.

STRECK, Lenio. CONJUR. “Juiz julgará Desembargador e Promotor denunciará Ministro”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/senso-incomum-juiz-julgara-desembargador-promotor-denunciara-ministro>.

O SIGILO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

JORGE LOBO

Doutor, Mestre e Livre-docente de Direito Comercial e Advogado.

“(…) [devemos] pensar concretamente sobre problemas frequentemente obscurecidos por discussões pomposas sobre privacidade”. (Posner)

Deve ser sigiloso o procedimento arbitral em que seja parte companhia aberta?

Jamais deve ser secreto, nem mesmo quando tiver por objeto direitos de propriedade intelectual, embora certos e determinados documentos, *v.g.*, patentes de invenção, devam ser mantidos em segredo, mas, sobretudo, nunca deve ser confidencial quando visar à apuração da prática de ilícitos individuais ou coletivos de membros do conselho de administração ou da diretoria executiva.

Se não, vejamos.

O mercado de capitais ou financeiro é um sistema ordenado e unitário segundo princípios e valores: princípios, que norteiam a formação, exegese e aplicação das leis; valores, que inspiram os agentes econômicos a comportamentos éticos e legais.

Como todo sistema – científico, político, social, jurídico –, o mercado de capitais está em permanente mudança, pois ora surgem princípios e valores, ora outros caem em desuso ou desaparecem nos chamados choques disruptivos.

Há, todavia, princípios perenes e valores supralegais ou pré-positivos: por exemplo, no mercado de ações e derivativos, um dos segmentos do mercado financeiro, a publicidade é o princípio soberano e a transparência, o valor existente *a priori*, ambas compondo o núcleo do direito inviolável do acionista à informação.

Destarte, podemos afirmar que o direito à informação é uma conquista irreversível do acionista, a publicidade e a transparência são da essência e da índole do mercado acionário e não há mercado de ações seguro, confiável, eficiente e próspero sem a divulgação completa e célere sobre fatos, atos, negócios jurídicos e, em particular, contingências que possam culminar na perda do valor patrimonial da companhia.

Apesar desses postulados e embora a Lei de Arbitragem e a Lei de Anônimas não prevejam a confidencialidade do procedimento arbitral; o Código de Processo Civil a faculte; a Lei de Acesso à Informação permita a obtenção de dados de empresas estatais; a Constituição Federal garanta plena liberdade de informação jornalística e o Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa do IBGC recomende que a “divulgação de informações abranja todas as informações relevantes, positivas ou negativas” (5.8., b. i), o Regimento da Câmara de Arbitragem do Merca-

do da B3 (CAM) determina que o procedimento arbitral tramite sob sigilo e o seu Regulamento, que o estatuto da companhia contenha “cláusula compromissória”, supostamente para proteger a privacidade das partes.

O conflito entre o direito à vida particular, à honra e à imagem e o direito à informação foi resolvido no julgamento da ADI 4.815/DF, Rel.

Min. CÁRMEN LÚCIA, restando claro que o conceito de Louis Brandeis, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos de 1916 a 1939, *right to be alone* (direito de estar só) apenas se aplica à vida pessoal e familiar do indivíduo e não à vida social e profissional, *rectius*, à vida pública.

O acórdão, ao estabelecer a distinção entre “espaço privado e espaço público”, destaca que “a vida pessoal se altera pela escolha feita pelo sujeito de direito” e acentua que “aquele que não se quer expor ao público há de se manter nos umbrais da porta de casa (...) [.] quem busca a luz não há de exigir espaço intocado da sombra”, incluindo, entre aqueles que fogem da sombra e procuram a luz, os que “promovem as suas atividades em público e para o público” e os que “extraem e retiram dos cidadãos, pelo exercício de sua função ou atividade, os ganhos materiais ou profissionais”, como soe acontecer com os administradores de companhias abertas com dezenas de milhares de acionistas.

Diante dessa realidade – dirigentes de sociedades anônimas de grande porte são pessoas públicas – “instituições arbitrais internacionais”, v.g., “BITS norte americano e Espanha – México, NAFTA e CAFTA” e, “como consequência, o ICSID também passou a incorporar algumas regras de transparência e publicidade ao procedimento arbitral, mas sempre conferindo às partes o poder de sigilo”, consoante anotam Gustavo J. Oliveira e Caio C. Figueiroa (site Conjur em 09/12/2015).

Observe-se, contudo, que o “poder de sigilo” das partes não tem guarida quando o procedimento arbitral visa à apuração da prática culposa ou dolosa de atos de administradores contrários à lei e ao estatuto social e objetiva puni-los pelos prejuízos causados à companhia, acionistas e credores, matéria que é sempre e indiscutivelmente de interesse público, um notório e incontestável fato relevante, que deve ser divulgado por todos os meios e modos possíveis, para conhecimento dos investidores e do mercado.

Por fim, tenha-se em mente a advertência de RICHARD POSNER: “A privacidade é um valioso bem privado, mas, às vezes, é um mal para a sociedade. Um alto grau de privacidade é fonte (...) de perigos potencialmente sérios para a ordem social. Crime, subversão e fraude, tudo isso é facilitado pela privacidade (...) quem desmascara a reputação não merecida de um indivíduo, enriquece aqueles que poderiam realizar transações com esse indivíduo” (**Levando o direito a sério**, p. 562).

“(...) o direito à informação é uma conquista irreversível do acionista, a publicidade e a transparência são da essência e da índole do mercado acionário (...).”

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.566.168 - RJ (2014/0079486-0)

Ementa

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CPC/1973. AÇÃO DE COBRANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E DE ASSISTENTE TÉCNICO. ATUAÇÃO EM OUTRA DEMANDA. DESCABIMENTO DO AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE COBRANÇA CONTRA O VENCIDO PARA PLEITEAR RESSARCIMENTO DE HONORÁRIOS CONTRATUAIS DO ADVOGADO QUE ATUOU NO LITÍGIO ANTERIOR. JULGADOS DESTA CORTE SUPERIOR. OMISSÃO DA SENTENÇA QUANTO AO RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS DO ASSISTENTE TÉCNICO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO AUTÔNOMA. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NA SÚMULA Nº 453/STJ.

1. Controvérsia acerca da possibilidade de se cobrar, em ação autônoma, honorários advocatícios contratuais e honorários de assistente técnico relativos à atuação em demanda anterior.

2. Descabimento da condenação do vencido ao ressarcimento dos honorários contratuais do advogado que atuou no processo em favor da parte vencedora. Jurisprudência pacífica desta Corte Superior.

3. Distinção entre honorários contratuais e de sucumbência.

4. “Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria” (Súmula nº 453/STJ).

5. Aplicação do entendimento consolidado na Súmula nº 453/STJ à hipótese de sentença omissa quanto à condenação ao ressarcimento de honorários do assistente técnico.

6. Tratamento diverso da matéria pelo CPC/2015.

7. Recurso Especial Provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de Recurso Especial nº 1.566.168 – RJ em que é Recorrente: Itau Unibanco S.A. e Recorrido: Sílvio Félix Advogados Associados, decide a Egrégia Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, MARCO AURÉLIO BELLIZZE (Presidente), MOURA RIBEIRO e NANCY ANDRIGHI votaram com o Sr. Ministro Relator. Dr(a). PEDRO BANNWART COSTA, pela parte RECORRIDA: SÍLVIO FÉLIX E ADVOGADOS ASSOCIADOS

Brasília, 27 de abril de 2017. (Data de Julgamento)

MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por ITAU UNIBANCO S/A em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

Cobrança. Honorários advocatícios contratuais. Cabimento. Integração no conceito de perdas e danos. Incidência dos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil. Inaplicabilidade da Súmula nº 453 do STJ à hipótese. Honorários do assistente técnico. Inexistência de coisa julgada. Gasto que não se confunde com custas processuais. Precedentes do STJ. Incidência dos artigos 20, §2º combinado com 33 do

CPC. Sentença reformada. Apelação provida. (f. 142)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Em suas razões, alega a parte recorrente violação dos arts. 20, *caput*, 21 e 535, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973, bem como dos art. 403 do Código Civil, sob os argumentos de: (a) descabimento da condenação ao pagamento de honorários contratuais; (b) preclusão do direito de pleitear ressarcimento dos valores pagos a título de honorários de assistente técnico; (c) sucumbência recíproca; (d) negativa de prestação jurisdicional (subsidiariamente). Aduz, também, dissídio pretoriano.

Contrarrazões ao recurso especial a f. 222/238.

O recurso foi inadmitido pelo Tribunal de origem, tendo ascendido a esta Corte Superior por força de agravo nos próprios autos.

No âmbito desta Corte, o agravo foi inicialmente desprovido, em sede de agravo regimental, para se determinar a conversão em recurso especial (f. 412 s.).

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):

Eminentes colegas, o recurso especial merece ser provido.

Inicialmente, esclareço que o juízo de admissibilidade do presente recurso será realizado com base nas normas do CPC/1973, por ser a lei processual vigente na data de publicação

do *decisum* ora impugnado (cf. Enunciado Administrativo nº. 2/STJ).

Relatam os autos que o escritório Sílvio Felix Advogados Associados, ora recorrido, patrocinou a defesa de um particular em execução de título extrajudicial promovida pelo banco ora recorrente, tendo o escritório logrado êxito nos embargos à execução, o que lhe rendeu um título judicial de honorários de sucumbência arbitrados em 10% sobre o valor da execução (NCz\$ 507.989.924,56, em valores da época, 1990).

Para executar esse título judicial, o escritório SÍLVIO FELIX contratou um economista e um outro escritório de advocacia, o SAMPAIO PERES ADVOGADOS.

O economista teria atuado na elaboração da memória de cálculos inicial, e como assistente técnico.

O escritório de advocacia patrocinou a execução.

O escritório Sílvio Felix, agora como parte, saiu vencedor, tendo sido julgados improcedentes os embargos à execução opostos pelo banco.

Na sentença desse embargos, contudo, o juízo foi omissivo quanto à condenação do banco vencido a ressarcir as despesas antecipadas pelo vencedor a título de honorários de assistente técnico, tendo a sentença transitado em julgado.

O escritório Sílvio Felix, então, ajuizou uma ação de cobrança para pleitear, não só os honorários do assistente técnico, omitidos na sentença, como também os honorários advocatícios contratuais despendidos com o escritório Sampaio Peres, que atuou na execução de título judicial.

O juízo de origem julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, no que tange ao pedido referente aos honorários do assistente técnico, sob o fundamento de que a sentença proferida nos embargos à execução não teria contemplado essa verba, formando então coisa julgada.

Com relação ao pedido de indenização pelos honorários contratuais, o juízo julgou improcedente o pedido.

O Tribunal de origem, contudo, reformou a sentença para julgar procedentes ambos os pedidos.

Daí a interposição do presente recurso especial, que passo a analisar.

Assiste razão ao banco no que tange ao descabimento da cobrança de ressarcimento de honorários contratuais.

A controvérsia diz respeito aos seguintes dispositivos do Código Civil de 2002:

Art. 389. Não cumprida à obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas

com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

A exegese emprestada pela jurisprudência desta Corte Superior a esses dispositivos é no sentido de que os honorários que integram as perdas e danos são apenas aqueles relativos à atuação extrajudicial do advogado, quando tal atuação tenha efetivamente ocorrido.

No caso da atuação judicial do advogado, a condenação do vencido se limita aos honorários de sucumbência, não havendo previsão legal para se acrescentar uma condenação ao ressarcimento dos honorários contratuais.

Entendeu-se que a parte vencida, ao propor a demanda ou ao oferecer contestação, não age ilícitamente, pois exerce o direito constitucional de ação/defesa (art. 5º, incisos XXX e LV), valendo então o brocardo romano “*non videtur malum facere, qui jure suo utitur*” - não parece agir mal quem se utiliza do próprio direito.

Assim, não havendo ilicitude na atuação do vencido, descabe impor-lhe a obrigação de indenizar a parte vencedora pelos prejuízos decorrentes da contratação de advogado.

O acórdão paradigma dessa tese foi sintetizado nos termos da seguinte ementa:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS DE ADVOGADO DO RECLAMANTE, COBRADOS AO RECLAMADO PARA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA JULGADA PROCEDENTE. 1) COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO, A despeito de orientação anterior à EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004, MAS EMBARGOS CONHECIDOS DADA

A PECULIARIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA; 2) INEXISTÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR, NO ÂMBITO GERAL DO DIREITO COMUM, RESSALVADA INTERPRETAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO; 3) IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO JULGADO PARADIGMA; 4) EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA IMPROVIDOS.

1.- Embora, após a Emenda Constitucional 45/2004, competente a Justiça do Trabalho para dirimir questões atinentes a cobrança ao reclamado de honorários advocatícios contratuais despendidos pelo reclamante para a reclamação trabalhista, conhece-se dos presentes Embargos de Divergência, porque somente ao próprio Superior Tribunal de Justiça compete dirimir divergência entre suas próprias Turmas.

2.- No âmbito da Justiça comum, impossível superar a orientação já antes firmada por este Tribunal, no sentido do descabimento da cobrança ao reclamado de honorários advocatícios contratados pelo reclamante: para a Reclamação Trabalhista, porque o contrário significaria o reconhecimento da sucumbência por via oblíqua e poderia levar a julgamentos contraditórios a respeito do mesmo fato do patrocínio advocatício na Justiça do Trabalho.

3.- Manutenção do Acórdão Embargado, que julgou improcedente ação de cobrança de honorários contratuais ao reclamado, a despeito da subsistência do julgamento paradigma em sentido diverso, pois não sujeito à devolução recursal nestes Embargos de Divergência.

4.- Embargos de Divergência improvidos.

(EREsp 1.155.527/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Segunda Seção, DJE 28/06/2012)

Esse entendimento vem sendo seguido pelos órgãos fracionários desta Corte Superior, conforme se verifica, ilustrativamente, nos seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER E REPARAÇÃO CIVIL. DANOS

MORAIS E MATERIAIS. PROVEDOR DE SERVIÇOS DE *INTERNET*. REDE SOCIAL “ORKUT”. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CONTROLE EDITORIAL. INEXISTÊNCIA. APRECIÇÃO E NOTIFICAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE. ART. 19, § 1º, DA LEI Nº 12.965/2014 (MARCO CIVIL DA *INTERNET*). INDICAÇÃO DA URL. MONITORAMENTO DA REDE. C E N S U R A PRÉVIA. IMPOSSIBILIDADE. RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS. NÃO CABIMENTO.

1. Cuida-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais e materiais, decorrentes de disponibilização, em rede social, de material considerado ofensivo à honra do autor.

2. A responsabilidade dos provedores de conteúdo de *internet* em geral depende da existência ou não do controle editorial do material disponibilizado na rede. Não havendo esse controle, a responsabilização somente é devida se, após notificação judicial para a retirada do material, mantiver-se inerte. Se houver o controle, o provedor de conteúdo torna-se responsável pelo material publicado independentemente de notificação. Precedentes do STJ.

3. Cabe ao Poder Judiciário ponderar os elementos da responsabilidade civil dos indivíduos, nos casos de manifestações de pensamento na *internet*, em conjunto com o princípio constitucional de liberdade de expressão (art. 220, § 2º, da Constituição Federal).

4. A jurisprudência do STJ, em harmonia com o art. 19, § 1º, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), entende necessária a notificação judicial ao provedor de conteúdo ou de hospedagem para retirada de material apontado como infringente, com a indicação clara e específica da URL - Universal Resource Locator.

5. Não se pode impor ao provedor de *internet* que monitore o conteúdo produzido pelos usuários da rede, de modo a impedir, ou censurar previamente, a divulgação de futuras manifestações ofensivas contra determinado

indivíduo.

6. A Segunda Seção do STJ já se pronunciou no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora.

7. Recurso especial provido. (REsp 1.568.935/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MANUTENÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. PERÍODO EXÍGUO. VALOR FIXADO. RAZOABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. RESTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO EM RAZÃO DE PROCESSO REPETITIVO EM TRÂMITE NO STJ. DESNECESSIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite, excepcionalmente, em recurso especial, o reexame do valor fixado a título de danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que a verba indenizatória, consideradas as circunstâncias de fato da causa, foi estabelecida pela instância ordinária em conformidade com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

2. A Segunda Seção do STJ já se pronunciou no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora.

3. A suspensão determinada pelo art. 543-C do CPC aos processos que cuidam de matéria repetitiva orienta-se às causas que ainda não ascenderam aos tribunais superiores.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 810.591/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 15/02/2016)

Na linha desses julgados, observa-se o

acórdão recorrido encontra-se em dissonância com a jurisprudência desta Corte Superior, sendo de rigor o provimento do recurso especial para excluir a condenação ao ressarcimento dos honorários contratuais.

De outra parte, quanto aos honorários de “assistente técnico”, a controvérsia diz respeito ao art. 20, *caput* e § 2º, do Código de Processo Civil de 1973, abaixo transcrito:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 2º As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.

Sob a ótica do banco recorrente, não tendo havido condenação expressa ao ressarcimento dos honorários do “assistente técnico”, a questão estaria revestida pelo manto da coisa julgada, não sendo cabível deduzir essa pretensão em ação autônoma.

O Tribunal de origem, porém, entendeu que a ação de cobrança seria cabível, justamente porque a sentença foi omissa.

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho do acórdão recorrido:

13. *In casu*, verifica-se que o apelado (banco) foi condenado apenas em custas e honorários advocatícios, mas não nas despesas processuais. Portanto, descabido extinguir o feito, baseando-se na coisa julgada.

14. Ressalta-se que, as despesas com o assistente técnico são adiantadas pela parte que o indicou e ressarcidas pelo vencido, nos termos dos artigos 20, §2º combinado com 33

do CPC. Como não houve condenação em despesas, cabível esta ação autônoma de cobrança.

15. Diante disso, é cabível a condenação em R\$550.000,00 pelas despesas com o assistente técnico (f.1455 do Processo em apenso). Tal valor não é excessivo diante do valor executado (R\$11.369.624,61) e da complexidade dos quesitos. (f. 149)

Com efeito, a controvérsia acerca omissão da sentença no que tange aos honorários de sucumbência encontra-se pacificada nesta Corte Superior, nos termos da Súmula 453/STJ, abaixo transcrita:

Súmula 453/STJ - Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria.

Esse entendimento era defendido por PONTES DE MIRANDA, que sustentava ser cabível apenas ação rescisória, por violação literal ao art. 20 do CPC/1973, no caso de uma sentença transitada em julgado com omissão quanto aos honorários de sucumbência.

Confira-se, a propósito, a seguinte passagem da obra doutrinária daquele saudoso e célebre doutrinador:

Se a sentença não incluiu os honorários do advogado, ou de todos os que serviram às partes, ou à mesma parte (em tempos diferentes), cabe recorrer dela. A condenação não é ‘*ex lege*’: é ato que a lei ordena seja praticado pelo juiz. [...] se o juiz deixa de condenar e o autor não reclamou, em recurso, passa em julgado a sentença; se recorreu e perdeu, a sentença só é suscetível de ser impugnada em ação rescisória. (**Comentários ao Código de Processo Civil**: tomo I. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 538)

Como se verifica nessa passagem doutrinária, o entendimento não se funda em nenhuma particularidade dos honorários de sucumbência, mas apenas no dever legal, imposto ao juiz, de condenar o vencido ao pagamento dos encargos sucumbenciais.

Desse modo, considerando-se que tanto os honorários advocatícios como os honorários do assistente técnico estavam contemplados no art. 20 do Código de Processo Civil de 1973, não se vislumbra motivo para que seja dado tratamento diferenciado à obrigação de ressarcir as despesas com o assistente técnico.

É de se estender, portanto, o entendimento firmado na Súmula 453/STJ, aos honorários do “assistente técnico”.

Assim, não é cabível a cobrança dessa parcela da sucumbência em ação autônoma, se omissa a sentença, como no caso dos autos.

Mencione-se a existência de julgado em sentido contrário ao ora proposto, porém do longínquo ano de 2006 (AgRg no REsp 827.129/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, DJ 07/11/2006).

Por fim, observa-se que o Código de Processo Civil de 2015 deu tratamento diverso à matéria, admitindo expressamente o ajuizamento de ação de cobrança, em caso de omissão da sentença (art. 85, § 18).

Destarte, o recurso especial merece ser provido para se restabelecer os comandos da sentença.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial para se restaurar os comandos da sentença.

É o voto.

AgInt no RE nos EDcl no AgInt no RE-CURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 51.720 - RJ (2016/0209060-9)

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. TEMA 339/STF. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. TEMA 660/STF. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA. TEMA 318/STF.

1. O atendimento ao comando normativo contido no inciso IX do art. 93 da Carta da República - e art. 5º, inciso XXXV, da Lex Maxima - exige que as decisões judiciais estejam alicerçadas, ainda que de maneira sucinta, em fundamentação apta à solução da controvérsia, embora a consecução de tal desiderato não imponha ao órgão julgador o exame minudente de todas as alegações veiculadas pelas partes (Tema 339/STF).

2. As razões de decidir consignadas no aresto impugnado revelam a adoção de fundamentação satisfatória ao deslinde da controvérsia, sendo certo que a prolação do citado provimento judicial, ao contrário do que pretende fazer crer a parte recorrente, observou corretamente, conforme preconizado pelo Pretório Excelso, a devida entrega da prestação jurisdicional.

3. O Supremo Tribunal Federal já declarou que não existe repercussão geral acerca de questões relativas à ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, bem como dos limites da coisa julgada, quando o julgamento da demanda estiver sujeito à prévia análise da correta incidência de regras infraconstitucionais, tal como pretende a recorrente.

4. Inexiste violação direta ao texto

constitucional, visto que o STF, no julgamento do AI 800.074 RG/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 3/12/2010, consignou a ausência de repercussão geral sobre os requisitos de admissibilidade do *mandamus* (Tema 318/STF).

Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de AgInt no RE nos EDcl no AgInt no Recurso em Mandado de Segurança nº 51.720 – RJ, em que é Agravante: Carla de Almeida Pimentel Zarbinato e Agravado: Estado do Rio de Janeiro, acordam os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, HERMAN BENJAMIN, JORGE MUSSI, OG FERNANDES, MAURO CAMPBELL MARQUES, BENEDITO GONÇALVES, RAUL ARAÚJO, FELIX FISCHER e NANCY ANDRIGHI votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros FRANCISCO FALCÃO, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO e LUIS FELIPE SALOMÃO.

Brasília (DF), 07 de março de 2018 (Data do Julgamento).

MINISTRA LAURITA VAZ
Presidente

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Vice-Presidente

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de agravo interno interposto por

CARLA DE ALMEIDA PIMENTEL ZARBINATO contra decisão monocrática de minha relatoria que apreciou recurso extraordinário interposto com o objetivo de reformar acórdão do Superior Tribunal de Justiça ementado nos seguintes termos (f. 764, e-STJ):

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DA PRETERIÇÃO ARBITRÁRIA E IMOTIVADA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

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 - Consoante entendimento consolidado no âmbito desta Corte, o candidato aprovado fora do número das vagas previstas no edital possui mera expectativa de direito à nomeação, devendo demonstrar a existência de cargo efetivo vago e que a quantidade de contratações irregulares seriam suficientes para alcançar a classificação obtida.

III - *In casu*, não existe prova pré-constituída a indicar preterição arbitrária e imotivada da Impetrante. Ausência de direito líquido e certo.

IV - A agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IV - Agravo Interno improvido.”

Os embargos de declaração foram rejeitados (f. 795, e-STJ).

A decisão agravada negou seguimento ao recurso extraordinário nos termos da seguinte ementa (f. 839, e-STJ):

“MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. TEMA 339/STF. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 660/STF. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROVÉRSIA RESTRIITA AO EXAME DE LEGISLAÇÃO INFRA-CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 318/STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.”

Sustenta a agravante, em síntese, “o direito à nomeação da recorrente no cargo almejado pela mesma, eis que está sendo preterida em seu direito, diante da reiterada designação de servidores *ad hoc* para o desempenho das funções do cargo. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já manifestou o reconhecimento da repercussão geral do tema” (f. 853, e-STJ).

Ressalta que o acórdão que julgou os embargos declaratórios impediu o exercício das garantias da inafastabilidade da prestação jurisdicional, do contraditório e da ampla defesa, e da motivação suficiente dos atos decisórios, insculpidas nos arts. 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da CF/88, porquanto não sanou os vícios apontados pela ora recorrente.

Pugna pelo regular processamento do recurso extraordinário.

A parte agravada, instada a manifestar-se, apresentou impugnação (f. 863-865, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. TEMA 339/STF. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. TEMA 660/STF. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA. TEMA 318/STF.

1. O atendimento ao comando normativo contido no inciso IX do art. 93 da Carta da República - e art. 5º, inciso XXXV, da Lex Maxima - exige que as decisões judiciais estejam alicerçadas, ainda que de maneira sucinta, em fundamentação apta à solução da controvérsia, embora a consecução de tal desiderato não imponha ao órgão julgador o exame minudente de todas as alegações veiculadas pelas partes (Tema 339/STF).

2. As razões de decidir consignadas no aresto impugnado revelam a adoção de fundamentação satisfatória ao deslinde da controvérsia, sendo certo que a prolação do citado provimento judicial, ao contrário do que pretende fazer crer a parte recorrente, observou corretamente, conforme preconizado pelo Pretório Excelso, a devida entrega da prestação jurisdicional.

3. O Supremo Tribunal Federal já declarou que não existe repercussão geral acerca de questões relativas à ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, bem como dos limites da coisa julgada, quando o julgamento da demanda estiver sujeito à prévia análise da correta incidência de regras infraconstitucionais, tal como pretende a recorrente.

4. Inexiste violação direta ao texto constitucional, visto que o STF, no julgamento do AI 800.074 RG/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 3/12/2010, consignou a ausência de repercussão geral sobre os requisitos de admissibilidade

de do *mandamus* (Tema 318/STF).

Agravo interno improvido.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Sem razão a agravante.

Consoante consignado na decisão ora agravada, quanto à alegada ofensa ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal por violação do dever de fundamentação no acórdão recorrido, observa-se que a questão foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, no regime da repercussão geral, por ocasião do julgamento do AI-RG-QO n. 791.292/PE, relatado pelo Ministro GILMAR MENDES nos termos da seguinte ementa, *in verbis*:

“Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LV do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral.” (STF, AI 791.292 QO-RG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJe de 13/8/2010 - Tema n. 339 da sistemática da repercussão geral.)

Nos termos da jurisprudência firmada pelo Pretório Excelso, o atendimento ao comando normativo contido no inciso IX do art. 93 da Carta da República - e art. 5º, inciso

XXXV, da *Lex Maxima* - exige que as decisões judiciais estejam alicerçadas, ainda que de maneira sucinta, em fundamentação apta à solução da controvérsia, embora a consecução de tal desiderato não imponha ao órgão julgador o exame minudente de todas as alegações veiculadas pelas partes (Tema 339/STF).

Assim, para efeito de análise de conformidade da decisão com o decidido sob o regime de repercussão geral, deve ser verificado se o aresto atacado possui motivação suficiente à solução da controvérsia ou se, à míngua da satisfação desse requisito, caracterizou-se a afronta ao princípio constitucional inscrito no inciso IX do art. 93 da Carta Magna.

Nesse sentido, os seguintes precedentes da Suprema Corte:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL SOBRE OS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSOS DE CORTES DIVERSAS. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, XXXV, LIV, LV E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. CONTRARIEDADE AO ART. 93, IX, DA LEI FUNDAMENTAL. ACÓRDÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

IV - A exigência do art. 93, IX, da Constituição, não impõe seja a decisão exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador informe de forma clara e concisa as razões de seu convencimento.

V - Agravo regimental improvido.”

(AI 819.102 AgR/RS, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 11/4/2011, sem grifos no original.)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RE-

CURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. OFENSA REFLEXA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 636 DO STF. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. OFENSA REFLEXA. ARGUIÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PARA REAFIRMAR A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE RECURSOS INTERPOSTOS NO BOJO DE AÇÕES JUDICIAIS CONTRA ATOS DISCIPLINARES MILITARES. A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL DEVE SER FIXADA NO ÂMBITO DOS ESTADOS. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. FALTA RESIDUAL. SÚMULA 18 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

3. A matéria relativa à nulidade por negativa de prestação jurisdicional por ausência de fundamentação teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário, no julgamento do AI 791.292 QO-RG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 12/08/2010. Naquela assentada, reafirmou-se a jurisprudência desta Suprema Corte, no sentido de que o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

[...]

9. Agravo regimental desprovido.” (ARE 664.930, AgR, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 9/11/2012.)

Importante consignar que, nesta fase processual, a análise da questão constitucional ora em comento está adstrita à aferição da existência, ou não, de fundamentação suficiente para lastrear o acórdão recorrido. Por conseguinte,

a verificação do acerto ou desacerto da motivação adotada no provimento judicial atacado extrapola os limites da cognição inerente ao juízo de admissibilidade exercido por esta Vice-Presidência.

Verifica-se, portanto, que o acórdão recorrido apresenta fundamentação suficiente para justificar o não provimento do agravo interno no recurso em mandado de segurança. Senão, vejamos (f. 767-773, e-STJ):

“Com efeito, o acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual o candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, em razão de possuir mera expectativa de direito à nomeação, deve demonstrar a existência de cargo efetivo vago e que a quantidade de contratações precárias irregulares seriam suficientes para alcançar a classificação obtida pela parte Impetrante, de modo a possibilitar a análise da alegada preterição, haja vista a vedação de dilação probatória na via mandamental.

(...)

Otrossim, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao rito da repercussão geral (RE nº. 837311/PI), fixou orientação no sentido de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.

(...)

No caso em exame, não existe prova pré-constituída a indicar preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração, que

possui justos motivos para não convocar os demais candidatos aprovados fora do número de vagas, razão pela qual ausente o direito líquido e certo à nomeação.”

Logo, as razões de decidir consignadas no aresto impugnado revelam a adoção de fundamentação satisfatória ao deslinde da controvérsia, sendo certo que a prolação do citado provimento judicial, ao contrário do que pretende fazer crer a parte recorrente, observou corretamente, conforme preconizado pelo Pretório Excelso, a devida entrega da prestação jurisdicional.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já declarou que não existe repercussão geral acerca de questões relativas à ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, bem como dos limites da coisa julgada, quando o julgamento da demanda estiver sujeito à prévia análise da correta incidência de regras infraconstitucionais, tal como pretende o recorrente.

A propósito, ementa de julgado da Suprema Corte:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS COM AGRAVOS. ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. SOLDADO. VALOR. VENCIMENTO BÁSICO DE REFERÊNCIA (VBR). PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. ÔNUS DA PARTE RECORRENTE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADQUIRIDO, DO ATO JURÍDICO PERFEITO, DA COISA JULGADA, DA LEGALIDADE, DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL NEGADA (ARE 748.371, REL. MIN. GILMAR MENDES, TEMA 660). ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 37, CAPUT, DA

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA REFLEXA. SÚMULA 636/STF. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA NO ARE 694.450-RG/PE (REL. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, TEMA 601). AGRAVO REGIMENTAL DOS SEGUNDOS AGRAVANTES. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS SUFICIENTES DA DECISÃO AGRAVADA. CPC/2015, ART. 1.021, §1º. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DOS AUTORES NÃO CONHECIDO.” (ARE 838.156 AgR-segundo, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 9/8/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 26/8/2016 PUBLIC 29/8/2016.)

Do mesmo modo, como a decisão recorrida concluiu no sentido de que está “ausente o direito líquido e certo à nomeação” (f. 773, e-STJ), inexistiu violação direta ao texto constitucional, visto que o STF, no julgamento do AI 800.074 RG/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 3/12/2010, consignou a ausência de repercussão geral sobre os requisitos de admissibilidade do *mandamus* (Tema 318/STF).

A propósito, excerto do voto condutor:

“Em que pese a ação mandamental ser um remédio constitucional por excelência, a admissibilidade do *writ* se relaciona com a Constituição Federal apenas de forma mediata, porque as normas processuais atinentes ao seu cabimento são disciplinadas pela Lei nº. 12.016/2009.

Ademais, a análise da demonstração do direito líquido e certo ou da existência de prova pré-constituída exige o revolvimento de provas, inviável em sede de recurso extraordinário.

(...)

Portanto, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que discussões acerca do cabimento ou não de *mandamus* são afetas à legislação processual, ofendem a Constituição Federal somente de forma reflexa e, comumente, demandam a análise de provas.

(...)

Neste caso, tratando-se de mera verificação de pressupostos da petição inicial do mandado de segurança, manifesto-me pela inexistência de repercussão geral da questão, ante a impossibilidade do exame, por esta Corte, de matéria infraconstitucional.”

A ementa do paradigma:

“Requisitos de admissibilidade. Mandado de segurança. Revisão. Recurso Extraordinário. Não cabimento. Matéria infraconstitucional. Inexistência de repercussão geral.” (AI 800.074 RG/SP, CORTE ESPECIAL, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 3/12/2010.)

A título de reforço:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO RESERVA. PRETERIÇÃO DE CANDIDATO. INCURSIONAMENTO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMISSIBILIDADE. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO AI 800.074. MULTA DO ARTIGO 557, § 2º, DO CPC/1973. APLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.” (RE 929.614 AgR, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/4/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159, divulgado em 29/7/2016, publicado em 1º/8/2016.)

“3. Quanto à questão relativa aos re-

quisitos de admissibilidade de mandado de segurança, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o AI 800.074-RG, Rel. Min. GILMAR MENDES, assentou a ausência de repercussão geral da matéria.” (RE 860.422 AgR, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 28/4/2015, Acórdão Eletrônico DJe-096, divulgado em 21/5/2015, publicado em 22/5/2015.)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno. É como penso.

É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Vice-Presidente

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.223.554 - RJ (2017/0326611-5)

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. QUEDA DE PASSAGEIRA DO COLETIVO. DANOS MORAIS. ALTERAÇÃO DO *QUANTUM* ARBITRADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº. 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. O *quantum* indenizatório arbitrado na instância ordinária, a título de danos morais, ó pode ser examinado nesta Corte nos casos em que o valor for irrisório ou exorbitante, o que não ocorre no caso dos autos, haja vista que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade foram observados. Incidência da Súmula nº 7/STJ.

2. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, de AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.223.554 – RJ, em que é Agravante: Antonia de Araújo Chaves e Agravado: Transportes Santa Maria Ltda., acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros MOURA RIBEIRO, NANCY ANDRIGHI e PAULO DE TARSO SANSEVERINO votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Brasília, 17 de abril de 2018 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
Relator

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.223.554 - RJ (2017/0326611-5)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo interno interposto por Antonia de Araújo Chaves contra decisão monocrática proferida por esta relatoria, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, f. 645):

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. QUEDA DE PASSAGEI-

RA DO COLETIVO. 1. DANOS MORAIS. ALTERAÇÃO DO *QUANTUM* ARBITRADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº.7 DO STJ. 2. REDISTRIBUIÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA Nº 7/STJ. 3. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.

Nas razões do agravo (e-STJ, f. 445-450), a insurgente sustenta que “pretende a aplicação do direito violado à espécie, não havendo qualquer necessidade de se incursionar na seara fático-probatória, realçando-se que a quantia de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), fixada a título de indenização por danos morais não observa os critérios da razoabilidade e proporcionalidade e a extensão do dano suportado, negando vigência ao disposto no art. 944, do Código Civil, e ao art. 6º, VI, da Lei nº 8.078/1990, visto que suportou, em razão do ato ilícito praticado pela ora agravada, trauma em joelho direito e ombro direito, que evoluiu para dor e cervicalgia, ficando incapacitada total e temporariamente durante 10 (dez) dias” (e-STJ, f. 448).

Não foi apresentada impugnação ao agravo interno.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Os argumentos trazidos não são capazes de modificar as conclusões da deliberação unipessoal.

É certo que o *quantum* indenizatório arbitrado na instância ordinária, a título de danos morais, só pode ser examinado nesta Corte nos casos em que o valor for irrisório ou exorbitante.

A respeito, destacam-se os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATO ILÍCITO. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. CERCEAMENTO DE DEFESA. REVISÃO DAS PROVAS. SÚMULA Nº. 7/STJ. SÚMULA Nº. 385/STJ. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. DANO MORAL. *QUANTUM* ARBITRADO. REVISÃO. INVIABILIDADE.

1. Aplica-se a Súmula nº. 7 do STJ na hipótese em que o acolhimento da tese versada no recurso especial reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda.

2. A Súmula nº. 385/STJ somente é aplicável às hipóteses em que a indenização é pleiteada do órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito que deixa de proceder à notificação prevista no art. 43, § 2º, do CDC antes de efetivar a anotação do nome do devedor. Inexiste interesse de agir da parte em apresentar provas na apelação, visando à incidência da referida súmula.

3. O *quantum* arbitrado pelo juiz a título de indenização por danos morais deve ser fixado de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, cabendo ao STJ examinar apenas os valores indenizatórios irrisórios ou exorbitantes.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp nº. 1.436.158/SC, Relator o Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira Turma, julgado em 2/9/2014, DJe 9/9/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. DOENÇA PREEXISTENTE. EXAME PRÉVIO. NEGATIVA DE COBERTURA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. VALOR.

REVISÃO NÃO CABIMENTO.

1. A alteração das conclusões do acórdão recorrido no sentido de considerar ausente a comprovação de doença preexistente, e configurada a urgência que justificou o tratamento fora da rede credenciada, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, procedimento vedado no âmbito do recurso especial (Súmula nº 7/STJ).

2. A ausência do requisito do prequestionamento do tema relativo ao prazo de carência para a cobertura de doença preexistente (Lei nº 9.656/98, art. 11), que não foi objeto de exame pelo acórdão recorrido, impede o conhecimento do recurso especial, no ponto (Súmulas nº 211/STJ e 356/STF).

3. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp nº. 144.418/MT, Relatora a Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe de 9/9/2014)

Dito isso, o Tribunal estadual, analisando as peculiaridades do caso concreto, manteve o *quantum* indenizatório em R\$ 8.000,00 (oito mil reais), conforme se colhe dos excertos do aresto recorrido (e-STJ, f. 281-330):

[...]

É inegável, portanto, a responsabilidade da Ré na produção do resultado lesivo, que, fugindo à normalidade, causou a Autora sofrimento físico e emocional, os quais não podem ser ignorados pelo julgador. De sorte que a sentença deu a solução que se impunha com relação à responsabilidade da concessionária

de transporte público na produção do evento danoso e o dever de indenizar.

Tecidas as considerações acima, passo à análise do mérito do recurso, que visa tão somente à majoração da indenização por danos morais fixados na sentença, bem como a condenação da Ré ao pagamento de danos materiais.

Pois bem, a jurisprudência deste Tribunal tem assentado o entendimento de que ao Juiz compete estimar o valor da indenização por dano moral, adotando os critérios da prudência e do bom senso, levando-se em consideração que o *quantum* arbitrado representa um valor simbólico. Apesar do grau de subjetivismo que circunda a fixação dos danos morais pelo Juiz deve se levar em conta três fatores que contribuem decisivamente para que ela se dê de forma adequada e justa: capacidade financeira do ofensor, gravidade da conduta, e repercussão do dano.

A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que venha constituir-se enriquecimento sem causa, com manifesto abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, como também não pode ser tão módica a ponto de deixar o ofensor confortável a reincidir na conduta ofensiva, devendo ter repercussão suficiente em seu patrimônio que o faça refletir para evitar a realização de novos danos em casos análogos.

O valor fixado para a indenização por danos morais, não pode se desvirtuar dos seus objetivos. Se por um lado, deve representar uma sanção pela prática de ato ilícito, por outro, há de se configurar uma satisfação moral para a vítima, sem que se transforme em fonte de enriquecimento. O valor da indenização não pode ser inexpressivo, devendo ser suficiente para amenizar a dor sofrida, e desestimular a reincidência da ofensa, não pode ser expressivo, tendo em vista que sua finalidade não é a obtenção de um ganho fácil.

Certamente que a autora experimentou

transtornos e sensações negativas com o episódio de que trata a demanda, que não podem ser considerados como simples percalço da vida cotidiana ou meros aborrecimentos. Tais fatos se amoldam àquelas situações que provocam perturbação de ordem psíquica, bem como ao restrito espectro de situações que possam atingir a honra subjetiva do cidadão, de molde a configurar o cabimento de indenização.

[...]

O direito à integridade física constitui bem juridicamente tutelado e o fato de ter havido violação à incolumidade física do autor gera o direito à indenização por danos morais, ante o constrangimento, dor e sofrimento a que foi submetido. Não importa que as lesões tenham sido de natureza leve, circunstância que há de ser levada em consideração no arbitramento da indenização.

No caso dos autos, apesar do descuido do motorista que colocou em risco a integridade física dos passageiros, do trauma no joelho, ombro direito e da cervicalgia, não restou comprovado nos autos que a autora sofreu sequelas mais graves, razão pela qual, entendo que a indenização fixada em R\$8.000,00 (oito mil reais) traduz a gravidade da ofensa, alcança sua finalidade, surte efeito punitivo e tem caráter pedagógico, já que motiva a uma melhora no fornecimento do serviço prestado pela empresa, a fim de evitar novas ocorrências a outros consumidores e novas demandas judiciais, além de estar de acordo com os parâmetros fixados por esta Corte, para casos semelhantes devendo ser mantido o *quantum* indenizatório.

[...]

Com efeito, o valor indenizatório foi fixado de acordo com as peculiaridades do caso concreto, seguindo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, razão pela qual merece ser mantido.

Portanto, não se mostrando ínfimo o *quantum* arbitrado, sua revisão não prescinde

do revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, medida defesa em recurso especial, por incidir a Súmula n.º 7/STJ.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

**HABEAS CORPUS N.º 424.390 - RJ
(2017/0291605-4)**

Ementa

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. FATOS DELITIVOS PRATICADOS. AGENTE HOMIZIOU-SE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. FUGA ANTERIOR DO DISTRITO DA CULPA. ELEMENTO CONCRETO A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO. ENCERRADA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SÚMULA N.º 52. MATÉRIA SUPERADA. ORDEM DENEGADA.

1. Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elemento extraído da conduta perpetrada pelo acusado, qual seja, a anterior fuga do distrito da culpa, pois o agente teria se homiziado na sequência dos fatos delitivos, demonstrando a necessidade da prisão para a aplicação da lei penal.

2. A questão do excesso de prazo na formação da culpa está superada com o término da instrução criminal, já que o feito em primeiro grau de jurisdição encontra-se em fase de apresentação das alegações finais - juntadas as razões finais do Parquet, apenas restando pendente a apresentação da peça

processual pela defesa do réu -, atraindo a aplicação do enunciado n.º 52 da Súmula desta Corte.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de *Habeas Corpus* n.º 424.390 – RJ em que são Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e Impetrado: A. da S.S.S. (preso), acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, ROGERIO SCHIETTI CRUZ, NEFI CORDEIRO e ANTONIO SALDANHA PALHEIRO votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 24 de abril de 2018 (Data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de A.S. S. S., pontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (HC n.º 0051831-92.2017.8.19.0000).

Colhe-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante, no dia 9/8/2015, pela suposta prática dos crimes de homicídio qualificado e estupro de vulnerável, previstos no artigo 121, § 2.º, incisos II e III, e § 4.º; e no artigo 217-A, ambos do Código Penal - Processo n.º 0045169-20.2015.8.19.0021, da 4.ª Vara Criminal da Comarca de Duque de

Caxias/RJ.

Na data de 11/8/2015, o juízo de primeiro grau convolou a segregação flagrantial o acusado em preventiva (f. 53/54).

Inconformada, a defesa impetrou prévio *writ* no Tribunal de origem, que denegou a ordem, no dia 26/9/2017, em aresto assim sumariado (f. 13/14):

“HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL E MEIO CRUEL. Paciente preso em flagrante, em 10/08/15, pela suposta prática dos crimes previstos no artigo 121, § 2.º, II e III e § 4.º e no artigo 217-A, ambos do Código Penal. A Denúncia narra que, entre os dias 08 e 09 de agosto de 2015, o Paciente praticou diversos atos agressivos contra a vítima K.S.M., de 03 (três) anos de idade, o que resultou na morte deste. O crime teria sido cometido por meio fútil, já que a vítima brincava e brigava com seu irmão e com emprego de meio cruel, inclusive com a imobilização da criança, que teria tido suas pernas amarradas. A competência para o processamento e julgamento da imputação da prática do crime previsto no artigo 217-A foi declinada para uma Vara Criminal comum daquela mesma Comarca. Pretensão de relaxamento da prisão por reconhecimento de constrangimento ilegal ocasionado por demora injustificável no curso do processo, já que a última audiência de continuação foi realizada em 21/08/17, quando o Ministério Público insistiu na oitiva de uma testemunha faltante. Não cabimento. Entendimento pacífico na jurisprudência que não admite a aferição de excesso de prazo na tramitação de um feito e, consequentemente, na custódia cautelar de um réu, somente a partir da mera soma aritmética dos prazos processuais. As informações prestadas pela autoridade apontada como coatora demonstram que os autos vêm seguindo sua marcha sem qualquer intercorrência causada

por desídia ou outro ato equivocadamente por parte do Poder Judiciário ou do Órgão acusatório. Trata-se de apuração de fato complexo, tanto assim que nem mesmo a Defesa do Paciente manifestou sua desistência quanto às testemunhas faltantes às duas audiências anteriormente realizadas, o que torna evidente que a próxima audiência de continuação não se realizará apenas em razão da ausência de testemunha arrolada pelo Ministério Público, mas também para a oitiva de testemunhas faltantes arroladas pela Defesa. Constatação de os autos se encontram com vista à Defesa, desde 22/08/17, ou seja, há mais de 30 (trinta) dias, estando o Juízo aguardando o retorno daqueles para designação de nova audiência. Pretensão subsidiária de concessão de liberdade provisória, com imposição de medidas cautelares alternativas à prisional. Inviabilidade. Presença dos requisitos autorizadores da custódia cautelar, notadamente a garantia da ordem pública, eis que se trata de alguém que tem contra si a gravíssima acusação da prática de um homicídio duplamente qualificado, contra uma criança, além da necessidade de se garantir ainda a instrução criminal e a aplicação da lei penal. DENEGAÇÃO DA ORDEM pleiteada e manutenção da custódia cautelar do paciente.”

No presente *mandamus*, a impetrante pretende o relaxamento do encarceramento cautelar por excesso de prazo na instrução criminal, haja vista que o paciente está preso desde 10/8/2015, ou seja, há pouco mais de 2 (dois) anos, “não havendo previsão, até o momento, de encerramento do *judicium accusationis*” (f. 2).

Sublinha que o caso não denota complexidade, existindo apenas um réu.

Sustenta, ainda, que o decreto prisional carece de fundamentação idônea, não estando presentes os requisitos legais autorizadores da medida extrema, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Invoca o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Pontua serem cabíveis medidas cautelares diversas do encarceramento.

Afirma que o increpado possui residência fixa, inexistindo qualquer indicativo de que pretenda fugir.

Requer, liminarmente e no mérito, o relaxamento ou a revogação da custódia preventiva, “ou que sejam aplicadas as medidas cautelares diversas da prisão, expedindo-se alvará de soltura” (f. 12).

O pedido liminar foi indeferido (f. 79/81), sendo solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, prestadas a f. 99/114, e ao juízo de primeiro grau, trazidas a f. 87/96.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral ROGÉRIO DE PAIVA NAVARRO, pelo não conhecimento do *writ* ou, caso conhecido, pela denegação da ordem (f. 116/123).

Notícias advindas aos autos dão conta de que foi realizada audiência de instrução em 12/3/2018, sendo apresentadas os memoriais finais da acusação, estando o processo criminal no aguardo da juntada das alegações finais defensivas (f. 125/135).

É o relatório.

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ESTU-PRODEVULNERÁVEL. FATOS DELITIVOS PRATICADOS. AGENTE HOMIZIOU-SE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. FUGA ANTERIOR DO DISTRITO

DA CULPA. ELEMENTO CONCRETO A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO. ENCERRADA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SÚMULA N.º 52. MATÉRIA SUPERADA. ORDEM DENEGADA.

1. Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elemento extraído da conduta perpetrada pelo acusado, qual seja, a anterior fuga do distrito da culpa, pois o agente teria se homiziado na sequência dos fatos delitivos, demonstrando a necessidade da prisão para a aplicação da lei penal.

2. A questão do excesso de prazo na formação da culpa está superada com o término da instrução criminal, já que o feito em primeiro grau de jurisdição encontra-se em fase de apresentação das alegações finais - juntadas as razões finais do *Parquet*, apenas restando pendente a apresentação da peça processual pela defesa do réu -, atraindo a aplicação do enunciado n.º 52 da Súmula desta Corte.

3. Ordem denegada.

Voto

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

O objeto desta impetração cinge-se à verificação da fundamentação empregada para o encarceramento provisório do paciente e do excesso de prazo na instrução criminal.

Com relação à menção sobre a carência de fundamentação idônea do *decisum* prisional, confirmam-se os fundamentos declinados, em 11/8/2015, pelo magistrado de primeiro grau ao decretar a prisão preventiva do acusado, *verbis* (f. 53/54):

“(…)

O *periculum in libertatis* deve ser tradu-

zido pelo perigo que a liberdade do indiciado representa nesta fase da instrução criminal, notadamente porque foi o indiciado preso em flagrante pela prática de crime de homicídio qualificado e, sobretudo, por conveniência da instrução criminal, uma vez que, nas palavras do Ministério Público, ‘as testemunhas A S de M e A da C têm relação de amizade com o indiciado e ainda prestarão depoimentos em Juízo, importando destacar que a soltura do indiciado poderá influenciar o depoimento das referidas testemunhas e, conseqüentemente, interferir na busca da verdade real, devendo ser evitado qualquer contato entre eles a fim de resguardar o livre depoimento das mesmas, e para assegurar a aplicação da lei penal, uma vez que o indiciado, ao tomar conhecimento da morte da vítima, fugiu do hospital, indicando, assim, seu intuito de furtar-se à aplicação da lei penal e, também, porque não há nos autos nenhum comprovante de residência e de exercício de atividade laborativa em nome do indiciado, havendo, portanto, o concreto risco de fuga’.

Existem elementos nos autos indicativos de autoria, materialidade e risco para a ordem pública que justificam a manutenção da custódia cautelar dos indiciados.

Noutro giro, entendo que o *periculum libertatis* *suso* demonstrado não autoriza a concessão de medidas cautelares diversas da prisão preventiva, assim estatuídas na regra do art. 319 do CPP, posto que inadequadas e insuficientes no caso em tela.

Por tais motivos, bem como por aqueles aduzidos pelo Ministério Público em sua promoção, que também ficam fazendo parte integrante desta decisão, converto a prisão em flagrante de A. da S. S. S. em prisão preventiva, haja visto estarem presentes os requisitos desta prisão cautelar, elencados na regra do art. 312, *caput*, do Código de Processo Penal que, a seu turno, remete às regras contidas nos artigos 310, inciso II, c.c. o 313, inciso I, ambos do Código de Processo Penal.

Expeça-se mandado de prisão e cumpra-se.

(...)”

Colhem-se estes fundamentos do aresto vergastado (f. 16/20):

“*Habeas corpus* impetrado em favor de A. da S. S. S., apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias.

A Denúncia narra que, entre os dias 08 e 09 de agosto de 2015, o Paciente praticou diversos atos agressivos contra a vítima K.S.M., de 03 (três) anos de idade, o que resultou na morte deste.

O crime teria sido cometido por meio fútil, já que a vítima brincava e brigava com seu irmão e com emprego de meio cruel, inclusive com a imobilização da criança, que teria tido suas pernas amarradas.

Consta ainda imputação da prática do crime previsto no artigo 217-A, contra a mesma vítima, mas o que foi declinado da competência para uma Vara Criminal comum daquela mesma Comarca.

Informa a Impetrante que o Paciente foi preso em flagrante em 10/08/15 e se encontra custodiado desde então.

Aduz que a última audiência de continuação foi realizada em 21/08/17, quando o Ministério Público insistiu na oitiva de uma testemunha faltante, o que estaria ocasionando demora injustificável no curso do processo e ferindo o direito ao tempo razoável do processo.

Diante disso requer o relaxamento da custódia cautelar, por reputá-la ilegal.

Subsidiariamente, obsecra a concessão da liberdade provisória, com a imposição de medidas cautelares alternativas à prisional.

Formulado pleito liminar neste sentido, o que foi indeferido por esta Relatora.

Solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, esta apresentou um resumo da marcha processual dos autos originários e ratificou a presença dos requisitos autorizadores da custódia cautelar.

O Parecer da Procuradoria de Justiça, da lavra da Exma. Procuradora Dra. CLAUDIA BALDAN, é no sentido da denegação da ordem.

Não assiste razão à Impetrante.

Inicialmente, é de se recordar que a jurisprudência pátria já pacificou o entendimento de que somente se configura excesso de prazo a justificar o relaxamento da prisão de um acusado o retardo no andamento processual que decorra de ofensa ao princípio da razoabilidade, consubstanciada em desídia do Poder Judiciário ou do Órgão acusatório, não se admitindo a aferição de tal evento somente a partir da mera soma aritmética dos prazos processuais.

As informações prestadas pela autoridade apontada como coatora demonstram que os autos vêm seguindo sua marcha sem qualquer intercorrência causada por desídia ou outro ato equivocado por parte do Poder Judiciário ou do Órgão acusatório.

Conforme relata o Juízo originário, a Audiência de Instrução e Julgamento foi designada para o dia 21/03/2016. Contudo, não foi possível a realização do ato, porquanto o Ministério Público e a Defesa do Paciente insistiram na oitiva das testemunhas faltantes.

Em 04/07/2016, foi proferida decisão que indeferiu o requerimento do Ministério Público, buscando o declínio de competência da imputação da prática do crime previsto no artigo 217-A do Código Penal.

Já em 13/07/2016, houve a reconsideração de tal decisão, do que resultou o declínio de competência em favor de uma das Varas Criminais comuns daquela Comarca, quanto ao processamento e julgamento da prática daquele delito.

Em 24/11/2016, cumprindo resolução do CNJ, a necessidade da custódia do Paciente foi reavaliada e ratificada.

Por fim, em Audiência de Instrução e Julgamento, realizada em 21/08/17, as testemunhas não compareceram.

Nesta oportunidade, a Defesa manifestou

sua intenção de levar as testemunhas em próxima audiência, independente de intimação, enquanto o Ministério Público insistiu no depoimento do Delegado de Polícia faltante.

Esclareceu ainda o Magistrado de primeira instância que os autos se encontram com vista à Defensoria Pública desde o dia 22/08/2017, havendo de se aguardar o retorno destes para designação de nova audiência.

Ademais, não se pode ignorar a complexidade dos fatos tratados nos autos, tanto assim que a Defesa do Paciente, em momento algum, manifestou sua desistência quanto às testemunhas faltantes às duas audiências anteriormente realizadas. (Anexo I - pastas 022 e 026).

Aliás, ao contrário, a Defesa informou que apresentará suas testemunhas independente de intimação. Ou seja, resta evidente que a próxima Audiência de continuação não se realizará apenas em razão da ausência de testemunha arrolada pelo Ministério Público, mas também para a oitiva de testemunhas faltantes arroladas pela Defesa.

Por fim, cabe destacar que a Defesa se encontra com vista dos autos desde 22/08/17, ou seja, há mais de 30 (trinta) dias, estando o Juízo aguardando o retorno daqueles para designação de nova audiência.

Diante de todo este histórico, o que se verifica é que o feito vem desenvolvendo sua marcha de forma correta e em tempo compatível com a complexidade da causa, que é ratificada pelo longo período que a própria Defesa do Paciente demonstra necessitar para se manifestar.

Ademais, como bem salientou o Juízo originário, remanescem presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar, notadamente a garantia da ordem pública, eis que se trata de alguém que tem contra si a gravíssima acusação da prática de um homicídio duplamente qualificado, contra uma criança, além da necessidade de se garantir ainda a instrução criminal e a aplicação da lei penal.

Destarte, ausente qualquer constrangimento ilegal decorrente da prisão cautelar do

Paciente, bem como inviável a imposição de medidas cautelares alternativas à prisional, mantém-se tal custódia.

Pelo exposto, DENEGO A ORDEM pleiteada e mantenho a custódia cautelar do paciente.”

Verifica-se que foi imposta e mantida a custódia provisória, essencialmente, em razão da eventual influência do réu nos depoimentos testemunhais e da fuga do acusado do hospital, após os fatos delitivos, com o falecimento da vítima. Destacou-se, ainda, o risco para a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal.

Ao que se me afigura, debruçando-me sobre o caso em concreto, a prisão provisória se sustenta, porque nitidamente vinculada à elementos de cautelaridade.

Nunca é demais lembrar que a prisão processual somente pode ser decretada em situações excepcionais, com fulcro em dados concretos. Nesse âmbito, vê-se que a decisão guerreada lastreou-se em elemento extraído concretamente da conduta em tese perpetrada pelo acusado.

De fato, da atenta leitura dos autos, apura-se que o réu homiziou-se para evitar a sua prisão em flagrante, após os fatos delitivos, fugindo do hospital, com a confirmação do falecimento da vítima. Nessa senda, evidente o propósito do acusado de furtar-se à aplicação da lei penal, ao evadir-se na sequência dos eventos criminosos.

Dessarte, estando o decreto prisional lastreado em elementos concretos colhidos dos próprios autos, não há imputar qualquer ilegalidade à custódia. Nesse sentido, confirmam-se estes julgados:

“*HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO DOLOSO. PRISÃO PREVENTIVA. GRA-

VIDADE CONCRETA. RÉU FORAGIDO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, INSTRUÇÃO CRIMINAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que a determinação de encarceramento do réu, antes de transitado em julgado o édito condenatório, deve ser efetivada apenas se presentes e demonstrados os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Não se mostra ilegal a custódia cautelar decretada com o fim de garantir a ordem pública, dada a periculosidade do paciente, manifestada na forma de execução do delito, denotativa da sua singular gravidade - homicídio cometido, em concurso de agentes, mediante golpes de pedradas na vítima, que fora retirada do quarto enquanto dormia, despida e agredida, como simples resultado de uma discussão anteriormente iniciada entre os envolvidos.

3. A prisão preventiva também tem como motivação o regular andamento do feito e a garantia da aplicação da lei penal, diante da fuga do paciente do distrito da culpa após a prática do suposto evento delitivo.

4. *Habeas corpus* denegado.”

(HC 284.021/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 05/12/2014)

“PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CORRUPÇÃO DE MENORES. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. *MODUS OPERANDI*. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PRESENÇA DE MENOR DE IDADE. TENTATIVA DE FUGA.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em

que consiste o *periculum libertatis*.

2. No caso, a prisão preventiva está justificada, pois a decisão que a impôs fez referência à gravidade concreta da conduta imputada ao paciente, qual seja, crime de tráfico de drogas mediante corrupção de menor, tendo sido apreendida considerável quantidade de entorpecentes - 129,66g (cento e vinte e nove gramas e sessenta e seis centigramas) de maconha e 2,71g (dois gramas e setenta e um centigramas) de crack -, além da tentativa de fuga do paciente quando avistou os policiais. Dessarte, evidenciada a sua periculosidade e a necessidade da segregação como forma de acautelar a ordem pública e garantir a aplicação da lei penal.

3. Ordem denegada.”

(HC 412.586/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017)

“*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. MENÇÃO NA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA À QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS (15 TIJOLOS DE MACONHA E 2 TIJOLOS DE CRACK) E À TENTATIVA DE FUGA EMPREENNIDA PELO ACUSADO. ELEMENTOS CONCRETOS SUFICIENTES A JUSTIFICAR A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA.

1. De acordo com reiteradas decisões da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, as prisões cautelares são medidas de índole excepcional, somente podendo ser decretadas ou mantidas caso demonstrada, com base em elementos concretos dos autos, a efetiva imprescindibilidade de restrição ao direito constitucional à liberdade de locomoção.

2. No caso, o Magistrado singular, ao negar ao recorrente o direito de aguardar o julgamento em liberdade, fez menção à quantidade

e variedade de drogas apreendidas (15 tijolos de maconha e 2 tijolos de crack) e à tentativa de fuga empreendida pelo acusado no momento do flagrante, elementos suficientes a justificar a medida cautelar. Precedentes.

3. Ordem denegada.”

(HC 378.080/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 07/02/2017, DJe 16/02/2017)

“*HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. *PERICULUM LIBERTATIS*. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ORDEM DENEGADA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior 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 prisão (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

2. O Juiz de primeira instância apontou concretamente a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, indicando motivação suficiente para justificar a necessidade de manter o paciente cautelarmente privado de sua liberdade, uma vez que ressaltou a gravidade com que os crimes, ao menos em tese, haveriam sido praticados pelo paciente, consubstanciada na tenra idade de ao menos uma das vítimas, nas razões pelas quais os delitos supostamente foram cometidos e no número de golpes de faca desferidos contra cada vítima, a demonstrar, aliada à fuga inicial do paciente do distrito da culpa, a sua periculosidade para a ordem pública e para a instrução criminal.

3. Uma vez pronunciado o réu, não há que se falar em excesso de prazo, tanto porque já encerrada a formação da culpa como porque reavaliados os fundamentos para imposição da restrição mais gravosa à sua liberdade.

4. Ordem denegada.”

(HC 329.727/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017)

“PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS CONSUMADO E TENTADO. PRISÃO CAUTELAR. GRAVIDADE CONCRETA. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Não é ilegal o encarceramento provisório decretado pelo Tribunal *a quo*, por ocasião do provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público estadual, para o resguardo da ordem pública, em razão da periculosidade da paciente, evidenciada pela gravidade *in concreto* dos delitos - dois homicídios qualificados, um consumado e outro tentado, em que a paciente e seu irmão, em tese, na posse de uma arma branca, desferiram diversos golpes nas vítimas, pelo simples fato de uma delas ter-lhes ofendido. Fez-se menção, ainda, à necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, na medida em que, após o crime, permaneceu a paciente em lugar incerto e não sabido, somente tendo sido presa tempos depois, no vizinho Estado de Santa Catarina.

2. Ordem denegada.”

(HC 312.188/PR, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015)

“PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ASSÉDIO DE CRIANÇA COM O FIM DE ATO LIBIDINOSO. ART. 241-D DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRELIMINAR DE INEXISTÊNCIA DO DELITO DE LESÃO CORPORAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE PRISÃO PREVENTIVA. TENTATIVA DE FUGA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O *habeas corpus* não é meio hábil para a reapreciação de matéria de mérito discutida em processo regular ou de valoração das provas ali colhidas. Por ser a presente via desprovida de dilação probatória, ela não é adequada para resolução de controvérsia que dependa de profundo revolvimento do conjunto fático probatório colhido nos autos da ação penal de conhecimento. Ademais, a tese não foi sustentada perante o Tribunal paulista, não cabendo a análise originária por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, evidenciada na tentativa de fuga no momento do flagrante, sendo que o acusado “só foi efetivamente preso porque, ao que consta, colidiu o automóvel que conduzia com outro veículo e não conseguiu evadir-se a pé”, restando demonstrada a necessidade de resguardar a ordem pública e a regular instrução criminal, não havendo que se falar em ilegalidade a justificar a concessão da ordem de *habeas corpus*.

3. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e denegado.”

(HC 349.595/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 07/04/2016, DJe 19/04/2016)

“PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. FUGA ANTERIOR DO DISTRITO DA CULPA. ELEMENTO CONCRETO A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. ORDEM DENE- GADA.

1. Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elemento extraído da conduta perpetrada pela acusada, qual seja, a anterior fuga do distrito da culpa, pois a paciente, conquanto tenha prestado esclarecimentos na fase investigativa, mudou-se para outro Estado

sem informar seu novo endereço, permanecendo em local incerto e não sabido por quase 2 (dois) anos, demonstrando a necessidade da prisão para a aplicação da lei penal.

2. Ordem denegada.”

(HC 423.446/SP, de minha relatoria, sexta turma, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018)

Assim, dadas as particularidades acima citadas, indicativas da necessidade do encarceramento, penso ser inviável a liberação do paciente, visto que existente fundamentação idônea da cautelaridade.

No que se refere ao apontado excesso de prazo, consoante informações acostadas aos autos, o processo criminal encontra-se em fase de apresentação das alegações finais, sendo já juntadas as razões finais do Parquet, apenas restando pendente a apresentação da peça processual pela defesa do réu. Portanto, evidencia-se que a questão da serôdia no feito está superada com o término da instrução criminal.

A propósito, eis o teor do enunciado n.º 52 da Súmula desta Corte Superior de Justiça:

“Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.”

Sobre o tema, confirmam-se os seguintes julgados:

“*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CORRUPÇÃO DE MENORES. EXCESSO DE PRAZO. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *MODUS OPERANDI*. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA CUSTÓDIA AO

REGIME FIXADO NA SENTENÇA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. 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.

2. O processo está aguardando a juntada das alegações finais, atraindo ao caso a incidência da Súmula n. 52 desta Corte Superior de Justiça: ‘Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo’.

3. Esta Quinta Turma possui firme entendimento no sentido de que a manutenção da custódia cautelar por ocasião de sentença condenatória superveniente não possui o condão de tornar prejudicado o writ em que se busca sua revogação, quando não agregados novos e diversos fundamentos ao decreto prisional primitivo. Precedente.

4. Considerando a 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. As instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam que restou demonstrada a maior periculosidade do paciente, diante do *modus operandi* empregado, uma vez que o paciente em conjunto com adolescente, mediante emprego de arma de fogo e grave ameaça à vida, subtraíram bens que estavam em poder do cobrador e de uma

passageira, evidenciando elevada ousadia e maior destemor na prática delitiva, circunstâncias que autorizam a custódia cautelar para garantia da ordem pública. Nesse contexto, forçoso concluir que a prisão processual está devidamente fundamentada na necessidade de garantir a 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.

Habeas corpus não conhecido.”

(HC 378.654/ES, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 04/05/2017, DJe 16/05/2017)

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. *MODUS OPERANDI*. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. SÚMULA 52/STJ. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do artigo 312 do Código de Processo Penal.

II - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, notadamente a periculosidade do recorrente, caracterizada pelo *modus operandi* do delito em tese praticado, estupro de vulnerável, cometido em ambiente familiar, contra criança de 9 anos de idade, sua afilhada.

III - Encerrada a instrução criminal, resta superado o aventado constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, consoante o verbete n.º 52 da Súmula deste Sodalício.

Recurso ordinário desprovido.”

(RHC 75.905/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 08/11/2016, DJe 23/11/2016)

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. EXCESSO DE PRAZO. SÚMULA N.º 52 DO STJ. PREJUDICADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS E GRAVIDADE DO CRIME. QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Encerrada a instrução do processo, tendo o *Parquet* e a defesa apresentado as alegações finais, encontra-se superado o alegado excesso de prazo, nos termos do enunciado sumular n.º 52 desta Corte.

2. Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elemento extraído da conduta perpetrada pelo acusado, qual seja, a gravidade do crime - cifrada na elevada quantidade dos entorpecentes apreendidos: ‘12 tijolos e 1 porção menor de maconha, com peso aproximado de 12,160kg, 2 porções de cocaína a granel, pesando cerca de 627g, 50 pinos de cocaína, com peso aproximado de 108g, 500 pinos de cocaína, pesando cerca de 870 g, 240 pinos de 5g de cocaína, pesando cerca de 1,680kg, 2 porções de crack, com peso aproximado de 131g e 1 galão de cloreto de etila’, além da apreensão de apetrechos relacionados ao delito de tráfico de drogas -, demonstrando-se, assim, a necessidade da prisão para a garantia da ordem pública.

3. Ordem denegada.”

(HC 432.006/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 13/03/2018, DJe 26/03/2018)

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.

**HABEAS CORPUS N° 425.044 - RJ
(2017/0296774-3)**

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (5 G DE COCAÍNA). SENTENÇA. CONDENAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. PROVA OBTIDA DE CONVERSA TRAVADA POR FUNÇÃO “VIVA-VOZ” DO APARELHO CELULAR DO SUSPEITO. DÚVIDAS QUANTO AO CONSENTIMENTO. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE CONSTATADA. AUTOINCRIMINAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. PRETENSÕES SUBSIDIÁRIAS PREJUDICADAS. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prova da conduta de tráfico de drogas foi obtida em flagrante violação ao direito constitucional a não autoincriminação, uma vez que os agentes policiais determinaram que os pacientes reproduzissem, contra si, conversa travada com terceira pessoa pelo sistema “viva-voz” do telefone celular, a qual deu azo à investigação, prisão e condenação dos condenados.

2. Da análise dos autos, tem-se que a abordagem feita pelos milicianos foi obtida de forma involuntária e coercitiva. Não sendo admissível a prova produzida contra o réu, que dependa dele mesmo, se não for realizada de forma voluntária e consciente.

3. Assim, no caso, trata-se de prova contaminada, de acordo como o disposto na essência da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*),

consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que considera inválidas as provas, supostamente consideradas lícitas e admissíveis, mas obtidas a partir de outras declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita.

4. Pretensões subsidiárias - dosimetria, regime e substituição de pena - prejudicadas.

5. Ordem concedida para trancar Ação Penal nº. 0024593-02.2014.8.19.0066 - por falta de justa causa, sem prejuízo de que outra seja deflagrada, desde que por meio de denúncia apta -, bem como a fim de declarar nula toda a prova colhida de forma coercitiva, pela polícia, de conversa travada pelos investigados com terceira pessoa em telefone celular, por meio do recurso “viva-voz”.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de *Habeas Corpus* nº 425.044 – RJ em que é Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e Impetrado: o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Pacientes: Maycon da Silva Guimarães e Igor Vinicius Costa dos Santos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Fará declaração de voto o Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Os Srs. Ministros ROGERIO SCHIETTI CRUZ, NEFI CORDEIRO e MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO.

Brasília, 15 de março de 2018 (data do julgamento).

MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de Maycon da Silva Guimarães e de Igor Vinicius Costa dos Santos, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Barra Mansa/RJ condenou os pacientes como incurso no crime de crime de tráfico de drogas privilegiado (5 g de cocaína - f. 33) às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 167 dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos: prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária (f. 36/51 - Ação Penal nº. 0024593-02.2014.8.19.0066).

Inconformados, o Ministério Público local e defesa interpuseram apelação criminal na colenda Corte de origem, que deu provimento apenas ao recurso ministerial, para afastar a causa de aumento de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, redimensionando as penas a 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa (f. 17/31 - Apelação Criminal nº. 0024593-02.2014.8.19.0066):

APELAÇÃO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ILICITUDE DAS PROVAS. INOCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DAS REPRIMENDAS DESCRITA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06, ASSIM COMO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ACOLHIMENTO. REGIME FECHADO. ABRANDAMENTO. INVIABILIDADE.

De início, impõe-se destacar que não há

que se falar em ilicitude das provas, em decorrência de os policiais militares terem ouvido as conversas realizadas nos aparelhos celulares do apelante Maycon e do apelado Igor Vinícius. Isso porque, a arrecadação de objetos relacionados ao fato criminoso, encontrados durante a situação de flagrante delito é consequência do cumprimento do dever imposto à atividade policial, da mesma forma que o prosseguimento do ilícito durante a ação policial, mediante ligação de usuários à procura de drogas, demanda pronta atuação policial. Nas circunstâncias narradas, não há que se falar em violação à intimidade e ao sigilo telefônico. Restando devidamente comprovado que o apelante e o apelado, em comunhão de ações e desígnios entre si, guardavam e tinham em depósito substância entorpecente, com o escopo de realizar a mercancia ilícita, não pode ser acolhido o pedido absolutório. Por outro lado, a causa especial de diminuição das penas, prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 incide apenas quando constatado que se trata de um fato episódico na vida dos agentes, o que não ocorre no caso dos autos, em que se evidencia que o apelante e o apelado se dedicavam ao exercício de atividades criminosas envolvendo o comércio de entorpecentes, impondo-se o afastamento do aludido redutor. Com o redimensionamento das reprimendas impostas, não se mostra cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois aquelas superam o patamar de 4 (quatro) anos, bem como por não se mostrar suficiente a referida conversão, não se encontrando preenchidos os requisitos elencados nos incisos I e III do artigo 44 da Lei Penal. Por fim, impõe-se a manutenção do regime fechado, estabelecido para o cumprimento das penas referentes ao tráfico ilícito de entorpecentes, crime extremamente grave, equiparado a hediondo, que tem gerado nefastas consequências sociais, sendo certo que regime menos gravoso não seria suficiente para a repressão e prevenção do delito em questão. DESPROVI-

MENTO DO APELO DEFENSIVO E PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL, COM DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO”.

Daí a presente impetração, em que se alega constrangimento ilegal consistente na ilicitude da prova que levou à condenação dos pacientes e na não aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006.

Sustenta-se que [...] os pacientes foram forçados a atender o telefone em “viva-voz” e ainda a levar os policiais responsáveis pela abordagem até a droga, para que fossem apreendidos os entorpecentes referidos na conversa telefônica (f. 6).

Alega-se que a minorante do tráfico privilegiado deveria ser aplicada, uma vez que se trata [...] de réus primários e de bons antecedentes (FAC anexa), não há como se presumir que os Pacientes se dedicavam a atividades criminosas pelo só fato de terem sido presos com 5,0 g (cinco gramas) de cloridato de cocaína, quantidade esta insignificante e que não se presta a demonstrar, com a absoluta certeza, que os pacientes eram contumazes na prática da traficância (f. 9).

Postula-se, então, a concessão liminar da ordem, a fim de que seja redimensionada a pena dos pacientes, com a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado e, conseqüentemente, fixação do regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Em 14/11/2017, indeferi o pedido liminar (f. 8892).

Dispensadas informações, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de ofício (f. 99/107):

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Tráfico de drogas. Abordagem policial. Ligações recebidas nos celulares pelos flagranteados durante a abordagem. Determinação da polícia para que os celulares fossem colocados no modo “viva voz”. Coação. Prova testemunhal de que os policiais ouviram os diálogos. Prova testemunhal considerada na sentença para a condenação. Ofensa ao “princípio da não autoincriminação”. Nulidade absoluta. Confissão e apreensão da droga. Provas derivadas. Nulidade. Parecer pelo não conhecimento do *habeas corpus* e pela concessão da ordem, *ex officio*, a fim de que seja declarada a nulidade da ação penal.

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Busca a impetração a absolvição dos pacientes da imputação de crime de tráfico de drogas (5g de cocaína - f. 33), ao argumento de ilicitude da prova que fundamentou a condenação e, subsidiariamente, o redimensionamento da pena imposta ao paciente - com a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006 (tráfico privilegiado) -, com a consequente fixação de regime inicial aberto de cumprimento de pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Inicialmente, quanto à pretensão de absolvição dos pacientes, ao argumento de nulidade de provas obtidas, o acórdão hostilizado está assim fundamentado (f. 19/20):

[...]

De início, cumpre analisar a alegação de ilicitude das provas, supostamente obtidas com violação à intimidade e ao sigilo telefônico.

Depreende-se do conjunto probatório que os policiais militares, em diligência para apurar denúncia anônima de tráfico ilícito de entorpecentes no “Escadão de São Sebastião”, abordaram o recorrente Maycon e o recorrido Igor Vinícius, após terem visualizado movimentação suspeita. Na ocasião, o celular de Igor Vinícius tocou e foi colocado no modo viva-voz, momento em que puderam escutar o interlocutor falar que queria comprar “pinos”, sendo certo que se seguiram outras chamadas telefônicas durante o flagrante, nas quais os agentes da lei também lograram ouvir conversas, nas quais foi possível identificar que os interlocutores tinham o escopo de realizar a compra de drogas.

Como cediço, configurada a situação de flagrância, deve o direito à intimidade e ao sigilo telefônico sofrer certa limitação, sob pena de tornar inviável a atividade policial. Importa dizer, portanto, que a arrecadação de objetos relacionados ao fato criminoso, encontrados durante a situação de flagrante delito é consequência do cumprimento do dever imposto à atividade policial, da mesma forma que o prosseguimento do ilícito durante a ação policial, através de ligações de usuários à procura de drogas, demanda pronta atuação dos agentes da lei.

Assim, a circunstância de os policiais militares escutarem as conversas provenientes de ligações telefônicas efetuadas por usuários de drogas para os aparelhos celulares do apelante Maycon e do apelado Igor Vinícius, no momento da prisão em flagrante, não constitui ofensa à garantia da intimidade e do sigilo telefônico.

[...]

Ao que se tem, a impetrante questiona a legalidade da prova obtida pela autoridade policial, sem prévia autorização judicial, consistente em ouvir conversa telefônica por meio do recurso “viva-voz” do celular do paciente, da qual se gerou a prisão em flagrante dos réus, a ação penal e a condenação ora hostilizadas.

Também se extrai dos autos que a ativação do recurso “viva-voz” e o atendimento das ligações telefônicas foram determinados pelos agentes policiais (Denúncia de f. 33):

[...]

Policiais Militares receberam notícia anônima sobre a prática do tráfico de drogas no “escadão do São Sebastião” e que os responsáveis eram os indivíduos conhecidos como “MAYQUINHO” e “VINICINHO”, ora denunciados.

Diante da informação os agentes da lei e da ordem se dirigiram ao local, onde encontraram os denunciados. Realizada a abordagem e procedida à revista pessoal, lograram encontrar a quantia de R\$ 52,00 (cinquenta e dois reais). Por ocasião da abordagem os telefones celulares dos denunciados receberam ligações, as quais, por ordem dos policiais, foram atendidas no modo “viva-voz”, quando então os agentes policiais ouviram os interlocutores/chamantes perguntarem sobre o valor da venda de “pinos” de cocaína.

Ato contínuo, os policiais indagaram aos denunciados acerca da existência de substância entorpecente, momento no qual os réus os conduziram até o outro lado da rua, próximo a uma lixeira, onde foi apreendida a droga acima descrita.

[...]

Igualmente, o Magistrado de primeiro grau confirma que os policiais ordenaram que os pacientes atendessem às chamadas telefônicas, inclusive utilizando o recurso “viva-voz” (Sentença f. 37/42):

[...]

PRELIMINARMENTE, REJEITO A ARGUIÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA, pelo fato de os policiais terem atendido as ligações dos aparelhos celulares dos réus.

Sobre as ligações recebidas pelos réus,

em seus aparelhos celulares, no momento da abordagem, e a suposta ilegalidade no atuar dos milicianos, deve-se salientar que a apreensão, no momento do flagrante, de objetos relacionados ao fato criminoso prescinde de autorização judicial. A bem da verdade, nos termos do art. 60, inc. II, do Código de Processo Penal, é dever da autoridade policial proceder à coleta do material apto a comprovar a prática da infração penal. Não houve, portanto, qualquer irregularidade na apreensão do aparelho celular dos réus.

A determinação feita pelos milicianos para que os réus atendessem às ligações recebidas, ou se fazendo passar pelos mesmos, no momento em que os compradores da droga ligavam para eles, outrossim, faz parte da atuação investigativa do agente público que efetua a prisão em flagrante, não configurando, de nenhum modo, quebra do sigilo telefônico.

Nesse ponto, aliás, mister destacar que não se confundem comunicação telefônica com registros telefônicos, objetos esses de proteção jurídica distinta, cabendo somente ao primeiro a proteção disposta no artigo 5º, XII, da Constituição Federal.

[...]

Assim, abordou-os, oportunidade em que um deles conseguiu empreender fuga, permanecendo no local somente os réus. Ao indagá-los a respeito da existência de material entorpecente, os mesmos negaram.

Porém, nesse momento, o aparelho celular do réu Igor tocou, sendo a ligação atendida no viva-voz pelo policial Orlando, na qual o interlocutor indagava “tem pino? Segura dois pino ai pra mim, que to indo no escadão subir ai pra comprar”.

[...]

O depoente tornou a indagar os réus a respeito do tráfico, e ao ligar o aparelho celular do réu Maycon, o qual se encontrava desligado, o mesmo tocou, sendo a ligação atendida no viva-voz.

Disse que o interlocutor pediu ao réu

Maycon que guardasse três pinos de cocaína, pois ele iria buscar a droga.

Nesse momento, o réu Maycon acabou admitindo que estava vendendo a droga, apondo o local no qual a mesma se encontrava. Ao realizar a busca na lixeira, do outro lado da rua, encontrou onze pinos de cocaína no local.

Indagou o réu Maycon sobre o dinheiro da venda, o qual se encontrava na residência do réu.

Assim, conduziu todos para a delegacia, informando que no trajeto, o telefone dos réus tocou por inúmeras vezes, e em todas as ligações atendidas, eram “clientes” querendo droga.

[...]

O policial militar Orlando Rodrigues corroborou integralmente as declarações de seu colega de farda, afirmando que o elemento abordado no escadão admitiu ter ido ao local para comprar drogas com os réus.

Disse que os telefones celulares dos réus não paravam de tocar, e todas às vezes em que as ligações foram atendidas, era sempre um comprador pedindo droga.

Disse que as pessoas que entraram em contato com os réus não foram abordadas, em razão da distância em que os policiais estavam do local, no momento da campana.

[...]

A presente controvérsia já foi dirimida pela Quinta Turma deste Tribunal, para a qual, em casos como o da presente controvérsia, a prova está contaminada, diante do disposto na essência da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que proclama a nódoa de provas, supostamente consideradas lícitas e admissíveis, mas obtidas a partir de outras declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita. Confira-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA OBTIDA DE CON-

VERSA TRAVADA POR FUNÇÃO VIVA-VOZ DO APARELHO CELULAR DO SUSPEITO. DÚVIDAS QUANTO AO CONSENTIMENTO. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE CONSTATADA. AUTOINCRIMINAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESCOBERTA INEVITÁVEL. INOCORRÊNCIA. PLEITO ABSOLUTÓRIO MANTIDO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O Tribunal de origem considerou que, embora nada de ilícito houvesse sido encontrado em poder do acusado, a prova da traficância foi obtida em flagrante violação ao direito constitucional à não autoincriminação, uma vez que aquele foi compelido a reproduzir, contra si, conversa travada com terceira pessoa pelo sistema viva-voz do celular, que conduziu os policiais à sua residência e culminou com a arrecadação de todo material estupefaciente em questão.

2. Não se cogita estar diante de descoberta inevitável, porquanto este fenômeno ocorre quando a prova derivada seria descoberta de qualquer forma, com ou sem a prova ilícita, o que não se coaduna com o caso aqui tratado em que a prova do crime dependeu da informação obtida pela autoridade policial quando da conversa telefônica travada entre o suspeito e terceira pessoa.

3. O relato dos autos demonstra que a abordagem feita pelos milicianos foi obtida de forma involuntária e coercitiva, por má conduta policial, gerando uma verdadeira autoincriminação. Não se pode perder de vista que qualquer tipo de prova contra o réu que dependa dele mesmo só vale se o ato for feito de forma voluntária e consciente.

4. Está-se diante de situação onde a prova está contaminada, diante do disposto na essência da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que proclama a nódoa de provas, supostamente consideradas lícitas e

admissíveis, mas obtidas a partir de outras declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita.

5. Recurso especial desprovido.

(REsp nº. 1.630.097/RJ, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 28/4/2017)

No mesmo sentido é a fundamentação do parecer do Parquet Federal (f. 102/106):

[...]

Na linha da argumentação da Defesa, afigura-se ilegal o procedimento adotado pela polícia durante a abordagem dos pacientes, que em decorrência de ligações recebidas nos aparelhos celulares que traziam consigo foram coagidos a colocá-los no modo “viva voz”.

Em face das conversas travadas por meio dos aparelhos celulares, presencialmente escutadas pelos agentes da lei, a polícia conseguiu: a) a confissão de que estavam ali para praticar a mercancia de drogas; b) a apreensão das drogas que estavam numa lixeira - 5 g de cocaína acondicionada em 11 *ependorfs*.

Importante destacar que essas conversas ouvidas pelos policiais - depois de terem obrigado os pacientes a atenderem as ligações recebidas durante a abordagem no modo “viva voz” dos celulares -, foram objeto de prova testemunhal prestada em juízo.

E a sentença (f. 37/38) tomou essa prova testemunhal para a condenação dos pacientes, então réus, pela prática do crime de tráfico de drogas.

[...]

Sobre o teor dessa prova testemunhal, verifica-se que o procedimento adotado pela polícia padece de nulidade. Ilustrativamente, consta dos autos “[...] mas nesse momento, o telefone do apelado Igor Vinicius tocou e o colega de farda Orlando pegou e atendeu e colocou no viva-voz [...] que na Delegacia, o telefone tocou mais ou menos umas quinze vezes e o inspetor também chegou a atender e

eram pessoas querendo comprar drogas [...]” (f. 24/25)

E o ponto determinante dessa conclusão sobre a nulidade não está no fato de os policiais terem presenciado o diálogo pelo “viva voz” dos celulares dos pacientes com eventuais compradores de drogas; mas no fato de os terem coagido: a) a atender as ligações recebidas durante a abordagem e b) colocare no modo “viva voz”.

No caso, o ponto fulcral não é o direito à intimidade, mas o “princípio da não autoincriminação”.

[...]

Com efeito, a prova testemunhal prestada em juízo pelos policiais sobre os diálogos presenciados por meio dos dispositivos “viva voz” dos celulares - em face da marca da coação - é inidônea e não pode ser usada contra os pacientes.

Por outras palavras, diante do princípio da não autoincriminação tal prova é absolutamente nula.

E mais! Considerando que o teor dessa prova testemunhal foi o antecedente lógico e inafastável que levou a polícia a obter uma segunda prova, qual seja, a confissão de que os pacientes praticavam a mercancia de drogas no local, resulta que também essa prova está eivada de nulidade.

Uma última prova também derivada das anteriores foi a apreensão da droga, encontrada em uma lixeira.

Os policiais a encontraram após terem coagido os pacientes a atenderem os celulares no “viva voz”, o que resultou na confissão da mercancia e na apreensão da droga, constitutiva da materialidade do crime.

Logo, a apreensão da droga, por derivação, igualmente, está contaminada por nulidade.

Repare-se que a sentença e o v. acórdão construíram a inteligência sobre os fatos em que se amparou a ação criminal, exatamente a partir da primeira prova - testemunho dos policiais - sobre o que ouviram presencialmente a partir dos diálogos travados por meio do “viva

voz” dos celulares dos pacientes, ativado mediante coação.

Dentro das relações fático-processuais estabelecidas nos autos - testemunhos dos policiais, confissão dos ora pacientes, apreensão da droga -, não há como cindir essas provas.

Nula a prova testemunhal; nulas, também, a confissão e a apreensão da droga.

A propósito, vem a calhar o entendimento do STJ, por meio do aresto seguinte, que declara a nulidade de prova obtida mediante a escuta de conversa coativamente imposta para ser realizada por meio de dispositivo “viva voz” de celular, por ofensa direta ao princípio da não autoincriminação. [...]

Esta Corte Superior trata o sigilo das comunicações de forma legalista, ou seja, [...] observadas as normas legais e a prévia autorização judicial, é possível seu afastamento e a utilização das provas dela obtidas, sendo consideradas lícitas para fins de incriminação no Direito Penal (REsp nº. 1.630.097/RJ, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 28/4/2017).

Ademais, a Corte já apreciou questão do acesso a informações constantes de aparelho celular sem autorização judicial - considerando ilícita [...] a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial (RHC nº. 51.531/RO, Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 9/5/2016) [...] - e também inadmissíveis as provas obtidas de forma ilícita, com violação à Constituição Federal e às normas legais, assim como aquelas originalmente lícitas, mas que derivam das ilícitas, devendo ser desentranhadas dos autos quando evidenciado o nexo de causalidade entre elas e, também, quando as derivadas não puderem ser obtidas senão por meio daquelas.

Assim, são inadmissíveis tanto as provas ilícitas, com violação à Constituição Federal e às normas legais, assim como aquelas origina-

riamente lícitas, mas que derivam das ilícitas, teoria dos [...] frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). Concluindo-se que, sem consentimento do réu ou prévia autorização judicial, é ilícita a prova colhida de forma coercitiva pela polícia de conversa travada pelo investigado com terceira pessoa em telefone celular, por meio do recurso “viva-voz” (REsp nº. 1.630.097/RJ, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 28/04/2017).

Em relação às demais pretensões - dosimetria, regime inicial e substituição de pena -, observa-se que foram requeridas como pretensão subsidiária, restando prejudicada a apreciação dessas neste momento.

Pelo exposto, concedo a ordem para trançar Ação Penal nº. 0024593-02.2014.8.19.0066 - por falta de justa causa, sem prejuízo de que outra seja deflagrada, desde que por meio de denúncia apta -, bem como a fim de declarar nula toda a prova colhida de forma coercitiva, pela polícia, de conversa travada pelos investigados com terceira pessoa em telefone celular, por meio do recurso “viva-voz”.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (PRESIDENTE):

Faço questão de, em apenas 10 segundos, registrar que não comungo do entendimento de Vossa Excelência. Só para que não fique, pelo silêncio, parecendo que eu acompanharia essa conclusão.

Não me parece que no momento da prisão se perca o direito à intimidade ou à privacidade e, muito menos, se quebrem as garantias de restrição de acesso aos sigilos constitucionais. Mas o resultado é o mesmo. Só para que, no futuro, quando tenhamos essa questão, venhamos a detalhadamente discuti-la.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

ADOÇÃO – DESAFIOS E ALTERNATIVAS

A adoção é um ato jurídico pelo qual um indivíduo é assumido de forma permanente como filho, por outra pessoa ou um casal, os quais não são seus pais biológicos, dando origem a uma relação jurídica de parentesco civil entre a pessoa adotada e os adotantes. Conceituam CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, FELIPE BRAGA NETTO E NELSON ROSENVALD: “Contemporaneamente, a adoção está assentada na ideia de se oportunizar a uma pessoa humana a inserção em núcleo familiar, com a sua integração efetiva e plena, de modo a assegurar a sua dignidade, atendendo às suas necessidades de desenvolvimento da personalidade, inclusive pelo prisma psíquico, educacional e afetivo.”¹

As regras para a adoção devem respeitar o que consta na Constituição de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, artigos 39 a 52, com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.010/2009, denominada nova Lei da Adoção.

A adoção deve ser deferida por motivos legítimos e quando caracterizadas vantagens para o adotando, como preconiza o art. 43 do ECA.² O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA é um conjunto de normas que tem como objetivo a proteção integral da criança e do adolescente; é o marco legal e regulatório dos direitos humanos de crianças e de adolescentes.

A teor do que dispõe o art. 39, § 1º, do ECA, deve-se prestigiar a manutenção da criança em sua família natural. Assim, dispõe: “a adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei”. Além disso, na forma do art. 101, VIII, do ECA, existe a presunção legal de que os pais são os mais habilitados para o exercício do poder familiar, com preferência, via de regra, sobre quaisquer outros parentes ou terceiros.

Contudo, o ECA prevê o Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, o qual fortalece a importância da defesa do melhor interesse da criança, devendo ser observado em quaisquer circunstâncias, inclusive nas relações familiares e nos casos relativos à filiação. Com isso, se a convivência familiar estiver prejudicando o infante, considerado pessoa em desenvolvimento, este deve ser afastado, em prestígio à sua proteção. Verifica-se, assim, a perda do poder familiar, que embora seja uma medida extremada, tem por fundamento o imperativo constitucional da proteção integral da criança e do adolescente, insculpido no artigo 227 da CRFB e no artigo 4º do ECA.³

1 FARIAS, Cristiano Chaves de. Manual de Direito Civil – Volume Único/Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto, Nelson Rosenvald – 3ª ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodvm, 2018, p. 1936.

2 “Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

3 “Art. 227 da CRFB - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, 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, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Desse modo, segundo o Desembargador JUAREZ FERNANDES FOLHES, desta Corte de Justiça, em voto publicado, na íntegra, nesta seção, “(...) em se tratando de destituição do poder familiar, impossível deixar de considerar que o princípio norteador para a solução dos conflitos é o da prevalência do interesse da criança, que deve sempre se sobrepor ao dos próprios pais. O referido princípio surgiu da certeza de que a dignidade humana possui papel de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto seja considerado verdadeiro núcleo de todas as normas infraconstitucionais”.⁴

Entretanto, encontrar um lar para eles não é tarefa fácil. Ressalvados os casos em que os pais dão o necessário consentimento, além dos casos de grave descumprimento das funções parentais, em que se torna evidente que a criança não poderá regressar nunca à família, resta uma longa série de situações em que não se consegue obter o consentimento dos pais biológicos, nem a degradação familiar atingiu os extremos para que o Poder Judiciário cumpra o dever de proteger o menor.

O Cadastro Nacional de Adoção (CNA), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), centraliza as informações sobre os menores e os possíveis adotantes de todo o país e do exterior, tendo registrado mais de 8,4 mil crianças e adolescentes aptos para adoção no Brasil.⁵ Atualmente, o cadastro permite que, no momento em que um juiz insira os dados de uma criança no sistema, ele seja informado automaticamente se há pretendentes na fila de adoção compatíveis com aquele perfil. O mesmo acontece se o magistrado cadastra um pretendente e há crianças que atendem àquelas características desejadas.

De acordo com a Juíza Auxiliar da Corregedoria do CNJ, SANDRA SILVESTRE TORRES, que preside o grupo de trabalho instituído para o aperfeiçoamento do CNA, o objetivo é elaborar um cadastro dinâmico e transparente, sendo que uma das medidas que corroboram essa intenção é a emissão de alertas, em caso de demora no cumprimento de prazos processuais que envolvam as crianças.⁶

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, são 167 crianças e adolescentes aptos à adoção, mas a maioria, 96%, tem mais de sete anos, e 69% já passaram dos 13 anos de idade. As pessoas habilitadas têm preferência pela adoção de bebês. Uma boa notícia é que, aos poucos, o perfil dos interessados em adotar crianças até três anos tem mudado no Brasil. Apontam dados do CNJ que, nos últimos oito anos, a proporção de pretendentes que aceitava só crianças brancas, por exemplo, passou de 39% para 17%. Já o índice dos que são indiferentes a cor, passou de 29% para 47%.⁷

O Tribunal do Rio tem desenvolvido programas de incentivo à adoção, principalmente vol-

4 Ver Apelação nº 0020538-64.2015.8.19.0036, publicada, na íntegra, nesta seção.

5 Ver em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-04/stj-divulga-casos-aceitou-rejeitou-adocao-bra>. Acesso em: 23/05/2018.

6 Agência CNJ de Notícias – “Novo Cadastro Nacional de Adoção começa a ser testado”. Ver em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86689-novo-cadastro-nacional-de-adocao-comeca-a-ser-testado>. Acesso em: 07/05/2018.

7 Ver em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/05/lei-para-acelerar-adocoes-no-pais-esbarra-em-falta-de-estrutura-da-justica.shtml>. Acesso em: 25/05/2018.

tados para as crianças consideradas “fora do perfil” tradicional desejado pelos habilitados, *i.e.*, aquelas que são mais velhas e que têm grupos de irmãos ou mesmo as que possuem algum problema de saúde. Segundo o Juiz de Direito do TJRJ e Presidente da Coordenadoria Judiciária de Articulação das Varas da Infância, da Juventude e do Idoso (CEVIJ), SÉRGIO LUIZ RIBEIRO DE SOUZA, a campanha “O Ideal é Real: adoções necessárias”, lançada no ano passado pela Associação de Magistrados do Estado do Rio de Janeiro (AMAERJ), é um meio de propiciar encontros para que o Judiciário possa fazer com que as pessoas habilitadas conheçam as crianças e os adolescentes reais disponíveis para adoção.⁸ Há, também, a campanha “Entregar é Proteger”, que permite às mães de recém-nascidos entregarem seus filhos para adoção nas varas de família.

No Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, existe o sistema “Quero uma Família”. Para o Promotor de Justiça RODRIGO MEDINA, Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Infância e da Juventude, “esse é um sistema de busca ativa, que permite que pessoas habilitadas à adoção, possam ver com novos olhos essas crianças e adolescentes que não encontraram habilitados para adotá-los num primeiro momento. A proposta do sistema é mostrar que essas crianças e adolescentes têm potencialidade e direito de viver em família. Desenhos, redações, fotos da convivência comunitária mostrando que eles estão aguardando por um lar são disponibilizados. Os grupos de apoio à adoção, o Poder Judiciário e o Ministério Público trabalham com a ideia das adoções necessárias”.⁹

Quanto à adoção internacional, esta possui caráter excepcional, pois é viável apenas quando não houver cidadão brasileiro interessado na adoção, dando-se preferência aos brasileiros residentes no exterior. No que se refere a essa modalidade, para a Desembargadora do TJRJ, e Coordenadora da Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional (CEJAI), ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA, “é uma alternativa final quando não há mais possibilidades na família estendida (parentes próximos) ou, eventualmente, na própria comunidade, nem em uma família brasileira. Nesses casos, e depois de todas as cuidadosas avaliações, as famílias residentes em outros países são uma excelente opção”.¹⁰

A CEJAI lançou a cartilha “Adoção Internacional – Amor sem Fronteiras”. O objetivo é informar sobre o papel da comissão e compartilhar a alegria e realização de encontrar um lar para meninos e meninas com histórico de rua, drogas, maus-tratos e abusos.¹¹

A Justiça brasileira evoluiu bastante, no sentido de possibilitar a adoção por casais homoafetivos, com base nos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Pode-se verificar, portanto, que, com o passar do tempo, o termo “família” foi ampliado, não sendo mais necessário que duas pessoas, sendo apenas homem e mulher, se unam em matrimônio para

8 Notícia publicada no *site* da EMERJ, em 21/05/2018 – “Fórum Permanente debate a adoção de crianças ‘fora do perfil’”. Ver em: https://emerj.tjrj.jus.br/paginas/noticias_todas/forum-permanente-debate-a-adoacao-de-criancas-fora-do-perfil. Acesso: em 23/05/2018.

9 *Supra*, nota 8.

10 Notícia publicada pela Assessoria de Imprensa do TJRJ em 19/05/2017. Ver em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5194785>. Acesso em: 23/05/2018.

11 Notícia publicada por Assessoria de Imprensa do TJRJ em 29/08/2014. Ver em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5165664>. Acesso em: 23/05/2018.

formarem uma família. Atualmente, já há o reconhecimento como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, da união formada por pessoas do mesmo sexo. Estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotada por casais homossexuais, pois o mais importante é a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores.

Nesse mesmo pensar, a Juíza de Direito do TJRJ ANDRÉA PACHÁ, em recente palestra sobre adoção, propôs uma reflexão sobre como novas formas de constituições familiares podem modificar o processo de adoção que se conhece hoje. Utilizando o exemplo da aceitação da multiparentalidade no Direito de Família, ela sugere um novo olhar sobre os vínculos biológicos e afetivos, a fim de não só agilizar os processos de adoção, como causar menos impacto na vida das crianças e dos adolescentes.¹²

Ao tratar-se de adoção, não se pode deixar de citar a chamada “adoção à brasileira”, no qual alguém registra como se fosse seu um filho que sabe ser de outra pessoa, ou seja, o que acontece é uma adoção irregular, já que não seguiu todos os trâmites legais necessários. No entanto, para cada caso cabe uma avaliação. Vale consignar o voto do Ministro LUIZ FELIPE SALOMÃO, o qual discorreu acerca da “adoção a brasileira”, na 4ª Turma do STJ: “(...) muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, não consubstancia negócio jurídico vulgar sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida à condição resolutiva consistente no término do relacionamento com a genitora”.¹³

Em tramitação no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 369/2016 pretende alterar a Lei nº 8.069/1990, para dispor sobre a adoção *intuitu personae*. Esta adoção possibilita que os próprios pais biológicos escolham, durante a gravidez ou depois do parto, a pessoa que adotará seu filho, mediante a comprovação de prévio conhecimento, convívio ou amizade entre adotantes e a família natural. De acordo com o Juiz de Direito SÉRGIO LUIZ RIBEIRO DE SOUZA, “os juízes brasileiros da área protetiva se posicionaram contrariamente a esse Projeto de Lei porque consideram que ele pode legitimar o comércio de bebês”.¹⁴

Por fim, é sempre bom lembrar que as crianças e adolescentes são considerados um grupo vulnerável, em razão da sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Em razão disso, a adoção é uma forma de dar um lar e uma vida digna aos meninos e meninas privados do direito à convivência familiar, sendo, portanto, um ato de amor e de profunda generosidade.

A seguir, coletânea de julgados pesquisados na jurisprudência do STJ e do TJRJ, que ilustram o tema:

12 III Encontro do Fórum Nacional da Justiça Protetiva (III FONAJUP) no TJRJ em 25/05/2017. Ver em: <http://cgj.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/519500>. Acesso em: 23/05/2018.

13 Ver em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-04/stj-divulga-casos-aceitou-rejeitou-adocao-bra>. Acesso em: 23/05/2018.

14 Palestra “Adoção Dirigida”, proferida na EMERJ em 06 de abril de 2018. Ver em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5528215>. Acesso em: 23/05/2018.

Jurisprudência Temática

ADOÇÃO PÓSTUMA. AVÓ MATERNA. GUARDA DE MENOR PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. RECEBIMENTO DE AFETO DESDE O NASCIMENTO. FALECIMENTO DA AUTORA NO CURSO DO PROCEDIMENTO. INTERESSE MAIOR DA CRIANÇA. RECONHECIMENTO DA GUARDA DA AVÓ.

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. NÃO INDICAÇÃO DA ALÍNEA “A” DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. FUNDAMENTAÇÃO QUE PERMITE A COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. ADOÇÃO PÓSTUMA. POSSIBILIDADE. GUARDA DE MENOR. PEDIDO DE AUTORIA DA AVÓ. FALECIMENTO DA AUTORA NO CURSO DO PROCESSO. INTENÇÃO INEQUÍVOCA DE OBTENÇÃO DA GUARDA. LAÇO DE AFETIVIDADE ENTRE OS ENVOLVIDOS. POSSIBILIDADE DO DEFERIMENTO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EFEITO DA CONCESSÃO.

1. Muito embora não se tenha indicado a alínea “a” do permissivo constitucional, a fundamentação e a perfeita indicação de artigos tidos por violados permitiram o conhecimento do recurso especial.

2. A Lei n.º. 8.069/1990, em seu art. 42, § 6º, estabelece que “a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença”.

3. Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado

o processo de adoção.

4. Impõe-se especial atenção à condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, devendo o julgador nortear-se pela prevalência dos interesses do menor sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

5. A guarda é um complexo de direitos e deveres que uma pessoa, ou mais de uma, exerce em relação a uma criança ou adolescente, consistindo na mais ampla assistência à sua formação moral, educação, diversão e cuidados para com a saúde, bem como toda e qualquer diligência que se apresente necessária ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades.

6. O § 2º do art. 33 do ECA prevê, na primeira parte o preceito, a possibilidade do deferimento da guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender situações peculiares, como nos casos de guarda requerida por parentes próximos, com a concordância dos pais; ou da guarda especial, quando inexistente fundamento legal para a suspensão ou destituição do pátrio poder e visando a suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, ou falecidos ou com paradeiro ignorado.

7. No caso dos autos, no interesse maior da criança, impõe-se o reconhecimento da guarda à “avó”, de quem a criança recebia afeto desde o nascimento e que promovia a concretização de todos os demais cuidados básicos à sua existência, sendo o fim precipuo do processo garantir vida com dignidade à menor especial.

8. A finalidade meramente “previdenciária” não pode ser o objetivo da pretendida modificação de guarda. Ao revés, a outorga de direitos previdenciários em razão da colocação do petiz sob a guarda de outrem é apenas uma de suas implicações.

9. Como sói acontecer em processos desta natureza, vale dizer, em que se controvertem direitos da criança e do adolescente,

o princípio do maior interesse é, de fato, o vetor interpretativo a orientar a decisão do magistrado.

10. Recurso especial provido para o deferimento do pedido de guarda póstuma.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros MARIA ISABEL GALLOTTI, ANTONIO CARLOS FERREIRA (Presidente), MARCO BUZZI e LÁZARO GUIMARÃES (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2017.
(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. A A A M ajuizou ação de guarda judicial em relação à menor J.M.Z. (nascimento em 14/4/1998, f.12), representada por sua genitora S.M. (f. 1-8), informando que já exercia a guarda de fato da menor, uma vez que a genitora da criança era sua tutelada, há mais de 40 (quarenta) anos, e que as três convivem em plena harmonia. Salientou, ainda, que a menor é portadora de doença cerebral (hermiatrofia cerebral), que frequenta a APAE e vive em total dependência de seus familiares.

Afirmou que a menor e sua genitora dependem financeiramente da autora e que o pai,

por ter constituído nova família, não contribuía para as despesas da filha. Explicou que moram as três (autora, menor e sua genitora) na mesma casa e que a fonte de sustento é uma pensão por morte do falecido marido da autora, ex-funcionário do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento do Estado de São Paulo.

Requeru a guarda da menor, por sua condição especial e para que possa usufruir da pensão, quando a autora falecer. Enfatizou que a genitora da menor estaria de pleno acordo com o pedido (f. 19), sendo ela a guardiã pessoal da menor, estabelecida por ocasião da separação.

O Ministério Público do Estado de São Paulo ofertou parecer pelo indeferimento do pedido de guarda formulado. Assentou, na ocasião, a inviabilidade do pedido para fins previdenciários. Acrescentou que “caso houvesse outro motivo para a guarda que não o financeiro, dever-se-ia atender aos interesses da criança e adolescente, o que não ocorreu no vertente caso” (f. 30).

O Juízo de primeiro grau negou o pleito formulado, sob o fundamento de que o instituto não serve para o fim de transferir ao menor o benefício previdenciário (f. 100/1).

Houve interposição de apelação (f. 38-44) e nova manifestação do *Parquet* Estadual (f. 56-60), alterando o posicionamento anterior: “Dessa forma, data vênua ao posicionamento do ilustre magistrado precedente, esta Procuradoria de Justiça ousa divergir, neste caso concreto, para opinar pela reforma da r. sentença”.

Julgada a apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reformando a sentença de piso, deu provimento ao recurso, nos termos da ementa abaixo (f. 66):

GUARDA DE MENOR. Modificação. Sentença que não concedeu a guarda à avó

materna. Criação que é desempenhada pela mãe juntamente com a avó que, todavia, é a verdadeira mantenedora das necessidades da menor. Concordância da mãe quanto a esta modificação que beneficiará a criança, que na falta da avó, poderá requerer pensão por morte. Criança com séria deficiência. Hipótese de se prestigiar o interesse dela. Recurso provido.

Intimada (f. 78) para promover a emenda da inicial, para integrar ao polo passivo o genitor da menor, constatou-se o falecimento da autora (f. 81).

A f. 98, 100-101, o juízo sentenciante extinguiu o feito, nos termos do art. 267, IX, do CPC/1973, por considerar a ação intransmissível, de caráter personalíssimo e que, com o falecimento da autora, o próprio direito de ação teria desaparecido.

Novo recurso de apelação foi interposto (f. 104-111), requerendo a reforma da decisão de extinção do feito, sob o fundamento da inequívoca manifestação de vontade da autora falecida em obter a guarda da menor. Não recebida a apelação (f. 114), interpôs-se agravo de instrumento (f.116-127).

Em julgamento do agravo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso, determinando o recebimento e julgamento da apelação anteriormente interposta, nos termos da ementa que se transcreve abaixo:

GUARDA DE MENOR. Autora falecida no curso da ação. Processo extinto.

Apelação não recebida, sob o argumento de que o direito pleiteado é intransferível. Decisão reformada. Autora/apelante que manifestou em vida a vontade de ter a guarda da “neta de criação”. Tese de que a guarda pode ser deferida até a data do óbito da requerente. Alegado direito que deve ser apreciado pelo Poder Judiciário. Apelação a ser recebida e

processada. Recurso provido.

No entanto, ao julgar o mérito da apelação, o TJSP lhe negou provimento, nos moldes da ementa que se segue (f. 171):

GUARDA DE MENOR. Modificação. Sentença que não concedeu a guarda à avó materna. Criação que é desempenhada pela mãe juntamente com a avó que, todavia, é a verdadeira mantenedora das necessidades da menor. Concordância da mãe quanto a esta modificação que beneficiará a criança, que na falta da avó, poderá requerer pensão por morte. Criança com séria deficiência. Hipótese, contudo, de falecimento da avó antes da sentença. Ação extinta. Impossibilidade de outra solução. Recurso desprovido.

Foi interposto recurso especial (f. 179) pelo irmão da autora, com fundamento no permissivo constitucional, sob alegação de violação ao art. 33, *caput*, §§ 1º e 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Afirma o recorrente que a genitora da menor está de pleno acordo com o pedido de guarda formulado na ação originária e que o trabalho desenvolvido pelo Setor de Psicologia do Poder Judiciário constatou que a criança residia com a autora desde o nascimento. Ademais a relação existente entre as duas era verdadeiramente de avó e neta. Salientou que a menor dependia financeiramente da autora, uma vez que sua renda sempre foi a principal responsável pelo sustento da família.

Aduz que o caso dos autos se assemelha às situações em que há pedido de adoção póstuma, que vem sendo deferida pelos tribunais pátrios, bastando seja comprovada a inequívoca vontade do adotante, como também ensina doutrina abalizada.

Crivo positivo de admissibilidade a f.

206, com apresentação de parecer do Ministério Público do Estado de São Paulo pelo não provimento do recurso especial (f. 211-212).

Novo juízo de admissibilidade a f. 214-215, neste decidindo pelo não seguimento do apelo, por incidência do enunciado da Súmula 284/STF. Interposto agravo em face da decisão de inadmissibilidade, foi dado provimento ao recurso, nos termos da decisão de f. 275-276.

Sem contrarrazões ao recurso especial, consoante certidão a f. 208.

O Ministério Público Federal, em parecer ofertado a f. 270-273, opina pelo não conhecimento do apelo especial.

É o relatório.

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. NÃO INDICAÇÃO DA ALÍNEA “A” DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. FUNDAMENTAÇÃO QUE PERMITE A COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. ADOÇÃO PÓSTUMA. POSSIBILIDADE. GUARDA DE MENOR. PEDIDO DE AUTORIA DA AVÓ. FALECIMENTO DA AUTORA NO CURSO DO PROCESSO. INTENÇÃO INEQUÍVOCA DE OBTENÇÃO DA GUARDA. LAÇO DE AFETIVIDADE ENTRE OS ENVOLVIDOS. POSSIBILIDADE DO DEFERIMENTO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EFEITO DA CONCESSÃO.

1. Muito embora não se tenha indicado a alínea “a” do permissivo constitucional, a fundamentação e a perfeita indicação de artigos tidos por violados permitiram o conhecimento do recurso especial.

2. A Lei nº. 8.069/1990, em seu art. 42, § 6º, estabelece que “a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca mani-

festação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença”.

3. Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção.

4. Impõe-se especial atenção à condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, devendo o julgador nortear-se pela prevalência dos interesses do menor sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

5. A guarda é um complexo de direitos e deveres que uma pessoa, ou mais de uma, exerce em relação a uma criança ou adolescente, consistindo na mais ampla assistência à sua formação moral, educação, diversão e cuidados para com a saúde, bem como toda e qualquer diligência que se apresente necessária ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades.

6. O § 2º do art. 33 do ECA prevê, na primeira parte o preceito, a possibilidade do deferimento da guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender situações peculiares, como nos casos de guarda requerida por parentes próximos, com a concordância dos **pais**; ou da guarda especial, quando inexistente fundamento legal para a suspensão ou destituição do pátrio poder e visando a suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, ou falecidos ou com paradeiro ignorado.

7. No caso dos autos, no interesse maior da criança, impõe-se o reconhecimento da guarda à “avó”, de quem a criança recebia afeto desde o nascimento e que promovia a concretização de todos os demais cuidados básicos à sua existência, sendo o fim precípuo do processo garantir vida com dignidade à menor especial.

8. A finalidade meramente “previdenciária” não pode ser o objetivo da pretendida modificação de guarda. Ao revés, a outorga de direitos previdenciários em razão da colocação

do petiz sob a guarda de outrem é apenas uma de suas implicações.

9. Como sói acontecer em processos desta natureza, vale dizer, em que se controvertem direitos da criança e do adolescente, o princípio do maior interesse é, de fato, o vetor interpretativo a orientar a decisão do magistrado.

10. Recurso especial provido para o deferimento do pedido de guarda póstuma.

Voto

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. A controvérsia principal consiste em definir se é possível o deferimento de pedido de guarda póstuma, vale dizer, mesmo após o falecimento da autora no curso da demanda, quando mostrar-se inequívoca a intenção de obter a guarda, além de ter sido comprovado o laço de afetividade existente entre os envolvidos.

O Tribunal de Justiça paulista, analisando a questão, manifestou-se como a seguir (f. 172-174):

A presente ação de modificação de guarda foi proposta pela avó materna com a concordância da mãe da criança.

No caso, todos moram no mesmo local, e sempre dependeram financeiramente da apelante que, na ocasião da propositura da ação, contava com idade avançada, e por esse motivo temia que na sua falta, ficassem comprometidos a sobrevivência e bem-estar da menor, requerendo, assim a sua guarda para garantia de seu futuro.

Assim, em abril de 2011, a r. sentença de f. 29/30 indeferiu a petição inicial foi apreciada pelo acórdão de f. 56/58, publicado em janeiro de 2012, que determinou a anulação daquela decisão, sob o argumento de que “a apelante é a mantenedora dos gastos da menor, e ainda

que a mãe também conviva com ela ajudando na sua criação, não há porque não transferir a guarda a quem efetivamente provém o sustento da criança com necessidades especiais.

Aliás, esse o quadro fático relatado na perícia a f. 22/23: “A partir dos dados levantados, pôde-se observar que a requerente reside com a criança em tela desde o seu nascimento. Assim, J, seu irmão P e sua genitora, S, sempre moraram na casa de A, sendo dependentes financeiros desta.”

E porque diante de uma circunstância especial, nas específicas e mais especiais necessidades da menor não há porque se prestigiar um excesso de formalismo, tal como encontrado na r. sentença.

(...)

Contudo, em abril de 2012, o foi Juízo informado do falecimento da autora, avó da menor (f. 78), quando então sua Exa extinguiu o feito, entendendo cuidar de questão personalíssima, e daí não recebeu esse recurso de apelação, aceito por força de v. acórdão, proferido em agravo de instrumento (f. 120/122), o que ora se examina.

A propósito, restou incontroverso que a menor, portadora de necessidades especiais, era dependente do auxílio proveniente da avó que, ainda em vida, demonstrou essa vontade de ajudar, optando pela formalidade do exercício legal da guarda. Aliás, sempre contou com aprovação dos pais da menor.

Porém, diante do seu falecimento, ainda que se reconheça a intenção do seu substituto processual, apura-se que o pedido tornou-se inadmissível.

Como bem fundamentou a D. Promotora de Justiça, a f. 80v:

“A autora faleceu em maio de 2012 e a ação proposta é intransmissível, de caráter personalíssimo. Logo, desapareceu o direito material e o direito de ação.”

Nesse vértice, a partir desse argumento adotado na r. sentença, prepondera a necessidade de regularização da situação da menor em

outra ação, com a anotação de que a avó, autora da inicial, exercia guarda de fato e de direito porque aqui autorizada, até seu óbito.

Voto, pois, pelo desprovimento do recurso.

3. De início, penso que o recurso especial merece conhecimento.

De fato, conforme se percebe na redação da peça recursal, há na introdução da petição, parágrafo específico para a indicação do artigo constitucional, assim como de seu inciso e alínea, cujo preenchimento não se fez, mas obviamente se dessume qual a impugnação correta com a nítida exposição das razões.

No ponto, é sabido que o rigor formal, a que se submete o recurso especial, vem sendo mitigado, quando, muito embora não se tenha indicado a alínea do permissivo constitucional, a fundamentação e a perfeita indicação de artigos tidos por violados permitam a compreensão do apelo, não sendo o caso de aplicação da Súmula 284/STF, na hipótese.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL DO CONTRIBUINTE - IPI - CRÉDITO-PRÊMIO - ESPECIAL INTERPOSTO PELA ALÍNEA “C” - NÃO-APRESENTAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - CONHECIMENTO DO RECURSO PELA ALÍNEA “A” - POSSIBILIDADE - PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO DO ART. 1º DO DL 20.910/32 - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

1. Muito embora não se tenha indicado a alínea “a” do permissivo constitucional, a fundamentação e a perfeita indicação de artigos tidos por violado permitiram o conhecimento do recurso especial.

2. O acórdão proferido pelo Tribunal a quo afastou a incidência do prazo prescricional quinquenal entendendo pela aplicação do prazo de dez anos. Ainda que não tenha sido

apontado expressamente o dispositivo no qual se fundamentou o aresto, reconhece-se o prequestionamento implícito do artigo 1º do Decreto-lei nº 20.910/32, conforme admitido pela jurisprudência desta Corte.

3. Por fim, fica afastada a contradição na decisão agravada que dispôs sobre a extinção do crédito prêmio de IPI em 05/10/1990, bem como o prazo prescricional de cinco anos para as ações que visam ao recebimento do referido crédito de IPI, contados entre a data da extinção do benefício e a data do ajuizamento da ação, entendendo que os créditos pleiteados pela empresa não estariam prescritos, uma vez que a ação foi ajuizada em 1989.

Agravo regimental improvido.

AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA NACIONAL - IPI - CRÉDITO-PRÊMIO - CORREÇÃO MONETÁRIA - POSSIBILIDADE.

A jurisprudência do STJ e a do STF estão no sentido de ser indevida a correção monetária dos créditos escriturais de IPI, relativos a operações de compra de matérias-primas e insumos empregados na fabricação de produto isento. Todavia, é devida a correção monetária de tais créditos quando o seu aproveitamento, pelo contribuinte, sofre demora em face da resistência oposta por ilegítimo ato administrativo ou normativo do Fisco.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 971.001/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS,

Segunda Turma, DJe 16/09/2008)

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PETIÇÃO RECURSAL QUE NÃO INDICA A ALÍNEA DO INCISO III, ARTIGO 105, CF. FUNDAMENTOS BEM INDICADOS NA PETIÇÃO RECURSAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 284/STF AFASTADA. MATÉRIA PACIFICADA. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE VEÍCULOS. PRESCRIÇÃO.

I - Apesar de não ter sido expressamente citada a alínea do inciso III, artigo 105, da Constituição Federal, na qual se funda o recurso especial, a petição recursal indica claramente qual o dispositivo de legislação federal que foi violado pela decisão recorrida, não sendo o caso de aplicação da Súmula nº 284/STF, na hipótese, principalmente porque a matéria de mérito (prazo prescricional para propositura de ação que visa a restituição de empréstimo compulsório sobre veículos) encontra-se por demais pacificada no âmbito deste eg. Superior Tribunal de Justiça.

II - Agravo improvido.

(AgRg no REsp 845.134/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, DJ 23/10/2006)

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Divergência jurisprudencial. Prescrição intercorrente. Intimação.

1. O simples fato de não ter sido indicada a alínea c) do permissivo constitucional como sustentáculo do recurso não impede o seu conhecimento e provimento com base no dissídio, que restou devidamente comprovado.

2. O posicionamento desta Corte, em consonância com os precedentes colacionados, entende necessária a intimação pessoal da parte para o reconhecimento da prescrição intercorrente.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 435.646/GO, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Terceira Turma, DJ 07/10/2002)

É bem de ver, ademais, que a natureza da controvérsia em exame, por si só, reclama a superação de tal óbice. Com efeito, tratando-se de causa que, à época de sua interposição, tinha por objeto menor com problemas sérios de saúde física e mental e pelo fato da inexistência, até o momento, de solução por este Tribunal da questão em debate, o conhecimento e o julgamento do recurso são providências que se impõem.

4. Importa ressaltar, para logo, que é incontroverso nos autos que a menor vivia com a autora desde seu nascimento; que essa convivência era absolutamente saudável e benéfica, tanto para uma, quanto pra outra convivente; a criança e a autora do pedido de guarda se tratavam como neta e avó; que não havia, por parte dos genitores da menor oposição ao deferimento da guarda, que, ao contrário, era algo desejado por todos. Nada obstante, o Tribunal de Justiça de São Paulo, sob o fundamento de ser personalíssima a ação de guarda judicial, achou por bem confirmar a sentença que extinguiu o feito, com base no art. 267, IX, do CPC/1973.

No entanto, penso que o fundamento do acórdão recorrido não tem condições de sustentar a decisão de extinção do feito, isso tendo em vista a já pacífica jurisprudência deste Sodalício no sentido da possibilidade do deferimento de pedido feito em ação de estado, tal qual a dos autos, mesmo quando ocorrido o falecimento do proponente no curso do processo.

Com efeito, esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça nas ações de adoção, por exemplo, em que a natureza personalíssima do pedido não é capaz de conduzir ao indeferimento do pleito, por si só, quando falecido o autor da demanda e esta ainda não tenha sido concluída.

De fato, para os casos de adoção, a conjugação de elementos de prova, que demonstrem a inequívoca intenção de adotar, é necessária e bastante ao deferimento do pedido formulado, “podendo ser declarado ainda que ao tempo da morte não tenha tido início o procedimento para a formalização da adoção” (REsp 457.635/PB, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ de 17/03/2003).

Confirmam-se alguns julgados deste Tribunal no mesmo sentido:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO PÓSTUMA. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DA VONTADE DO ADOTANTE. INEXISTÊNCIA. LAÇO DE AFETIVIDADE EM VIDA. DEMONSTRAÇÃO CABAL.

1. A adoção póstuma é albergada pelo direito brasileiro, nos termos do art. 42, § 6º, do ECA, na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

2. Para as adoções *post mortem*, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

3. Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(Resp 1.663.137/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 22/08/2017)

DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE AUTORIZAÇÃO DE ADOÇÃO DE MAIORES. PEDIDO FORMULADO NA VIGÊNCIA DO CC/1916. FALECIMENTO DO ADOTANTE NO CURSO DA DEMANDA. POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO PÓSTUMA. UTILIZAÇÃO DA ANALOGIA. INCIDÊNCIA DO ECA. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS. NORMAS SOBRE ESTADO DAS PESSOAS E PROCESSO. APLICABILIDADE IMEDIATA. RECURSO PROVIDO.

1. O tratamento legal da adoção sofreu severas transformações legais nos últimos anos. De acordo com o CC/1916, a adoção era feita por escritura pública e seus efeitos limitavam-

-se ao adotante e ao adotado. Com a entrada em vigor do CC/2002, passou-se a exigir processo judicial para todos os pedidos de adoção. Posteriormente, com a promulgação da Lei nº 12.010/2009, a adoção de maior de 18 (dezoito) anos não mais pode ser realizada por mera escritura pública, sendo imprescindível sentença judicial constitutiva da relação. Além disso, aplicam-se ao procedimento, no que couber, as disposições previstas no ECA.

2. A Lei nº 8.069/1990, em seu art. 42, § 6º, estabelece que “a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença”.

3. No período compreendido entre a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente e a publicação da Lei Nacional da Adoção (Lei nº 12.010/2009), houve uma lacuna legislativa acerca da adoção póstuma. Isso porque, de acordo com o ECA, esse instituto era expressamente permitido aos menores, mas, de outra parte, a legislação civil - que regulava a adoção de maiores - nada mencionava sobre o assunto.

4. Estando o juiz diante de uma omissão legislativa, deve fazer uso dos meios de integração da norma - dentre os quais, preliminarmente, a analogia (art. 4º da LINDB). No caso dos autos, deve-se aplicar a analogia para suprir o hiato legislativo existente, tendo em vista que o pedido foi formulado no ano de 1999, exatamente entre a publicação do ECA e a da Lei nº 12.010/2009.

5. Ademais, o pedido de adoção merece ser apreciado, pois a matéria se refere ao estado das pessoas e às regras de processo, à qual cumpre aplicar de imediato as normas em vigor, inclusive aos requerimentos ainda em trâmite.

6. Assim, tanto pelo emprego da analogia quanto pela pronta incidência das leis atualmente em vigor, a pretensão recursal deve ser acolhida, para permitir aos recorrentes que o pedido de autorização de adoção seja aprecia-

do, mesmo depois do óbito do adotante.

7. Recurso especial provido, para anular a sentença e o acórdão recorrido e determinar às instâncias ordinárias que apreciem o pedido de adoção formulado, como entenderem de direito.

(REsp 656.952/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Quarta Turma, DJe 23/06/2016)

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO PÓSTUMA. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DA VONTADE DO ADOTANTE. LAÇO DE AFETIVIDADE. DEMONSTRAÇÃO. VEDADO REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS.

1. A adoção póstuma é albergada pelo direito brasileiro, nos termos do art. 42, § 6º, do ECA, na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

2. Para as adoções *post mortem*, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

3. Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção.

4. Se o Tribunal de origem, ao analisar o acervo de fatos e provas existente no processo, concluiu pela inequívoca ocorrência da manifestação do propósito de adotar, bem como pela preexistência de laço afetividade a envolver o adotado e o adotante, repousa sobre a questão o óbice do vedado revolvimento fático e probatório do processo em sede de recurso especial.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1.326.728/RS, Rel. Ministra

NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 27/02/2014)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO PÓSTUMA. VALIDADE. ADOÇÃO CONJUNTA. PRESUPPOSTOS. FAMÍLIA ANAPARENTAL. POSSIBILIDADE.

Ação anulatória de adoção *post mortem*, ajuizada pela União, que tem por escopo principal sustar o pagamento de benefícios previdenciários ao adotado - maior interdito -, na qual aponta a inviabilidade da adoção *post mortem* sem a demonstração cabal de que o *de cujus* desejava adotar e, também, a impossibilidade de ser deferido pedido de adoção conjunta a dois irmãos.

A redação do art. 42, § 5º, da Lei nº 8.069/90 - ECA -, renumerado como § 6º pela Lei nº 12.010/2009, que é um dos dispositivos de lei tidos como violados no recurso especial, alberga a possibilidade de se ocorrer a adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

Para as adoções *post mortem*, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do *de cujus* em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

O art. 42, § 2º, do ECA, que trata da adoção conjunta, buscou assegurar ao adotando a inserção em um núcleo familiar no qual pudesse desenvolver relações de afeto, aprender e apreender valores sociais, receber e dar amparo nas horas de dificuldades, entre outras necessidades materiais e imateriais supridas pela família que, nas suas diversas acepções, ainda constitui a base de nossa sociedade.

A existência de núcleo familiar estável e a consequente rede de proteção social que podem gerar para o adotando, são os fins colimados pela norma e, sob esse prisma, o conceito

de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas.

Restringindo a lei, porém, a adoção conjunta aos que, casados civilmente ou que mantenham união estável, comprovem estabilidade na família, incorre em manifesto descompasso com o fim perseguido pela própria norma, ficando teleologicamente órfã. Fato que ofende o senso comum e reclama atuação do interprete para flexibilizá-la e adequá-la às transformações sociais que dão vulto ao anacronismo do texto de lei.

O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares.

O fim expressamente assentado pelo texto legal - colocação do adotando em família estável - foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu - nos limites de suas possibilidades - seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte.

Nessa senda, a chamada família anaparental - sem a presença de um ascendente -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA.

Recurso não provido.

(REsp 1.217.415/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJE

28/06/2012)

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO PÓSTUMA. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DA VONTADE DO ADOTANTE. LAÇO DE AFETIVIDADE. DEMONSTRAÇÃO. Vedado revolvimento de fatos e provas. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Decisão fundamentada. Prequestionamento. Ausência.

- Não padece o acórdão recorrido de omissão, contradição ou obscuridade, quando o Tribunal de origem pronuncia-se fundamentadamente quanto às questões relevantes ao deslinde da controvérsia.

- Não se conhece do recurso especial se a matéria jurídica versada nos dispositivos tidos como violados não foi debatida pelo Tribunal no acórdão recorrido.

- O julgador não está adstrito às teses jurídicas manifestadas pelas partes, bastando-lhe analisar fundamentadamente as questões necessárias à resolução do embate jurídico.

- Impõe-se especial atenção à condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, devendo o julgador nortear-se pela prevalência dos interesses do menor sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

- A adoção póstuma pode ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, venha a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença (art. 42, § 5º, do ECA).

- Na apreciação do pedido de adoção levar-se-á em consideração a relação de afetividade entre o adotante e o adotado (art. 28, § 2º, do ECA).

- Se o Tribunal de origem, ao analisar o acervo de fatos e provas existente no processo, concluiu pela inequívoca ocorrência da manifestação de propósito de adotar, bem como pela preexistência de laço de afeto a envolver a adotada e o adotante, repousa sobre a questão o óbice do vedado revolvimento fático e proba-

tório do processo em sede de recurso especial.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 823.384/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ 25/10/2007)

Nesses termos, prevalece a total proteção ao menor apregoada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo o Poder Público levar em consideração os quesitos fáticos mais que os jurídicos, visando aos interesses do adotando e respeitando a vontade do *de cuius*.

Nessa linha de ideias, sabe-se, ademais, que a redação do art. 42, § 5º, da Lei nº 8.069/90 – ECA, renumerado como § 6º pela Lei nº 12.010/2009, alberga a possibilidade de se deferir a adoção póstuma, na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, diante da constatação de que o autor manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

Destarte, nas palavras da eminente Ministra NANCY ANDRIGHI, em julgamento proferido pela egrégia Terceira Turma, “no *iter* que deságua na adoção póstuma”, a locução inequívoca manifestação de vontade do adotante “é o elemento *sine qua non*, figurando o procedimento judicial de adoção apenas como a concretização formal do desejo de adotar, já consolidado e exteriorizado pelo adotante”. (REsp 1217415/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 28/06/2012). E assim o é, pois, a interpretação conferida ao dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente priorizou, evidentemente, a finalidade social de se atribuir eficácia jurídica a uma situação de fato.

Na mesma direção, é que, então, a jurisprudência deste Tribunal reconheceu, naquela hipótese, e em outras tantas que lhe são similares, que a adoção se confunde com o reconhecimento de uma filiação socioafetiva preexistente, construída entre aquele que pretende

adotar e o adotando. “Vigem aqui, como comprovação da inequívoca vontade do *de cuius* em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição”. (REsp 1.217.415/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI)

Nesse rumo de raciocínio, tem-se que a formalização de pedido judicial de adoção, realizado antes do óbito, possui, na verdade, apenas o condão de afastar qualquer resquício de incerteza, qualquer contestação que porventura pudesse existir no que respeita à vontade do adotante.

Por isso, a ausência do pedido seria incapaz de frustrar o reconhecimento do desejo de adotar, no plano substancial, fazendo com que surgisse tão somente a necessidade de comprovação da efetiva intenção do possível adotante.

5. Tenho que este mesmo raciocínio deve ser aplicado para os casos de guarda.

Em 13 de julho de 1990, foi sancionada a Lei nº 8.069, dispondo sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual disciplinou o instituto da guarda nos artigos 33 a 35. O artigo 33 reflete a previsão até então existente no Código de Menores de 1927 e de 1979, ao estabelecer que “a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”. (PEREIRA, Rafael Caselli. O afeto como nexos causal para conversão da guarda em relação socioafetiva. *In*: Revista IBDFAM: família e sucessões, nº 21, maio/jun, 2017, p. 99-123).

Por sua vez, no Código Civil de 2002, a guarda de menor ou de adolescente por outra pessoa, que não os pais, vem disciplinada no § 5º do artigo 1.584, nos seguintes termos: “Se o

juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade”.

A guarda, pois, é um complexo de direitos e deveres que uma pessoa, ou mais de uma, exerce em relação a uma criança ou adolescente, consistindo na mais ampla assistência à sua formação moral, educação, diversão e cuidados para com a saúde, bem como toda e qualquer diligência que se apresente necessária ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades. (IAURIA, Flávio Guimarães. A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.62)

SÍLVIO RODRIGUES, citado por PAULO BRABO, define a guarda como “o poder dever de manter criança ou adolescente no recesso do lar enquanto menores e não emancipados, dando assistência moral, material e educacional”. (Manual da guarda no direito da criança e do adolescente . Belém: CEJUP, 1997, p. 21).

Conforme se percebe, os deveres relacionados à guarda do menor e do adolescente podem ser resumidos na obrigação de prestar, até que seja alcançada a maioridade, assistência material, moral e educacional, podendo opor-se a terceiros, inclusive aos pais, sendo este um dever implícito de vigilância contra quaisquer pessoas que possam trazer dano ou prejuízo ao menor ou adolescente.

Novamente JOSÉ FERNANDO SIMÃO leciona que “a guarda é simples companhia fática de uma pessoa com relação à outra a qual a lei atribui efeitos jurídicos”. Quem tem a guarda, tem, faticamente, a companhia do menor e, portanto, tem o dever de cuidar do

menor e zelar por sua segurança”. Acrescenta o doutrinador que essa companhia fática ou convívio, seja decorrente do Código Civil, seja do Estatuto da Criança e do Adolescente, será a mesma. Tendo em vista que a guarda é evidentemente um conceito unitário, seja ela exercida pelos pais ou terceiros, seja ela precária ou definitiva, seja ela decorrente de perigo ou ofensa ao menor ou de simples observância do interesse deste. (<http://www.conjur.com.br/2015-ago-23/processo-familiar-doutrina-guarda-compartilhada-girafas>).

Diante deste quadro, vislumbro a possibilidade do reconhecimento da guarda pleiteada pela autora, falecida, porque, no caso em exame, percebe-se a presença do motivo maior do instituto, qual seja proporcionar melhoramentos à vida da criança ou do adolescente, atendendo seus interesses mais essenciais, somado à demonstração inequívoca da vontade da autora do pedido em obter a guarda.

De fato, indubitável se mostra que, no caso dos autos, não fosse o falecimento da autora, no transcorrer da ação judicial, o pedido de guarda seria deferido, porque corretamente reconhecido pela instância ordinária que apenas dessa forma seria satisfeito o melhor interesse da menor, criança com necessidades especiais, cuja mãe não possuía condições financeiras adequadas para prover seu sustento, assim como seu pai.

Na verdade, conforme se noticiou, a avó de criação, autora da ação, era quem provia o sustento também da genitora da menor, que vivia sob sua tutela.

Vale transcrever o relatório psicossocial (f. 24-26), quando ainda viva a requerente:

Questionada quanto à motivação do presente pedido de guarda, A afirma que este pedido tem como objetivo repassar sua pensão à

neta, quando vier a falecer. Segundo a requerente, J tem necessidades especiais e precisa de acompanhamento de saúde sistemático. Assim, tendo em vista que a pensão alimentícia que o pai lhe oferece não é suficiente para atender suas necessidades e A atua como principal responsável por seu sustento, a avó deseja oferecer meios de ampará-la.

(...)

IV. Conclusão

A partir dos dados levantados, pôde-se observar que a requerente reside com a criança em tela deste o seu nascimento. Assim, J, seu irmão, P., e sua genitora, S, sempre moraram na casa de A, sendo dependentes financeiros desta. J tem o diagnóstico de hemiatrofia cerebral esquerda e, desse modo, possui dificuldades significativas de fala e paralisia em algumas regiões do corpo.

No contato realizado, apresentou comportamento irritadiço, dificuldade de interação e choro ininterrupto, sinalizando dificuldade de lidar com situações desconhecidas. Nas entrevistas efetuadas, pôde-se notar que a requerente não atua diretamente nos cuidados dispensados à J, no entanto, sua renda é a principal responsável pelo sustento da família e, por conseguinte, da neta. Segundo relato, o genitor paga pensão alimentícia para os filhos; contudo, a quantia disposta não supre as necessidades das crianças, principalmente tendo em vista as necessidades que J possui.

Assim, o presente pedido tem como principal objetivo amparar J na ausência da requerente, visto que as dificuldades expressivas apresentadas pela criança prejudicam e/ou impossibilitam a realização de várias atividades e tarefas, dificultando sua independência.

(f. 25-26)

Com bastante clareza, a manifestação do *Parquet* Estadual (f. 56-60) acerca da questão, merecendo ser transcrita:

O relatório do setor técnico, a f. 22/23, demonstra, de forma clara, que a genitora da menor e esta, assim com o seu irmão menor,

são dependentes financeiros da Autora, e o seu principal objetivo com a demanda é garantir que a criança, em razão de sua condição de pessoa portadora de necessidades especiais, possa receber o necessário amparo econômico com o seu falecimento, haja vista que os alimentos que recebe do pai não são suficientes a suprir suas necessidades, e a mãe da infante ocupa praticamente todo o seu tempo com os cuidados necessários à filha e à própria Requerente, que também sofre de problemas de saúde.

Não há dúvidas de que o caso é delicado, e trata-se de apelo para continuar a amparar uma criança portadora de necessidades especiais, revelado pelo relatório de exame laboratorial de f. 13, ainda que não tenha sido instruído com relatório médico, houve constatação pelo setor técnico.

Se é fato que quem cuida diretamente da criança, em termos físicos, é a requerida, o Setor Técnico também deixou claro que, com ressalva à pensão paterna insuficiente, toda a assistência material é proveniente da Requerente, e há vínculos afetivos desta com a menor e vice-versa, porquanto sempre viveram sob o mesmo teto, sendo esta considerada como neta pela Autora que detém a guarda de sua genitora desde os 02 meses de idade.

É justificada a não atuação direta de cuidados pela Autora à criança, em razão de sua idade e de sua própria saúde, porém, foi claramente constatada a assistência que ela confere à menor, seja em termos afetivos pelos laços criados desde o seu nascimento, seja em termos econômicos que são o sustentáculo das necessidades de J.

Não há dúvidas de que o caso e a condição da criança em tela são peculiares, portadora de necessidades especiais, eis que notoriamente deficiente física e mental (f. 13 e f. 22/23), é flagrantemente dependente econômica da Requerente, não há de se entender que seja a pretensão meramente para fins previdenciários, pois é o vínculo afetivo a preocupação

de que não fique em desamparo que se moveu para continuar a prestar a necessária assistência a essa neta e não a todos os netos.

(...)

Dessa forma, data vênua ao posicionamento do ilustre magistrado precedente, esta Procuradoria de Justiça ousa divergir, neste caso concreto, para opinar pela reforma da r. sentença.

Na trilha desse entendimento, em recente alteração do Código Civil de 2002, o legislador, atento às já consolidadas diretrizes doutrinárias e jurisprudenciais, explicitou, em linhas gerais, os quesitos que, objetivamente, satisfariam o melhor interesse da criança, no que concerne à guarda unilateral do genitor, mas que podem, perfeitamente, ser aproveitados para o caso.

Trata-se do § 2º do art. 1.583 do Código Civil de 2002, com redação dada pela Lei nº 11.698/08:

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II – saúde e segurança;
- III – educação.

Em realidade, em casos como o dos autos, em que a “avó” pleiteava a regularização de uma situação de fato há muito consolidada, penso devem ser aplicados, de forma escorreita, os princípios protetivos dos interesses da criança, elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nessa esteira, note-se que, apesar de o art. 33 estar localizado em seção intitulada “Da Família Substituta”, e, não havendo, no caso dos autos, verdadeiramente uma substituição

familiar, ainda assim, os ditames expostos no dispositivo devem ser tomados em consideração, diante da expansão conceitual que hoje se opera sobre o termo “família”. Confira-se o teor do artigo:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

Com efeito, a solução que aqui se propõe seja adotada é contemplada pelo § 2º, do art. 33, do ECA, conforme reconhece YUSSEF CAHAL:

O § 2º prevê duas situações a serem consideradas, embora englobadas no mesmo dispositivo.

Na primeira parte o preceito cuida da concessão da guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender situações peculiares, como nos casos de guarda requerida por parentes próximos, com a concordância dos pais; ou da guarda especial, quando inexistente fundamento legal para a suspensão ou destituição do pátrio poder e visando a suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, ou falecidos ou com paradeiro ignorado.

(CAHAL, Yussef Said. *In. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. CURY, Munir (COORD). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 147)

Nesses termos, evidenciado que a guarda era providência que se adequava ao melhor interesse da criança, à época, e comprovada, ainda, a inequívoca intenção da autora em obtê-la, requisito indispensável e bastante ao reconhecimento da guarda póstuma, em raciocínio simétrico e analógico desenvolvido para o pedido de adoção, entendo deva ser provido este recurso especial, reconhecendo-se a guarda requerida, com os efeitos dela decorrentes.

6. Por fim, cumpre dizer que, mesmo não tendo sido o fundamento do acórdão, para o desprovimento do pedido de guarda, o fato de ter sido requerida com o fim de proporcionar o recebimento de benefício previdenciário pela menor, é certo que este Tribunal Superior não condena veementemente a prática vislumbrada, ao menos nos moldes em que se apresenta o pedido inicial.

Não se desconhece que a jurisprudência, outrora, já decidiu no sentido de que “o pedido de guarda formulado por avô não pode ser deferido para meros efeitos previdenciários, se os pais têm plena possibilidade de permanecer no seu exercício” (REsp 125.769/RJ, DJ de 09/09/2002; REsp 696.204/RJ, DJ de 19/09/2005; REsp 402.031/CE, DJ de 26/05/2003; REsp 87.900/RJ, DJ de 26/8/2002; REsp 95.606/RJ, DJ de 24/04/2000; REsp 94.369/RJ, DJ de 25/02/1998; REsp 116.456/RJ; REsp 94.535/RJ, DJ de 24/11/1997; REsp 82.474/RJ, DJ de 29/09/1997; REsp 97.069/MG, DJ de 1º/9/1997; REsp 86.442/RJ, DJ de 03/03/1997).

Todavia, não é essa a hipótese em análise, para qual, no interesse maior da criança, propõe-se o reconhecimento da guarda à “avó”, de quem a criança recebia afeto desde o nascimento e que promovia a concretização de todos os demais cuidados básicos à sua existência. Esse, sem sombra de dúvidas, era o fim precípuo do processo, garantir vida com dignidade à menor especial, e não a obtenção de benefício previdenciário, pura e simplesmente, constatação capaz de afastar eventual óbice ao acolhimento do pleito da recorrente.

Acrescente-se, ademais, que a boa-fé deve ser presumida, e, no processo em julgamento, em momento algum ficou evidenciado que o objetivo único da recorrente seria, repita-se, pura e simplesmente, garantir o recebimento de benefício previdenciário pela “neta”, mas, acima de tudo, o escopo perseguido era a

segurança de sustento para quando a avó não mais estivesse com elas, para que a menor, com necessidades especiais, tivesse condições dignas de vida e sobrevivência.

No mesmo sentido do caso em exame, outros julgados desta Corte:

RECURSO ESPECIAL – DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – PEDIDO DE GUARDA FORMULADO POR AVÔ – CONSENTIMENTO MATERNO - PAI FALLECIDO - DEFERIMENTO DA MEDIDA - POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBSERVADO O MAIOR INTERESSE DO MENOR - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. *In casu*, deve-se considerar que não se está diante daquilo que se convencionou chamar de “guarda previdenciária”, é dizer, daquela que tem como finalidade tão-somente angariar efeitos previdenciários.

2. A finalidade meramente “previdenciária” não pode ser o objetivo da pretendida modificação de guarda. Ao revés, a outorga de direitos

previdenciários em razão da colocação do petiz sob a guarda de outrem é apenas uma de suas implicações.

3. Como sói acontecer em processos desta natureza, vale dizer, onde se controvertem direitos da criança e do adolescente, o princípio do maior interesse é, de fato, o vetor interpretativo a orientar a decisão do magistrado.

4. Para fins de fixação de tese jurídica, deve-se admitir, de forma excepcional (artigo 31, § 1º, primeira parte c/c § 2º, do ECA) o deferimento da guarda de menor aos seus avós que o mantêm e, nesta medida, desfrutam de melhores condições de promover-lhe a necessária assistência material e efetiva, mormente quando comprovado forte laço de carinho, como ocorreu na espécie.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1186086/RO, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Terceira Turma, DJE

14/02/2011)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. MENOR. PEDIDO DE GUARDA FORMULADO PELA AVÓ. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA CRIANÇA. REGULARIZAÇÃO DE SITUAÇÃO DE FATO.

1. A concessão da guarda da criança a bisavó, visa regularizar uma situação de fato, uma vez que a menor reside com a bisavó paterna desde os 08 meses de idade. Preservação do interesse da menor, não só para fins previdenciários. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 532.984/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Terceira Turma, DJe 07/06/2010)

Nessa linha de ideias, anote-se, ainda, que se firmou o entendimento, no âmbito da Turmas especializadas no tema, já reiterado pela Corte Especial do Tribunal, no sentido de que à menor sob guarda deve ser assegurado o direito ao benefício da pensão por morte, mesmo se o falecimento se deu após a modificação legislativa promovida pela Lei nº 9.528/97 na Lei nº 8.213/91.

De fato, em recente julgamento proferido pela Corte Especial, sob a relatoria do eminente Ministro BENEDITO GONÇALVES, o colegiado fixou a possibilidade de assegurar benefício de pensão por morte a menor sob guarda judicial, em face da prevalência do disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA sobre norma previdenciária de natureza específica, ou seja, sobre o artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, alterada pela Lei nº 9.528/1997.

Confira-se a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL ADMINISTRATIVA

TIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS. ART. 16 DA LEI Nº 8.213/1990. MODIFICAÇÃO PELA MP Nº 1.523/96, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/1997. CONFRONTO COM O ART. 33, § 3º, DO ECA. INTERPRETAÇÃO COMPATÍVEL COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E COM O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR.

1. Tem-se no presente feito como questão de fundo a possibilidade de assegurar benefício de pensão por morte a menor sob guarda judicial, em face da prevalência do disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA sobre norma previdenciária de natureza específica, ou seja, sobre o artigo 16, § 2º da Lei nº 8.213/1991, alterada pela Lei nº 9.528/1997.

2. Havendo plano de proteção em arcabouço sistêmico constitucional e comprovada a guarda, em face da prevalência do disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA sobre norma previdenciária de natureza específica, ao menor sob guarda deve ser assegurado o benefício de pensão por morte, mesmo se o falecimento do instituidor se deu após a modificação legislativa promovida pela Lei nº 9.528/1997 na Lei nº 8.213/1990. Precedente: EREsp 1.141.788/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Corte Especial, DJe 16/12/2016.

3. Embargos de divergência providos.

(EAg 1038727/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Corte Especial, DJe 27/10/2017)

Na verdade, essa já era a orientação de inúmeros outros julgados, tanto no âmbito do Regime Geral da Previdência, quanto no referente ao Regime Próprio. Confirmam-se, nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. MENOR SOB GUARDA. INCLUSÃO COMO DEPENDENTE PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CÓDIGO FUX (CPC/2015). EMBARGOS DECLARATÓRIOS DO IAPEP REJEITADOS.

1. Os Embargos de Declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, o que não se verifica na espécie.

2. No caso em apreço, o aresto embargado resolveu fundamentadamente toda a controvérsia posta, tendo manifestado o entendimento de que o art. 33 do ECA deve prevalecer sobre a norma previdenciária, em razão do princípio constitucional da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, nos termos da jurisprudência do STJ. Precedentes: AgInt. no REsp. 1.312.012/PI, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 10/04/2017; AgRg no AREsp. 59.461/MG, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 20/11/2015; AgRg no REsp. 1.548.012/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20/11/2015; RMS 36.034/MT, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 15/04/2014 e REsp. 1.339.645/MT, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 04/05/2015.

3. A interpretação da Constituição Federal e dos seus princípios e valores deve, sempre, se sobrepor às prescrições das leis escritas, não sendo lícito ao intérprete interpretar os preceitos superiores a partir das criações sub-constitucionais, mas deve proceder de forma exatamente inversa.

4. Não se constatando a presença de quaisquer dos vícios elencados no art. 1.022 do Código Fux (CPC/2015), a discordância da parte quanto ao conteúdo da decisão não autoriza o pedido de declaração, que tem pressupostos específicos, os quais não podem ser ampliados.

5. Embargos de Declaração do IAPEP rejeitados.

(EDcl no AgInt no REsp 1.316.633/PI, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe 25/05/2017)

7. Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para julgar procedente o pedido de guarda póstuma em relação a J M Z, com todos os efeitos daí decorrentes.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.677.903 - SP (2016/0174219-0)

Voto

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Senhor Presidente, tendo em vista as peculiaridades desse caso, notadamente o pedido ter sido requerido em vida pela solicitante da guarda, a convivência da menor desde o nascimento com a autora da ação, a deficiência permanente da criança e a impossibilidade de seus genitores de exercer essa guarda a contento, acompanho o voto do eminente Relator.

Penso que o óbito da autora, enquanto pendente a causa, não deve afetar a conclusão em benefício da menor. Assim, tendo em vista essas circunstâncias excepcionabilíssimas, acompanho o voto do Senhor Ministro Relator.

ADOÇÃO PÓTUMA. INTENÇÃO DE ADOTAR. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DE VONTADE. LAÇOS DE AFETIVIDADE. ECA. PRIMAZIA DOS INTERESSES DA CRIANÇA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

EMENTA

Direito civil e processual civil. Adoção póstuma. Manifestação inequívoca da vontade do adotante. Laço de afetividade. Demonstração. Vedado revolvimento de fatos e

provas. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Decisão fundamentada. Prequestionamento. Ausência.

- Não padece o acórdão recorrido de omissão, contradição ou obscuridade, quando o Tribunal de origem pronuncia-se fundamentadamente quanto às questões relevantes ao deslinde da controvérsia.

- Não se conhece do recurso especial se a matéria jurídica versada nos dispositivos tidos como violados não foi debatida pelo Tribunal no acórdão recorrido.

- O julgador não está adstrito às teses jurídicas manifestadas pelas partes, bastando-lhe analisar fundamentadamente as questões necessárias à resolução do embate jurídico.

- Impõe-se especial atenção à condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, devendo o julgador nortear-se pela prevalência dos interesses do menor sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

- A adoção póstuma pode ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, venha a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença (art. 42, § 5º, do ECA).

- Na apreciação do pedido de adoção levar-se-á em consideração a relação de afetividade entre o adotante e o adotado (art. 28, § 2º, do ECA).

- Se o Tribunal de origem, ao analisar o acervo de fatos e provas existente no processo, concluiu pela inequívoca ocorrência da manifestação de propósito de adotar, bem como pela preexistência de laço de afeto a envolver a adotada e o adotante, repousa sobre a questão o óbice do vedado revolvimento fático e probatório do processo em sede de recurso especial.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos,

acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro CASTRO FILHO, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros CASTRO FILHO, HUMBERTO GOMES DE BARROS, ARI PARGENDLER e CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 28 de junho de 2007 (data do julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

RELATÓRIO

Recurso especial interposto por C. F. de C. e outro, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional.

Procedimento: pedido de adoção, formulado em 7/3/2002, por D. F. de C., em relação à menor R. D. da C., ao argumento de que convivía com a menina, sua afilhada, desde o nascimento desta, ocorrido em 7/7/1994, havendo entre ambos relação semelhante à de pai e filha.

Por meio de documentos, demonstrou que os pais biológicos concordam com a adoção, e que possui condições físicas, materiais, psicológicas e morais para adotar.

Petição (f. 34/35): noticiado por seu irmão o óbito do adotante, ocorrido no dia 5/4/2002.

Petição (f. 39/42): formulada pela adotanda, representada por sua genitora, pleiteando fosse deferida sua adoção póstuma.

Petição (f. 47/50): formulada pela adotanda, em que informa ter o falecido declarado a

menor como sua beneficiária para fins de habilitação à pensão militar, em documento datado de 09/03/1999, no qual consta que a menina vivia às suas expensas, residindo sob o mesmo teto há mais de cinco anos. Informa ainda ter o adotante celebrado contrato de prestação de serviços educacionais com o Colégio Sagrado Coração de Maria, mantendo, assim, os estudos da adotanda em escola particular e tradicional do Rio de Janeiro, bem assim, plano de saúde em nome da menor, com a Amil Assistência Médica Internacional Ltda.

Diversas petições foram lançadas aos autos, por meio das quais contendem os irmãos do falecido e a mãe da adotanda, aqueles procurando demonstrar a incapacidade física, emocional, psíquica e moral do falecido para adotar, enquanto esta pugna pelo acolhimento do pedido de adoção.

Sentença: julgou improcedente o pedido.

Houve interposição de apelações pela adotanda e pelo Espólio do adotante, com as respectivas contrarrazões, sendo ofertadas ainda contrarrazões pelas irmãs do falecido, ora recorrentes.

Decisão: não recebeu o recurso de apelação interposto pelo Espólio.

Acórdão: conferiu provimento ao recurso de apelação interposto pela adotanda recorrida, com a seguinte ementa:

(f. 299) - “ADOÇÃO PÓSTUMA. VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. INEQUÍVOCA VONTADE DO ADOTANTE. PROCEDIMENTO EM CURSO. APLICAÇÃO DO ART. 42, § 5º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL DO ADOTANTE PELO ESPÓLIO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO DE SUJEIÇÃO PERSONALÍSSIMO, INSUSCETÍVEL DE TRANSFERÊNCIA. PROVIMENTO DA APELAÇÃO DA ADOTADA.”

Embargos de declaração: interpostos pelas recorrentes, foram rejeitados em decisão unipessoal do Relator (f. 324).

Acórdão: negou provimento ao recurso de agravo interposto pelas recorrentes (f. 334).

Recurso especial: interposto sob alegação de ofensa aos arts. 165, 458, inc. II, 535, inc. II, do CPC; 6º, 19, 23, 28, §§ 1º e 2º, 29, 42, § 5º, 43, 165, do ECA, aos seguintes argumentos:

i) houve negativa de prestação jurisdicional;

ii) “a melhor condição sócio-econômica de D., comparativamente com os pais da menor R., e o fato de provê-la materialmente, custeando mensalidades escolares e de plano de saúde, não autorizariam, por si só, a adoção da mesma, porquanto a regra é a criança ser criada e educada no seio da família biológica, só podendo se dar a sua colocação em família substituta em caráter excepcional, isto é, quando os pais forem moralmente inidôneos ou incapazes de criá-la, porque levam vida desregrada ou enveredam pelo caminho da criminalidade, ou, ainda, são omissos e irresponsáveis, no que não se enquadram os pais dela” (f. 362);

iii) o falecido não era pessoa indicada para adotar uma criança de sete anos, pois não poderia oferecer ambiente familiar adequado à menor, porquanto se tratava, nas palavras das recorrentes, irmãos do adotante, de “homem solteiro, sistemático e agressivo, que contava com 71 (setenta e um) anos de idade e residia sozinho, apresentava dificuldade para deambular e estava seriamente doente” (f. 362);

iv) o único benefício auferido pela menor com a adoção é o financeiro, po que tornada a única herdeira do falecido.

Aduzem ainda, as recorrentes, que o acórdão impugnado “postergou princípios básicos e da maior relevância como o da prevalência do interesse do menor e o da prioridade da família natural, que assegura o direito de a criança ou adolescente ser criada

do e educado no seio da mesma” (f. 366).

Sustentam, por fim, que não houve manifestação inequívoca pelo falecido da vontade de adotar, sugerindo que o adotante agia por “influência de terceiros” (f. 367), com claro intuito de “punir, de alguma forma, os irmãos, talvez devido a algum ressentimento, não se podendo, destarte, falar em motivo legítimo, se, na verdade, a adoção seria o instrumento de que o adotante estaria a se valer para se vingar deles” (f. 363/364).

Contrarrazões: A f. 378/383.

Por meio de provimento a agravo de instrumento subiram os autos do recurso especial (f. 405).

Parecer do MPF: o i. Subprocurador-Geral de República, HENRIQUE FAGUNDES, opinou pelo não conhecimento do recurso especial.

É o relatório.

Voto

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cinge-se a controvérsia a saber da possibilidade de adoção póstuma, na hipótese em que o adotante falecido externou de forma inequívoca sua intenção de adotar, além de ter sido demonstrado o laço de afetividade existente entre ele e a adotada.

- Da violação aos arts. 165, 458, inc. II, 535, inc. II, do CPC

Aduzem as recorrentes que o acórdão impugnado foi omissivo, ao deixar de analisar teses jurídicas, tais como as referentes à prevalência maior do interesse da criança e a da prioridade da família natural, por elas manifestadas em sede de contrarrazões à apela-

ção e repetidas em embargos de declaração.

O Tribunal de origem, porém, concluiu, com base nas provas e fatos apresentados no processo, que presente o requisito para a adoção póstuma, qual seja, a manifestação inequívoca do propósito do adotante de adotar, nos termos seguintes:

(f. 301/302) - “A sentença apelada deve ser reformada, porque em desacordo com as alegações e provas dos autos.

Conforme se depreende da leitura do art. 42, § 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ‘a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença’. É o caso dos autos.

Da mesma forma, como se depreende das provas dos autos, no curso do procedimento quando o adotante D. F. de C. já externara inequívoca vontade de adotar a menor R. D. da C. como sua filha, o mesmo veio a falecer, quando, então, pretenderam os herdeiros a substituição processual pelo Espólio.

A circunstância descrita na lei já referida, está demonstrada na petição inicial firmada pelo procurador, na assinatura do adotante com firma reconhecida, com poderes especiais para representá-lo no presente procedimento de adoção, nos documentos de f. 98/100 (laudo firmado pelo psicólogo Pedro Sérgio de Carvalho Silva), constando, entre outros detalhes, a vontade inequívoca do autor de adotar a menor referida.

A sentença apelada desconsiderou as circunstâncias acima, opondo, ainda, o argumento da ausência de sentimento filial entre o adotante e a adotada, sentimento expressamente admitido pelo laudo de f. 98/100.

O laudo referido, nas considerações finais, expressamente admite que a menor R. D. da C. demonstrou laço afetivo com o adotante, sendo irrelevante que a menor não reconheça o adotante como figura paterna, como se pai não

fosse padrinho.”

Não padece, portanto, o acórdão recorrido de omissão, contradição ou obscuridade, tendo o Tribunal de origem se pronunciado fundamentadamente quanto às questões relevantes ao deslinde da controvérsia. Não há pois, a alegada violação aos arts. 165, 458, inc. II, 535, inc. II, do CPC.

- Da violação aos arts. 6º, 19, 23, 28, § 1º, 29, 43, 165, do ECA

As matérias jurídicas versadas nos arts. 6º, 19, 23, 28, § 1º, 29, 43, 165, do ECA, não foram apreciadas pelo Tribunal de origem, no acórdão impugnado, o que impede a abertura do debate no particular, ante o óbice da Súmula nº 211/STJ.

Ressalte-se que o julgador não está adstrito às teses jurídicas manifestadas pelas partes. Basta-lhe analisar fundamentadamente as questões necessárias à resolução do embate jurídico.

- Da violação aos arts. 28, § 2º, 42, § 5º, do ECA

A matéria tratada neste processo envolve interesse de menor, o que impõem especial atenção à condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, norteador-se o julgamento na prevalência dos interesses da menina, sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

Alegam as recorrentes, irmãs do falecido, que a decisão recorrida não sopesou de forma correta a existência de inequívoca manifestação de vontade do adotante, bem como não restou demonstrada a relação de afinidade ou de afetividade entre a menor e o adotante.

Ambas as questões acima declinadas, con-

tudo, foram devidamente analisadas pelo Tribunal de origem, conforme trecho do acórdão recorrido copiado no tópico anterior deste voto. E para concluir pela inequívoca ocorrência de manifestação de vontade do adotante (art. 42, § 5º, do ECA) além da existência de relação de afetividade entre ele e a menor (art. 28, § 2º, do ECA), o acórdão impugnado valeu-se do acervo de fatos e provas existentes no processo.

A modificação do julgado, nos termos em que pretendida pelas recorrentes, por certo, esbarraria no revolvimento do substrato fático e probatório do processo, expediente vedado em sede de recurso especial pelo óbice da Súmula nº 7/STJ, porquanto este Tribunal toma em consideração aos fatos assim como descritos no acórdão impugnado.

Ademais, em hipótese semelhante a do processo em julgamento, porém consideravelmente mais tênue em termos probatórios, este Tribunal já decidiu que “o reconhecimento da filiação na certidão de batismo, a que se conjugam outros elementos de prova, demonstra a inequívoca intenção de adotar, o que pode ser declarado ainda que ao tempo da morte não tenha tido início o procedimento para a formalização da adoção” (REsp 457.635/PB, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ de 17/03/2003).

A necessária manifestação inequívoca do propósito de adotar, encontra-se demonstrada de forma robusta neste processo, conforme posto no acórdão impugnado, notadamente pela documentação acostada aos autos, bem como pela petição inicial firmada pelo advogado e pela respectiva assinatura do adotante aposta na procuração, conferindo poderes especiais para ser representado no procedimento de adoção.

No que comporta à existência de relação de afetividade entre a adotada e o adotante,

houve expressa menção no acórdão no sentido de que ficou demonstrado o laço afetivo entre ambos, com base igualmente na prova apresentada nos autos.

Não vigora, pois, a violação deduzida aos arts. 28, § 2º, 42, § 5º, do ECA, reconhecendo-se, por fim, que o Tribunal de origem operou seguramente nos termos da primazia dos interesses da criança, ao salvaguardar sobretudo os direitos de pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, bem como ao fazer valer a vontade inequivocamente manifestada pelo adotante no sentido de consolidar laço afetivo preexistente.

Forte em tais razões, NÃO CONHEÇO do recurso especial.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO FILHO: Como muito bem relatado, cuida-se de recurso especial interposto com espeque na alínea ‘a’ do permissivo constitucional, no qual a parte recorrente, irmãs do *de cujus*, se insurgem contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que deu provimento ao apelo da ora recorrida, para reconhecer a adoção póstuma.

Inconformadas, as recorrentes sustentam, em síntese:

I) que houve negativa de prestação jurisdicional;

II) que o fato de o *de cujus* manter financeiramente a menor, custeando a sua educação, lazer, alimentação, habitação e lhe ter colocado como dependente no plano de saúde militar, não garante sua vontade de adoção;

III) que a criança deve ficar no seio da família biológica, como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente;

IV) que o falecido não era pessoa idônea

ou apta fisicamente à adoção, e

V) que o único benefício auferido pela menor com a adoção é o financeiro, porque se tornaria a única herdeira do falecido.

Sustentam, ainda, que não houve manifestação inequívoca, nos autos, da vontade de adotar, sugerindo que o adotante agia com intuito de ‘punir’ os irmãos.

Para tanto, apontam como violados os artigos 165, 458 e 535 do Código de Processo Civil; 6º, 19, 23, 28, §§ 1º e 2º, 29, 42, § 5º, 43 e 165 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Pedi vista dos autos para melhor exame.

Após análise atenta dos autos, bem como do voto da ilustre relatora, cheguei à mesma conclusão.

A adoção póstuma está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, em dispositivo legal assim redigido: “A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de proferida a sentença.” (artigo 42, § 5º).

Destarte, para sua concretização, reclama a lei a presença de duas condições: a) a inequívoca manifestação de vontade do adotante; b) existência de procedimento instaurado.

Quanto à segunda exigência, os autos estão, por si sós, a comprová-la. No que pertine à primeira, o legislador agiu corretamente ao exigir a prova inequívoca da manifestação da vontade do adotante, ou seja, de que manifestou em vida a intenção de adotar o menor. Sem essa comprovação, a decisão judicial iria contra, não só à lei, mas também à memória do morto.

Por simples leitura do acórdão hostilizado (f. 299/310), enriquecido pelo parecer do

Ministério Público Estadual (f. 275/292), não há como se questionar a minuciosa análise das provas feita pelo tribunal estadual, que serviram de base para sua conclusão.

Rever, portanto, tal posicionamento é inviável nesta Corte, à luz do enunciado nº 7 da sua Súmula.

Ademais, devemos interpretar o artigo 42, § 5º, em harmonia com o artigo 6º do mesmo diploma legal: “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento”.

Por consequência lógica, o interesse da menor sobrelevará qualquer outro interesse juridicamente tutelado, e este interesse foi muito bem destacado e protegido no caso em apreço.

Acompanhando integralmente o percucente voto da eminente relatora, não conheço do recurso.

É como voto.

AUXÍLIO-ADOÇÃO. SERVIDOR ESTADUAL. PROJETO DE LEI. VÍCIO ORGÂNICO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. VIOLAÇÃO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. REPRESENTAÇÃO ACOLHIDA PARCIALMENTE.

Representação por inconstitucionalidade.

Lei nº 3.499/2000, de 08 de dezembro de 2000, do Estado do Rio de Janeiro, que cria o “Programa um lar para mim” e institui o “Auxílio-adoção para o servidor público estadual que acolher criança ou adolescente órfão ou abandonado”.

Controle concentrado de constituio-

nalidade da legislação estadual.

Veto a expressões ou palavras de dispositivos de lei submetida à sanção, quanto aos artigos 2º, §§2º e 3º, 9º, II e 17 da lei impugnada.

Paradigma de confronto extraído da Carta Estadual, artigo 115, §2º da Constituição Estadual, sem prejuízo do contraste indireto com o art. 62, §2º da CRFB, de observância obrigatória pelos Estados.

Pretensão de inconstitucionalidade integral, por arrastamento, do diploma legal submetido a controle. Defeito orgânico/formal.

Posição mais atual da doutrina constitucional.

Sanção por demais severa por defeito de forma, se dos vetos não resulta ininteligibilidade do texto legal. Inconstitucionalidade, entretanto, por causa de pedir diversa, do § 2º, do artigo 2º da Lei em comento, qual a de exclusão do programa de adoção dos órfãos, que viola a mais não poder o princípio da igualdade e, em consequência, o da própria dignidade humana, sobre que tem assento os direitos fundamentais.

Representação de inconstitucionalidade parcialmente acolhida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Representação de Inconstitucionalidade nº 0060948-44.2016.8.19.0000.

Acordam os Desembargadores que integram o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em julgar parcialmente procedente a Representação e, em consequência, declarar a inconstitucionalidade do § 2º, do artigo 2º da Lei nº 3.499, de 08 de dezembro de 2000, que “Cria o Programa Um Lar para Mim”, e institui o “Auxílio-adoção para o servidor público estadual que acolher criança ou adolescente órfão ou abandonado, e dá outras providências”.

E assim decidem, na conformidade do re-

latório e voto do Desembargador relator.

1. Pretende a autora, Exma. Sra. Procuradora Geral do Estado do Rio de Janeiro, ver declarada a inconstitucionalidade, por vício formal, da Lei nº 3.499, de 08 de dezembro de 2000, que “Cria o Programa Um Lar para Mim”, e institui o “Auxílio-adoção para o servidor público estadual que acolher criança ou adolescente órfão ou abandonado, e dá outras providências”.

Sustenta a Representante, em substância, que a Lei objurgada padece de defeito orgânico, decorrente da aposição de veto parcial do Chefe do Poder Executivo, de expressões e palavras de dispositivos do Projeto de Lei que deu origem à norma ora impugnada.

Defende que, considerado o vício formal de tais dispositivos, toda a lei deveria ser declarada inconstitucional por arrastamento, por conta da relação de dependência com seus demais dispositivos.

Dá por violados o art. 115, § 2º, da Constituição Estadual, e o art. 66, § 2º, da Constituição da República, em razão dos vetos parciais apostos fragmentariamente sobre expressões de disposições da lei, especificadamente, de seus arts. 2º, §§ 2º e 3º, 9º, II e 17, e, por isso, e bate pela declaração de inconstitucionalidade por arrastamento, dos demais dispositivos da Lei pois se relacionariam a requisitos que, mais do que imprescindíveis para a caracterização da concessão do auxílio-adoção, compõem a própria essência desse benefício.

1.1 Inicialmente distribuída a relatoria da Eminente Desembargadora ELISABETE FILIZZOLA ASSUNÇÃO, determinou-se a notificação do representado para prestar as informações e a oitiva das doudas Procuradorias do Estado do Rio de Janeiro e de Justiça (índice eletrônico 0021).

1.2 As informações prestadas pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro dão contas de que a norma impugnada originou-se do Projeto de Lei nº 1.819/2000, de autoria do Poder Executivo. Aduzem que os vetos das palavras e das expressões não alteraram substancialmente os dispositivos normativos, a par de salientar a inteligibilidade do respectivo texto, mesmo com os vetos das palavras e expressões mencionadas. Afirmam ter sido observado o devido processo legislativo, malgrado os vetos realizados pelo Chefe do Poder Executivo. Por fim, pugnam pela rejeição da inconstitucionalidade por arrastamento, considerando que, mesmo em se declarando a inconstitucionalidade dos arts. 2º, §§ 2º e 3º, 9º, II e 17 da legislação estadual impugnada, o restante da norma se manteria hígido e plenamente apto a produzir efeitos jurídicos (índice eletrônico 026).

1.3 Há manifestação da Procuradoria Geral do Estado, representante, a reiterar a vedação ao Chefe do Poder Executivo de vetar, parcialmente, palavras ou expressões de dispositivos legais. No mais, defende que a inconstitucionalidade por arrastamento decorre da nulidade dos artigos 2º, §§ 2º e 3º, 9º, II e 17 da legislação estadual, pois as demais normas guardam relação direta de dependência com os dispositivos impugnados (índice eletrônico 00046).

1.4 O parecer da Douda Procuradoria de Justiça recomenda a procedência da representação (índice eletrônico 0047).

1.5 Este o sucinto relatório.

VOTO DO RELATOR

2. Bem, pretende a autora ver declarada a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 3.499/2000, oriunda do Projeto de Lei nº 1.819/2000, de iniciativa do Governador do

Estado, promulgada pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro no dia 08 de dezembro de 2000, que “Cria o programa um lar para mim” e institui o “auxílio adoção para o servidor público estadual que acolher criança ou adolescente órfão ou abandonado”, eis que maculada por vício orgânico por conta de que a versão original do Projeto de Lei teria sido significativamente alterada pelos vetos parciais apostos a dispositivos da lei impugnada, pelo Chefe do Poder Executivo da época.

2.1 Enfatize-se, antes de tudo, que em sede de controle concentrado de constitucionalidade da legislação estadual, pela via da representação por inconstitucionalidade endereçada aos Tribunais de Justiça dos Estados, o paradigma de confronto é, sim, a Constituição Estadual, ainda quando se limite a reproduzir, obrigatoriamente, dispositivos da Constituição da República - por isso que obviamente providos de eficácia normativa.

Na hipótese, o confronto se dá com o artigo 115, § 2º da Constituição Estadual, sem prejuízo do enfretamento com o art. 66, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, de observância obrigatória pelos Estados, todos eleitos como referência da inconstitucionalidade em debate.

3. Isso esclarecido, passa-se ao exame da Lei impugnada, cujo teor transcreve-se a seguir:

“O Governador do Estado do Rio de Janeiro,

Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - Fica criado o Programa UM LAR PARA MIM, a ser executado por intermédio do AUXÍLIO-ADOÇÃO, instituído na forma desta Lei.

Art.2º-Obeneficiário doAUXÍLIO-ADOÇÃO será o servidor público estadual, civil ou militar, ou inativo, que, como família substituta, acolher, a partir da regulamentação desta Lei, criança ou adolescente, egresso de entidade de atendimento, mediante guarda, tutela ou adoção constituídas nos termos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

§ 1º - VETADO

§ 2º - O auxílio-adoção será concedido no caso de criança ou adolescente filhos de pais desconhecidos ou destituídos do pátrio poder, na forma da Lei, ...VETADO ...

§ 3º - O acolhimento de que trata este artigo terá de ser feito obrigatoriamente por intermédio do Juizado da Infância e da Juventude, desde a guarda até a adoção, sendo igualmente obrigatório o acompanhamento ...VETADO ... de convivência do acolhido com a família substituta.

Art. 3º - O auxílio-adoção será concedido nos seguintes valores:

a) - 3 (três) salários-mínimos por acolhimento de criança de 5 (cinco) a menos de 8 (oito) anos;

b) - 4 (quatro) salários-mínimos por acolhimento de criança de 8 (oito) a menos de 12 (doze) anos;

c) - 5 (cinco) salários-mínimos por acolhimento de criança ou adolescente de 12 (doze) até 18 (dezoito) anos; e

d) - 5 (cinco) salários-mínimos por acolhimento de criança ou adolescente portador de deficiência, do vírus HIV (SIDA/AIDS) ou de outras doenças de natureza grave ou maligna que requeiram cuidados pessoais e médicos permanentes.

Parágrafo único - O valor do auxílio-ado-

ção, para cada beneficiário, será atualizado à proporção da sucessão das faixas etárias previstas neste artigo.

Art. 4º - O auxílio-adoção perdurará até que a criança ou adolescente complete 21 (vinte e um) anos, sendo prorrogado até os 24 (vinte e quatro) anos, se comprovadas matrícula e frequência em curso de nível superior.

Parágrafo único - No caso de criança ou adolescente incluído no critério da alínea d do artigo 3º, o auxílio-adoção somente se extinguirá por morte.

Art. 5º - VETADO

Art. 6º - O servidor deverá comprovar, como condição para a percepção do auxílio-adoção:

I - vínculo funcional com a administração pública estadual direta ou indireta ou situação de inatividade;

II - a regularidade do acolhimento, apresentando documentação da situação jurídica da criança ou do adolescente acolhido, expedida por Juízo da Infância e da Juventude, no Estado do Rio de Janeiro; e

III - VETADO

Art. 7º - VETADO

Art. 8º - O auxílio-adoção será concedido por apenas uma criança ou adolescente a cada beneficiário, salvo no caso de guarda, tutela ou adoção de irmãos.

Art. 9º - Consideram-se, para fins desta Lei:

I - entidade de atendimento, a pessoa jurídica, sediada no Estado, que executa programa de proteção destinado a criança ou adolescente em regime de abrigo, na forma do art. 90, inciso IV, do Estatuto da Criança e do

Adolescente;

II - família substituta, a pessoa ou casal ...VETADO ...constituído em unidade familiar pelos estatutos jurídicos de guarda, tutela ou adoção, assumindo direitos e deveres perante a criança ou adolescente, na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente; e

III - portador de deficiência, a criança ou o adolescente incapacitado por anomalia de natureza mental, física ou psíquica, impeditiva do desempenho das atividades da vida diária, sem o auxílio de terceiros.

Art. 10 - O auxílio-adoção será concedido provisoriamente, quando o beneficiário obtiver a guarda da criança ou adolescente, liminar ou incidentalmente, por ato de autoridade judiciária.

Art. 11 - O auxílio-adoção, no caso de colocação em família substituta na modalidade de guarda, deverá ser revisto a cada 2 (dois) anos para verificação das condições que lhe deram origem.

Art. 12 - O auxílio-adoção será suspenso na ocorrência de maus-tratos, negligência, abandono, exploração ou abuso sexual, praticado por membro da família substituta contra qualquer criança ou adolescente, e no caso de alcoolismo ou uso de substâncias entorpecentes pelo beneficiário.

Art. 13 - VETADO

Art. 14 - O pagamento do auxílio será cancelado nas seguintes hipóteses:

I - revogação ou modificação da decisão de guarda, destituindo-se o guardião;

II - transferência da criança ou adolescente a terceiros, ou sua reposição em regime de abrigo, pela família substituta, em entidade de atendimento;

III - falecimento da criança ou adolescen-

te acolhido.

Art. 15 - No caso de falecimento do beneficiário, o auxílio-adoção poderá ser pago provisoriamente pelo Estado à pessoa física que estiver na posse de fato da criança ou adolescente, desde que promova, no prazo de trinta dias, a regularização judicial da guarda, tutela ou adoção.

Parágrafo único – VETADO

Art. 16 – VETADO

Art. 17 - O regulamento do Poder Executivo, ...VETADO..., complementarará as condições e formas de concessão e cancelamento do auxílio-adoção, e fixará competência para acompanhamento e controle do cumprimento desta Lei.

Art. 18 - As despesas decorrentes desta Lei correrão à conta das dotações orçamentárias próprias, ficando o Poder Executivo autorizado a abrir os créditos suplementares que se fizerem necessários.

Art. 19 - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário”.

3.1 A versão original do Projeto de Lei nº 1.819/2000, de autoria do Poder Executivo, encaminhado à sanção do então Sr. Governador do Estado, que ente dera por vetar, parcialmente, os §§ 2º e 3º do artigo 2º; o inciso II do art. 9º e o caput do artigo 17, assim dispunha:

“A ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO RESOLVE:

Art. 1º - Fica criado o Programa UM LAR PARA MIM, a ser executado por intermédio do AUXÍLIO-ADOÇÃO, instituído na forma desta Lei.

Art. 2º - O beneficiário do AUXÍLIO-ADOÇÃO será o servidor público estadual, civil ou militar, ou inativo, que, como família substituta, acolher, a partir da regulamentação desta Lei, criança ou adolescente, egresso de entidade de atendimento, mediante guarda, tutela ou adoção constituídas nos termos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

§1º - O beneficiário deverá cumprir, obrigatoriamente, procedimento de habilitação estabelecido por equipe técnica do Poder Judiciário.

§2º - O auxílio-adoção será concedido no caso de criança ou adolescente filhos de pais desconhecidos ou destituídos do pátrio poder, na forma da Lei, bem como de órfãos de policiais civis e militares e de bombeiros militares, e a partir de estudo psicossocial atualizado do adotando, quanto às condições de inserção em família substituta.

§3º - O auxílio-adoção será concedido nos seguintes valores:

a) 3 (três) salários-mínimos por acolhimento de criança de 5 (cinco) a menos de 8 (oito) anos;

b) 4 (quatro) salários-mínimos por acolhimento de criança de 8 (oito) a menos de 12 (doze) anos;

c) 5 (cinco) salários-mínimos por acolhimento de criança ou adolescente de 12 (doze) até 18 (dezoito) anos; e

d) 5 (cinco) salários-mínimos por acolhimento de criança ou adolescente portador de deficiência, do vírus HIV (SIDA/AIDS) ou de outras doenças de atureza grave ou maligna que requeiram cuidados pessoais e médicos permanentes.

Parágrafo Único - O valor do auxílio-adoção, para cada beneficiário, será atualizado à

proporção da sucessão das faixas etárias previstas neste artigo.

Art. 4º - O auxílio-adoção perdurará até que a criança ou adolescente complete 21 (vinte e um) anos, sendo prorrogado até os 24 (vinte e quatro) anos, se comprovadas matrícula e frequência em curso de nível superior.

Parágrafo Único - No caso de criança ou adolescente incluído no critério da alínea d do artigo 3º, o auxílio-adoção somente se extinguirá por morte.

Art. 5º - Os Juizados da Infância e da Juventude manterão cadastro atualizado mês a mês contendo a relação das crianças e adolescentes disponíveis para adoção.

Art. 6º - O servidor deverá comprovar, como condição para a percepção do auxílio-adoção:

I - vínculo funcional com a administração pública estadual direta ou indireta ou situação de inatividade;

II - a regularidade do acolhimento, apresentando documentação da situação jurídica da criança ou do adolescente acolhido, expedida por Juízo da Infância e da Juventude, no Estado do Rio de Janeiro; e

III - o pleno gozo de saúde física e psicológica junto ao Juizado da Infância e da Juventude.

Art. 7º - Não poderão receber o auxílio adoção os servidores com processo judicial ou administrativo em curso.

Art. 8º - O auxílio-adoção será concedido por apenas uma criança ou adolescente a cada beneficiário, salvo no caso de guarda, tutela ou adoção de irmãos.

Art. 9º - Consideram-se, para fins desta Lei:

I - entidade de atendimento, a pessoa jurídica, sediada no Estado, que executa programa de proteção destinada à criança ou adolescente em regime de abrigo, na forma do art. 90, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente;

II - família substituta, a pessoa ou casal formado por homem e mulher constituído em unidade familiar pelos estatutos jurídicos de guarda, tutela ou adoção, assumindo direitos e deveres perante a criança ou adolescente, na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente; e

III - portador de deficiência, a criança ou adolescente incapacitado por anomalia de natureza mental, física ou psíquica, impeditiva do desempenho das atividades da vida diária, sem o auxílio de terceiros.

Art. 10 - O auxílio-adoção será concedido provisoriamente, quando o beneficiário obtiver a guarda da criança ou adolescente, liminar ou incidentalmente, por ato de autoridade judiciária.

Art. 11 - O auxílio-adoção, no caso de colocação em família substituta na modalidade de guarda, deverá ser revisto a cada 2 (dois) anos para verificação das condições que lhe deram origem.

Art. 12 - O auxílio-adoção será suspenso na ocorrência de maus-tratos, negligência, abandono, exploração ou abuso sexual, praticado por membro da família substituta contra qualquer criança ou adolescente, e no caso de alcoolismo ou uso de substâncias entorpecentes pelo beneficiário.

Art. 13 - O auxílio-adoção será sumariamente extinto se a criança ou adolescente sob guarda, tutela ou adoção não estiver frequentando regularmente a escola de sua série, se em idade escolar.

Art. 14 - O pagamento do auxílio será

cancelado nas seguintes hipóteses:

I - revogação ou modificação da decisão de guarda, destituindo-se o guardião;

II - transferência da criança ou adolescente a terceiros, ou sua reposição em regime de abrigo, pela família substituta, em entidade de atendimento;

III - falecimento da criança ou adolescente acolhido.

Art. 15 - No caso de falecimento do beneficiário, o auxílio-adoção poderá ser pago provisoriamente pelo Estado à pessoa física que estiver na posse de fato da criança ou adolescente, desde que promova, no prazo de trinta dias, a regularização judicial da guarda, tutela ou adoção.

Parágrafo Único - Na hipótese desta pessoa física referida no *caput* já ser beneficiária do referido auxílio, não se aplicará o disposto no Artigo 8ª desta lei, salvo o caso de irmãos.

Art. 16 - Fica o Poder Executivo Estadual autorizado a considerar beneficiário do auxílio-adoção, de que trata esta lei, todo cidadão domiciliado e residente no Estado do Rio de Janeiro que venha a preencher os requisitos legais exigidos.

Art. 17 - O regulamento do Poder Executivo, que será elaborado com a participação do Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente, de que trata o art. 51 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Estadual, será baixado no prazo de até 60 (sessenta) dias, complementar as condições e formas de concessão e cancelamento do auxílio-adoção, e fixará competência para acompanhamento e controle do cumprimento desta Lei.

Art. 18 - As despesas decorrentes desta lei correrão à conta das dotações orçamentárias

próprias, ficando o Poder Executivo autorizado a abrir os créditos suplementares que se fizerem necessários.

Art. 19 - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário”.

3.2 Do cotejo entre a lei e o projeto de lei que a precederá depreende-se flagrante a apontada inconstitucionalidade formal, porquanto maculada a regra Constitucional que proíbe o veto de palavras e expressões.

3.3 Nesse aspecto, releva anotar que a regra da Constituição Federal sobre o veto (art. 66, § 2ª), de reprodução obrigatória na Carta Estadual (art. 115, § 2ª) é clara ao dispor que o veto parcial só pode abranger texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea, de modo que não se admite veto de palavras ou expressões.

3.4 O vício é de natureza orgânica e, por isso, de menor gravidade do que o de índole material, e reconduz, por isso, a uma reflexão mais profunda sobre o angustiante tudo ou nada da declaração de inconstitucionalidade que a que doutrina não se cansa de referir.

3.5 É verdade que a doutrina majoritária conceitua a sentença de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público como declaratórias de nulidade absoluta, pré-existente, portanto, e, por isso, fulminada pela respectiva declaração, desde sua vigência¹, dotada de eficácia erga omnes no controle concentrado e *inter partes* no difuso, sem prejuízo de que adquira, mesmo nessa espécie de con-

1 Sem prejuízo de eventual modulação temporal, exigida por excepcionais razões de segurança jurídica ou de ordem pública - Lei 9.868/99, artigo 27, e artigo da 282, 4 da Constituição portuguesa.

trole subjetivo, eficácia contra todos se, alçado o respectivo julgado, monocrático ou Colegiado, de pronúncia da eiva, ao Egrégio Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário.²

2 “Ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos. Sem dúvida, afigura-se relevante no sistema misto brasileiro o significado da decisão limitadora tomada pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas sobre os julgados proferidos pelos demais juízes e tribunais no sistema difuso. O tema relativo à compatibilização de decisões nos modelos concreto e abstrato não é exatamente novo e foi suscitado, inicialmente, na Áustria, tendo em vista os reflexos da decisão da Corte Constitucional sobre os casos concretos que deram origem ao incidente de inconstitucionalidade (1920-1929). Optou-se ali por atribuir efeito *ex tunc* excepcional à repercussão da decisão de inconstitucionalidade sobre o caso concreto (Constituição austríaca, art. 140, n. 7, 2ª parte).

O assunto suscita problemas, dada a inevitável convivência entre os modelos difuso e direto. Quais serão, assim, os efeitos da decisão *ex nunc* do Supremo Tribunal Federal, proferida *in abstracto*, sobre as decisões já proferidas pelas instâncias afirmadoras da inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc*? Um argumento que pode ser suscitado diz respeito ao direito fundamental de acesso à justiça, tal como já arguido no Direito português, afirmando-se que haveria a frustração da expectativa daqueles que obtiveram o reconhecimento jurisdicional do fundamento de sua pretensão.

A declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação - necessidade de um outro princípio que justifique a não-aplicação do princípio da nulidade - parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente no modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, essa decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração

3.6 Nessa concepção, a lei inconstitucional é um nada quando se considere a supremacia normativa da Constituição, de modo que a sentença que a declare nada mais faz do que isso: declarar um fato pré-existente, e nada constitui. As raízes dessa compreensão remontam ao direito norte-americano e, na dicção de Willoughby, “*the unconstitutional statute is not law at all*”. Ora, o modelo brasileiro, inspirado no dos americanos do Norte, adotou o mesmo sistema a partir da Constituição de 1.891, a primeira da república, e desde então assim tem se orientado a doutrina nacional, na esteira, aliás, da portuguesa, malgrado o pensamento de KELSEN no sentido da natureza constitutiva da sentença que reconheça a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, a partir da índole anulável de tal defeito.

A doutrina de MARSHALL, expressa no célebre julgamento *Marbury v. Madison*, pronunciado pela Suprema Corte Norte-Americana, de 1803, adotava critério diverso:

“Ou a Constituição é a lei suprema, inalterável por meios ordinários, ou está no mesmo nível dos atos legislativos ordinários, e, como outros atos, é alterável quando agrada à legislatura. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, um ato legislativo, contrário à Constituição, não é lei (*is not law*); se a última parte é verdadeira, então as Constituições escritas são tentativas absurdas por parte do povo de limitar um poder, por sua própria natureza ilimitável”.

E essa leitura foi entronizada no Brasil por RUI BARBOSA e desde então adotada

de inconstitucionalidade restrita ou limitada”. (...) (Cfr. Mendes Ferreira, Gilmar, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo, Saraiva, 2.007, p. 1.043/47) - o destaque é nosso.

por todos os reconhecidos constitucionalistas pátrios, a partir mesmo da lição de Cooley, firme no sentido de que a “a lei inconstitucional é uma expressão enganosa (*is a misnomer*) e importa numa contradição. Tal ato não é, de fato, uma lei (*in fact no law at all*). “ Assim, *null and void, nulo e írrito*, o ato inconstitucional haveria de ser desconstituído retroativamente - *ex tunc*.

Entretanto, como com propriedade, acentua CARLOS FLÁVIO VENÂNCIO MARCÍLIO, mestrando em Direito Constitucional pelo IDP³:

“a teoria da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro e vem sendo sustentada por grande parte da doutrina, que equipara inconstitucionalidade com nulidade. Logo, a lei declarada inconstitucional é considerada nula de pleno direito e possui eficácia *ex tunc*, ou seja, seus efeitos retroagem para a entrada em vigor da norma inconstitucional. Por conseguinte, a lei declarada inconstitucional no controle concentrado de constitucionalidade não poderá produzir mais efeitos. Contudo, com a evolução do direito constitucional e a maior complexidade das relações jurídicas, a aplicação irrestrita da teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional pode gerar grandes gravames, em alguns casos até maior do que a manutenção da aplicação da norma inconstitucional às situações pretéritas. Há, inclusive, situações onde a aplicação continuada da norma por grande lapso temporal torna quase impossível a declaração de sua nulidade absoluta, o que acarretaria a desconstituição de inúmeras relações jurídicas já sedimentadas, ocasionando a insegurança jurídica”.

3 Constitucionalidade da Lei nº 9.766/199, <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/viewFile/218/179>, visitado em 15/07/2017, às 10:45h.

3.7 Assim, o tudo ou nada da constitucionalidade/inconstitucionalidade, com a consequente nulidade retro operante, como da tradição brasileira, não se compagina mesmo com as exigências postas pela própria Constituição, como as da segurança jurídica, de que são garantias a irretroatividade das leis, salvo as de natureza penal quando que mais benéficas, o ato jurídico perfeito e acabado, a coisa julgada, a isonomia, e tantos outros princípios constitucionais sem os quais a vida em grupo não se sustentaria civilizadamente e em perfeita harmonia e paz social.

O ilustre professor doutor CARLOS BLANCO DE MORAIS nos dá um precioso resumo da linha evolutiva da técnica-princípio, desde o Tribunal Constitucional como “legislador negativo”, na linha do pensamento de KELSEN, que mais se dirigia à defesa da Constituição, passando pelo confronto com o sistema alemão, direcionado à garantia “efetiva e substancial do Estado de direito democrático, com especial relevo para a tutela dos direitos fundamentais”⁴, seguido, entre outros, por Portugal e Brasil.

O tudo ou nada, ou, nas palavras de BLANCO DE MORAIS, “a rigidez subjacente à seca alternativa entre sentenças de acolhimento e sentenças de rejeição revelava expressivas lacunas no respeitante à salvaguarda de importantes princípios constitucionais, tais como a segurança jurídica, a proporcionalidade, à igualdade e a conservação dos *actos* normativos produzidos pelo *decisor* democrático.”⁵

3.8 A solução encontrada, e liderada pelo modelo português, foi a da modulação temporal dos efeitos da sentença declaratória de inconstitucionalidade, adotada pelo Brasil em

4 Blanco de Moraes, Carlos, **As sentenças intermédias da Justiça constitucional**, AAFDL, 2009, p. 22
5 Idem, p. 23.

1999, que não deixava, entretanto, de produzir efeitos colaterais indesejados⁶, coarctados em seguida pela adoção de uma técnica reducionista do preceito, não apenas parcial quantitativa -- de segmento da norma impugnada, mas “na realização de operações interpretativas das quais decorra a redutibilidade das opções normativas que emanam do enunciado.”⁷, não a de seu texto.

E prossegue o ilustre professor da Faculdade de Direito de Lisboa: “Imperativos de aproveitamento dos *actos* e, sobretudo, de tutela dos princípios da segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade conduziram a operações interpretativas e integrativas da Justiça Constitucional, destinadas não apenas a declarar uma inconstitucionalidade, mas tam-

bém a “consertá-la” no tecido normativo através da prolação de uma decisão aditiva. Neste ponto o Tribunal Constitucional afirmou-se como titular de um poder “correctivo” ou “reparador” ”*ad futurum*” de deformidades ou insuficiências das normas jurídicas afectadas pela inconstitucionalidade”.

3.9 Mas tudo isso se deu, não se tenha dúvidas, a partir da alteração porque, desde a Corte Warren, nos idos de 1950, o constitucionalismo norte-americano passou a adotar posicionamento que, para além da declaração de inconstitucionalidade, indicara posturas a serem seguidas para completa realização da Constituição, especialmente quanto aos direitos fundamentais e à discriminação social, que bem perfilhava a eficácia prospectiva do que se decidia.⁸

E assim, alterada a matriz, por isso que o *judicial review*, e seu hermético sistema de nulidade *ex radice* da lei inconstitucional serviu de modelo ao controle de constitucionalidade brasileiro desde a Constituição de 1891, também os rebentos que gerou começaram a se alterar, vez que as perplexidades a que o sistema da declaração de nulidade absoluta com efeitos retroativos conduz, cobravam solução imediata que as Leis n.º 9.868 e 9.882, ambas de 1999, intentaram amenizar com a introdução de novas técnicas de decisão, como a de interpretação conforme à constituição⁹ e a da nulidade parcial não reducionista.

Em 1965, quando do julgamento do caso

6 A Constituição portuguesa *expressis verbis* dispõe em seu artigo 282.º, 4: “Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.º 1 e 2.”

No Brasil, a regra-princípio sobreveio com a edição da Lei n.º 9.868/99, art. 27: “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Essa regra, autêntico princípio que preside o exercício da jurisdição constitucional, antes mesmo de se ver formalmente positivada, terá, de alguma forma, inspirada a configuração das técnicas em comento, mais ricas em opções do que as modulações temporais dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade em decorrência da respectiva natureza, de nulidade absoluta ou de inexistência do ato normativo fiscalizado.

7 Idem, *ibidem*, p. 25

8 Tribe, *ob. cit.* p. 29 e seguintes.

9 Interpreting the statute do make it constitutional, ao que tudo indica adotado pela primeira vez em sede de controle difuso nos Estados Unidos da América do Norte ainda no século XIX, precisamente em 1842, no caso *Swift v. Tyson*, 41 U.S. (16 pet9), sem maiores considerações doutrinárias, feitas, apenas, em 1936, no caso *Aschwander x Tennessee Valley Authority*, pelo voto concorrente do Juiz Brandeis que desde então fixava algumas regras desenvolvidas pela própria Corte, como se verá mais adiante.

Linkletter v. Walker, a Suprema Corte, pelo voto do Justice Cardozo, enfático quanto o fato de que “a Constituição nem proíbe nem reclama o efeito retroativo”¹⁰, rejeitou, expressamente, o desfazimento *ex tunc* dos efeitos do ato declarado inconstitucional, tanto mais que o tema referido à retroatividade ou da irretroatividade da desconstituição, é uma questão de *policy*, como se veio a decidir no caso *Stovall v. Denno*, em 1967.¹¹

10 “the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect”. A Suprema Corte acabou por assentar que o tema da retroatividade é de política judiciária, que deve ser decidida de acordo com cada caso em concreto. Cf. TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. vol. 1. New York: Foundation Press, 2000. p. 218-9; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Efeitos da inconstitucionalidade da lei*. In: **Direito Público**. Porto Alegre, 2005. n. 8. pp. 154-5.

11 No caso *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), que antecedeu *Linkletter v. Walker*, firmou-se o entendimento de que a prova obtida ilegalmente não era admissível em juízo penal. Daí a impetração de inúmeros *habeas corpus* com vistas à aplicação desse entendimento a casos já julgados. Mas o juiz Clark, com apoio no julgamento anterior *Wolf v. Colorado*, diametralmente oposto ao que então se decidira em *Mapp*, e no fato de que as diretivas nele fixadas tinham como objeto conter as ações ilegais da polícia, proteger as vítimas e conferir padrões jurídicos para a atuação dos órgãos judiciais, e com olhos postos na imensa carga de trabalho que comprometeria a boa administração da Justiça, negou-lhes aplicação retroativa. Já em *Linkletter v. Walker* debateu-se a condenação criminal de *Linkletter* com fundamento em provas que a jurisprudência mais a frente considerou desviada do devido processo legal. Nesse julgamento, a Suprema Corte Americana entendeu que poderia ser negado efeito retroativo à nova jurisprudência sobre processo penal, pois se assim fosse notadamente sobre a inadmissibilidade de certas provas, imensos prejuízos se causaria à administração da Justiça, haja vista que seria necessário revisar e anular inúmeras condenações criminais e em alguns casos isso impossibilitaria até o reinício dos processos penais, em razão da provável supressão de provas fundamentais. Importante ressaltar que o precedente

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO¹², discernindo sobre o tema, depois de considerar a séria advertência de KELSEN, no sentido de que “A ciência do Direito não pode nem deve - nem direta nem indiretamente - criar o direito; deve limitar-se a conhecer o direito que criam os legisladores, os administradores e os juízes”, anota que:

“Da mesma forma que a tese da nulidade, as ilações da doutrina norte-americana foram aqui consagradas. A esmagadora maioria dos juristas, não só afirma ser nulo o ato inconstitucional, como devem ser desfeitos *ex tunc* os seus efeitos, logo que declarada a inconstitucionalidade. O tripé - nulidade, caráter declaratório da decisão, efeito *ex tunc* da desconstituição - são lugar comum nas obras nacionais, mesmo sem caráter didático’.

(...)

Quanto à nulidade, raros são os que trazem alguma dúvida, ou exprimem algum matiz, no dizer de BUZAID. Este aponta, sutilmente, que “a declaração de inconstitucionalidade importa nulidade da lei..., mas no sentido de lhe negar aplicação no caso concreto”. Ou seja, vê nulidade, mas uma nulidade atípica. Ou LÚCIO BITTENCOURT que prefere falar em “ineficácia *ab initio* da norma inconstitucional”, ressaltando que esta ineficácia não poderia “ser entendida em termos absolutos”. Já FRANCISCO CAM-

criado com a decisão do caso *Linkletter v. Walker* foi superado (overruled) pelo caso *Griffith v. Kentucky* - 479 U.S. 314 (1987), no qual ficou decidido que uma nova norma que afete o processo penal deve ser aplicada retroativamente a todos os casos pendentes de revisão. Cf. TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. vol. 1. New York: Foundation Press, 2000. p. 218-9 e SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001. p. 112.

12 *Revista de Direito Administrativo da FGV*, 2.002, vol. 230, p. 217/236.

POS radicaliza a tese da ineficácia: “Um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o Direito como se nunca houvesse existido.”

E aduz: “A expressão lei inconstitucional é uma “*contradictio in adjecto*”.

(...) A jurisprudência dos tribunais brasileiros e a que importa, a do Supremo Tribunal Federal, não diverge da lição doutrinária. É constante nos acórdãos desse Tribunal a tese de que o ato inconstitucional é nulo e irritado. Assim, tal inconstitucionalidade é meramente declarada e disto decorre apenas caber desfazer retroativamente os seus efeitos (*ex tunc*). Esta jurisprudência data da Primeira República, quando somente se admitia o controle de constitucionalidade difuso, concreto, em que as decisões somente possuem efeito inter partes. E continuou, após a reforma de 1965 que consagrou a ação direta de inconstitucionalidade, perdurando até hoje a incoerência da aplicabilidade da norma já reconhecida como inconstitucional. A tese da nulidade do ato inconstitucional - observe-se de passagem - redundava numa incoerência em face do controle difuso. Dela só escapa o direito norte-americano em razão do *stare decisis*. Deste decorre, com efeito, que, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei, esta na realidade não mais se aplica. No direito brasileiro, porém, inexistente esse instituto. Por isso, a decisão, em que é reconhecida a inconstitucionalidade, não colhe senão as partes litigantes. Disto resulta ser perfeitamente possível e admissível que uma norma nula *ipso jure* continue a ser aplicada. E somente em juízo, numa demanda, é que pode vir a ser reconhecida sua invalidade noutros casos. Uma solução, aproximativa embora, veio com a Constituição de 1934, a qual pre-

viu caber ao Senado decretar a suspensão da execução de norma declarada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Tal medida atenuou, embora não tenha resolvido o problema.

De fato, por primeiro, surgiu a dúvida: o Senado poderia ou deveria suspender tal norma?

A isto a doutrina, por larga maioria, respondeu que estaria essa Câmara adstrita a fazê-lo, apenas verificando os aspectos formais da declaração. Mas a prática do Senado não a seguiu, pois são numerosos os casos em que este simplesmente não decretou a suspensão, deixando as coisas ficarem como estavam. Isto, entretanto, não respondeu à indagação óbvia: Um ato nulo *ipso jure* precisa ter sua execução suspensa? (E trouxe uma nova: Qual a diferença entre tal suspensão e uma revogação?). Nesta busca de coerência, que, em relação à inconstitucionalidade declarada no controle difuso, não veio até hoje a existir, foi obtida quanto à inconstitucionalidade reconhecida no controle abstrato. Deveu-se isto a decisão que tomou o Supremo Tribunal Federal, em 1974, ao aprovar parecer do Min. RODRIGUES DE ALCKMIN, segundo o qual tais decisões tinham efeito *erga omnes*, não exigindo, portanto, a manifestação extensiva do Senado. E isto foi confirmado em 1977, em parecer do Min. MOREIRA ALVES, adotado em resposta à consulta do próprio Senado Federal”.

3.10 Não se resumem a essas as observações do renomado constitucionalista supratranscrito, por isso que não deixa de anotar a posição discordante de PONTES DE MIRANDA, na doutrina nacional, e na europeia, em particular, a de Portugal, por seus mais expressivos autores, como JORGE MIRANDA, CARLOS BLANCO DE MORAES, RUI MEDEIROS e tantos outros.

PONTES DE MIRANDA, em seus co-

mentários à Constituição de 1946¹³, não trepida em afirmar a natureza constitutiva da decisão de inconstitucionalidade, ao encarar o tema a partir de uma perspectiva processual e, em consequência, colocá-lo nos planos da existência, invalidade e da eficácia. Naquele, o ato, como fato jurídico é ou não é; no da invalidade, se é válido ou não e, para por fim, no da eficácia, cuidar da repercussão de seus efeitos.

Assim, se o ato jurídico entrou no mundo jurídico, ele existe, embora invalidamente, e poderá se ver extinguido até mesmo retroativamente, mas não se pode negar que tenha existido, daí a natureza constitutiva da decisão de inconstitucionalidade que diz respeito à validade do ato, não a sua existência, posicionamento que muito se identifica com a doutrina Kelseniana de anulabilidade do ato inconstitucional:

“Dentro de uma ordem jurídica, não pode haver algo como a nulidade, uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula, mas apenas anulável. Mas esta anulabilidade prevista pela ordem jurídica pode ter diferentes graus. Uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para o futuro, por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados. Mas também pode ser anulada com efeito retroativo, por forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou atrás de si sejam destruídos.”¹⁴

Para KELSEN, não existiria nulidade absoluta, mas somente atos anuláveis assim (des) constituídos pela autoridade indicada competente, segundo a lei, de modo a resultar, dessa definição legal de competência, o cará-

ter constitutivo-negativo, embora. Se o ato somente é nulo se a autoridade competente assim o declarar, então ele não é nulo, mas anulável apenas e a partir dessa declaração, que tem, então, natureza constitutiva e que pressupunha, necessariamente, a prévia e indispensável existência do ato.

3.11 A doutrina portuguesa, ao que parece, caminha aos poucos para a adoção de tal concepção...

JORGE MIRANDA, a partir de uma concepção gradualista da gravidade da ofensa à Constituição; do vício do ato, estabelece uma relação de proporcionalidade entre esse e a sanção: atos que violem direitos fundamentais, sobre os quais se estrutura todo arcabouço constitucional, na medida em que, inscritos na lei da constituição, delimitam a competência do legislador ordinário, ao criar a demarcar a tarefa de cada um dos poderes do Estado, são nulos *ipso jure* e são invalidados desde a respectiva edição, tal como os que reputa de inexistentes, como os não promulgados¹⁵ ou desprovidos de consideranda; já os que se referem a defeitos orgânicos, ou formais por vício de feito quando, como no caso, atingem norma de forma ou de processo¹⁶ por violação a pressupostos do ato, são desconstituídos a partir do julgado que os declara inconstitucionais, anuláveis e de índole constitutivo-negativa a sentença que os declara, portanto. A inconstitucionalidade dos meramente irregulares, não prejudica a produção de efeitos.

“Em termos perfunctórios, sem embargo de uma necessária localização e aproveitando, na medida do possível, a lição das ciências do Direito Privado e do Direito Administrativo, os

13 **Comentários à Constituição de 1946**, Borsoi, Rio de Janeiro, 3ª. Edição, tomo VI, p. 418, apud MANOEL GONÇALVES DE OLIVEIRA, ob. Cit. p. 231.

14 KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito**, rad. de João Baptista Machado, Armênio Amado, Ed. Coimbra, 1.962, vol. II, pág. 159, apud MANOEL GONÇALVES DE OLIVEIRA, ob. Cit. p. 230

15 Equivalente à sanção no processo legislativo brasileiro.

16 **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI, Coimbra Editora- 2001, p. 35

quatro valores jurídicos (negativos) enunciados distinguem-se pelo seguinte: Inexistência jurídica - o acto inconstitucional não produz nenhuns efeitos desde a origem, sem necessidade de declaração por parte de qualquer órgão com competência específica, as autoridades públicas não o podem executar, uma decisão jurisdicional que o aplique não faz caso julgado e os cidadãos não estão adstritos a acatá-lo; Nulidade - o acto não produz efeitos desde a origem ou desde que o seu conteúdo colida com a norma constitucional, mas é necessária uma decisão pelo órgão de fiscalização, embora de natureza declarativa e não podendo ser alvo de sanções os cidadãos que, antes dele, se tenham recusado a obedecer Anulabilidade - o acto só deixa de produzir efeitos depois da decisão do órgão de fiscalização, a qual tem, portanto, natureza constitutiva; e pode, porventura, ainda ser prevista a sanação do vício; Irregularidade - a inconstitucionalidade não prejudica a produção de efeitos pelo acto, sem bem que possa, lateralmente, trazer outras consequências e até sanções.”

(...) “III- Por seu turno, a inconstitucionalidade formal (ou a inconstitucionalidade orgânica e formal), reveste-se de várias feições. Uma das vezes tem dimensão meramente procedimental ou técnica. Outras vezes pode repercutir-se na vida dos cidadãos e no equilíbrio entre os órgãos o poder¹⁷...”

RUI MEDEIROS, em obra de coautoria do Professor Doutor JORGE MIRANDA¹⁸, à vista do que disposto no artigo 282^o¹⁹,

17 Idem, ibidem, p. 88/89 e 40

18 **Constituição Portuguesa Anotada**, Coimbra Editora, 2007, Tomo III, p. 845

19 ARTIGO 282.º (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade) 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se,

números 1, 2 e 4, nomeadamente este último, afirma desde logo que “a) A Constituição consagra um modelo flexível em matéria de efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. A eficácia retroactiva e os efeitos repristinatórios não são consequências necessárias da declaração de inconstitucionalidade. O poder decisório do Tribunal Constitucional na fixação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade não legitima, porém, a adopção de decisões arbitrárias, estando sujeita ao crivo do princípio da proporcionalidade” (...) “mas o Tribunal Constitucional não pode olvidar que a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc* tem prioridade de aplicação e, por isso, deve declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória e eficácia retroactiva e repristinatória, a menos que uma tal solução envolva o sacrifício excessivo da segurança jurídica, da equidade ou de um interesse de excepcional relevo”.

CELSO RIBEIRO argumenta que não há liame lógico entre inconstitucionalidade e nulidade. O Direito não é somente lógico-formal, ele deve encarar a realidade. A declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos pode ensejar um mal maior do que o bem que se pretende atingir.²⁰

porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido. 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos números 1 e 2.

20 Cf. BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. v. 4. t. III.

3.12 Também o renomado MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO não se furta a explicitar seu posicionamento:

“Uma proposta que tenho formulado parte da distinção clássica entre inconstitucionalidade material e inconstitucionalidade formal.

A inconstitucionalidade material

Esta, a inconstitucionalidade material, por importar em colisão com disposição substantiva da Constituição tem, numa escala de gravidade, o ápice. Realmente, a gravidade do descumprimento de norma material da Constituição, o mais das vezes definidora de direito fundamental ou de suas garantias. Tem sempre o caráter máximo. Ou, ao menos. Caráter mais importante do que as inconstitucionalidades formais. Não raro apenas procedimentais.

Deve ela, em consequência, ser sempre sancionada com a nulidade. Desconstituindo-se *ex tunc* os seus eventuais efeitos.

A inconstitucionalidade formal

Quanto a esta, cabe levar em conta a medida em que ela deturpa a expressão da vontade geral que enuncia o Estado. De fato, o ato inconstitucional é necessariamente um ato editado pelo Estado (em suas várias projeções), ou seja, um ato que exprime a sua vontade - um ato jurídico-público. No dizer de CARLOS BLANCO DE MORAIS - mas uma vontade formada inadequadamente, vista a questão do ângulo formal. O descumprimento do parâmetro formal - a inconstitucionalidade formal - apresenta-se em grau muito variado de gravidade, tanto pode ser tal que torne inexistente um ato, por lhe faltar elemento inerente à manifestação de vontade do órgão público, num extremo.

Como “lei” não votada pelo Legislativo; ou, noutro, mera irregularidade de procedimento. Igualmente, pode, num caso intermediário, ter todos os elementos de manifestação da vontade estatal, mas algum deles haver sido

obtido de modo que não se ajusta plenamente ao parâmetro, como é o caso da lei tributária que viola o princípio da anterioridade.

Neste ponto, a lição portuguesa, com a distinção de tipos de ato inconstitucional, merece aplauso. Em função da gravidade da violação, pode ser graduada a sanção do vício, prevendo-se ou a nulidade absoluta, para o caso de “inexistência” do ato, ou de vício gravíssimo (se não se quiser recorrer o tipo “ato inexistente”), com o desfazimento retroativo dos efeitos: ou a anulabilidade, com restrição de efeitos, para os casos intermediários, admitindo-se a sanabilidade ou convalidação: ou a validação, sem qualquer restrição no tocante a efeitos, se ocorrer mera irregularidade, ou seja, descumprimento sem maior importância de prescrições procedimentais”.

Hoje, anota o doutor honoris causa pela Faculdade de Direito de Lisboa, “na Europa, predomina entre a doutrina uma posição senão Kelseniana, ao menos derivada dessa lição. Isto certamente se inspira do fato, de que, embora o direito positivo consagre a nulidade do ato inconstitucional, tal nulidade é concebida como o grau máximo de anulação do ato inconstitucional e se coaduna com temperamentos e restrições à sua desconstituição”.

E já não são poucas, até mesmo, as declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade...

4. Filio-me, com a venia devida aos que pensam em contrário, a essa orientação, de modo que pelos vícios decorrentes dos vetos parcialmente apostos pelo Sr. Governador do Estado, não me animo a reconhecer a inconstitucionalidade da lei impugnada tanto mais que, na escorreita dicção da Assembleia Legislativa seu teor não se viu desfigurado/desnaturado e se exhibe perfeitamente inteligível, o que se confirma pela singela leitura de seu texto.

4.1 Óbvio que, quanto ao veto integral de dispositivos da lei inquinada, não se pode imputar defeitos de forma à lei, e, no que respeita aos parcialmente contrapostos, desses não se recolhe a pretendida ininteligibilidade que sujeitaria o diploma legal contestado à declaração de invalidade, tanto mais quanto de relevante interesse social o estímulo às adoções de menores sem responsáveis legais.

4.2 De outro modo, o veto parcial à parte final do § 2º. do artigo 2º. carece de análise a partir de causa de pedir diversa, não exposta pela representante, mas que compromete todo o restante da disposição legal, por isso que estabelece distinção entre crianças com pais desconhecidos ou destituídos do poder familiar, e os órfãos -- que o título do projeto refere, em discriminação que fere a mais não poder o princípio da igualdade ou da isonomia sobre que se assenta outro, de índole substancial, qual o da dignidade da pessoa humana.

4.3 O veto, em parte, do § 3º desse mesmo artigo, que suprimiu o prazo mínimo de acompanhamento de convivência do acolhido com a família substituta, não tem significado maior na medida em que a suficiência desse prazo de acompanhamento ficará, caso a caso, como deve, sujeito ao juízo natural de adoção, o das Varas de Infância, Juventude e Idoso, onde houver, ou do respectivo juízo com competência para tanto.

4.4 O veto contraposto ao inciso II, do artigo 9º da lei sob comento, apenas atende ao princípio da igualdade, reconhecido, aliás, pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 132 julgada em conjunto com a ADI 4277²¹ de relatoria do Ministro AYRES

BRITTO, por isso que não seria razoável e não discriminatório, restringir-se à adoção a casal formado por homem e mulher.

4.5 Por fim, a oposição parcial ao artigo 17 supratranscrito não exhibe relevância alguma do ponto de vista da constitucionalidade da lei impugnada, na medida em que apenas exclui da elaboração de seu Regulamento, que complementará as condições e formas de concessão e cancelamento do auxílio-adoção, e fixará competência para acompanhamento e controle do cumprimento, os Órgãos citados pelo texto

TÂNTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família (...)

21 (...) 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO DEFERAL NÃO EMPRESTA AO SUBS-

submetido à sanção, o que, entretanto, não impede que o Executivo os consulte, embora não obrigatoriamente.

5. Diante de tais considerações, e por causa de pedir diversa da apontada como suporte desta Representação por Inconstitucionalidade, declara-se inconstitucional, com eficácia retroativa o § 2º, do artigo 2º da Lei Estadual Lei nº 3.499, de 08 de dezembro de 2000.

Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2.017.

DES. MAURICIO CALDAS LOPES
Relator

ABUSO SEXUAL DE EFILHOS E ENTEADA. OMISSÃO DA GENITORA. ECA. MENORES ENCAMINHADOS À FAMÍLIA SUBSTITUTA. ESTUDO TÉCNICO. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. PAGAMENTO DE MULTA. PARCELAMENTO.

Apelação cível. Eca. Omissão e abuso sexual por parte dos genitores. Alegação de nulidade da citação por edital. Artigo 14 do NCPC que contempla a aplicação do princípio *tempus regit actum* (Agint no Aresp 1000715/sp), devendo ser observadas as regras do cpc/73 ainda vigente em 2015, bem como as interpretações dadas até aquele momento. Assim, considera-se válida a citação por edital quando existente a certidão do oficial pelo preenchimento das circunstâncias previstas nos incisos I e II do artigo 231. Verbete sumular nº 292 deste tribunal. Representado acautelado em prisão, devendo ser observado o artigo 9º, inciso II, do CPC/73, determinando a representação do réu preso a ser feita pelo curador especial. Assim, não foi devidamente demonstrado o prejuízo à defesa. Curadoria especial que não menciona, em sua manifestação final, a

nulidade da citação por edital, denotando o uso do processo como “instrumento difusor de estratégias”, no caso, a chamada “nulidade de algibeira”, suscitada no momento tido por conveniente pelo recorrente (Agrg na pet no ARESP 204.145/sp, EDCL no agint no ARESP 204.876/rj, agint nos edcl no aresp 539.070/pe). Estudo técnico, com base nas declarações das crianças e da equipe técnica responsável pela revelação de abusos sexuais no município de teresópolis, que é claro não pela omissão dos representados e pela existência de indícios de prática de abuso sexual nas crianças, por longo período de tempo, com diversas pessoas. Note-se que, em razão das condutas comprovadas neste requerimento administrativo fora ajuizada a denúncia que deu azo à ação penal de nº 0002558 29.2015.8.19.0061. Princípio do *in dubio pro reo* inaplicável nestes autos de representação, até porque devidamente comprovada a existência de omissão e abuso sexual perpetrado pelos representados. Observância do artigo 129, inciso x, do ECA, eis que os menores foram encaminhados à família substituta que ingressou com pedido de adoção, sendo certo que tal medida é adequada e razoável em conformidade com a prova produzida, em observância do artigo 3º, *caput*, da lei nº 8.069/99, consignando a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança. É de se notar que o presente caso não se amolda àqueles em que este tribunal vem entendendo pelo afastamento da pena de multa quando os genitores forem hipossuficientes, eis que prejudicaria o sustento dos próprios filhos. Isso porque, conforme consta na sentença, as crianças foram encaminhadas à família substituta, não se encontrando sob a guarda dos representados, pelo que inexistente prejuízo ao seu sustento, considerando-se também as informações de que os recorrentes estão acautelados em prisão. Multa aplicada de forma razoável e proporcional aos fatos nes-

te procedimento. Contudo, embora a hipossuficiência não justifique, por si só, a exclusão da pena pecuniária, pode ser deferido o parcelamento, de acordo com a jurisprudência desta corte. Em consequência, a sentença deve ser parcialmente reformada para deferir o parcelamento do valor em 30 vezes mensais. Recurso a que se dá parcial provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0022863- 68.2014.8.19.0061 em que são Apelantes E.J.S. e OUTRA e, Apelado, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO,

Acordam os Desembargadores que compõem a Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de representação administrativa oferecida pelo Ministério Público em face de E.J.S. e H.M.N. tendo em vista o recebimento de notícias acerca do possível abuso sexual realizado pelo representado em face dos seus filhos e de M., filha da representada.

Sustenta, em resumo, que a representada teve dois relacionamentos, primeiro com o Sr. C.E.R.V., do qual nasceu a criança M.M.N. e, após o seu casamento com o Sr. E.J.S., nasceram as crianças V.H.N.S., M.L. e G..

Alega que o representado é acusado de abusar sexualmente de todos os filhos e da sua enteada, sendo certo que a representada, sabendo dos fatos, não tomou qualquer atitude e, mesmo após a separação dos dois, o Sr. E. retornou à casa onde viviam, momento em que seu filho G. expressou ter sido abusado pelo pai.

Aduz que as crianças M. e G., ao serem ou-

vidas pela assistente social do juízo, relataram o abuso sexual que teria sido realizado pelo representado junto com um vizinho de nome F. Nesse mesmo atendimento, a progenitora dos menores informou que os abusos ocorreram diversas vezes, inclusive teria escutado o menor G. dizer que “ia pegar uma faca o genital do pai” (sic).

Assevera também que, embora soubesse dos fatos, a Sra. H. foi omissa, tendo se recusado a registrar a ocorrência dos fatos, bem como apresentou uma postura de não acreditar no que teria acontecido. Já o representado, suposto abusador, afastou-se da família, voltando a residir no Rio de Janeiro, sem oferecer qualquer suporte material aos seus filhos.

Afirma que, em relatório mais recente, há informações de que a representada estaria em novo relacionamento com pessoa suspeita que, de acordo com a progenitora dos menores, seria cafetão, oferecendo risco às crianças, havendo sido, inclusive, noticiado que a genitora deixa seus filhos sozinhos, ou mesmo sob os cuidados do novo companheiro. Requer, assim, a aplicação das medidas cabíveis.

Despacho, a f. 28 (doc. 29), determinando a citação da genitora e a busca nos sistemas quanto ao genitor.

Decisão deferindo a guarda para a progenitora materna, a f. 36 (doc.37).

Consultas nos sistemas do TER e DPC/TJRJ, a f. 53 (doc. 56),constando dois endereços do representado.

Mandado negativo de citação do genitor, a f. 62/63 (67/68) referente à Rua Serafim.

Despacho, a f. 68 (doc. 73) determinando a citação do representado por Edital.

Mandado de citação negativo, a f. 73/74

(79/80), referente ao genitor, com endereço à Rua Marquês de Abrantes nº xx.

Edital de citação, a f. 79 (86) publicado no D.O. a f. 79/80 (doc. 87/88), 81/82 (doc. 89/91) e 83 (doc. 92).

Citação da representada a f. 122/123 (doc. 137/138), ocorrida na Penitenciária Joaquim Ferreira de Souza.

Contestação por negativa geral a f. 128 (doc. 142).

Manifestação da Curadoria Especial, a f. 138 v., (doc. 156), reportando-se à defesa já apresentada, bem como requerendo a improcedência do pedido.

Sentença a f. 140/143 (doc. 158), julgando procedente a representação, in *verbis*:

“(...) Face ao exposto, julgo PROCEDENTE a Representação por Infração Administrativa, conforme previsto no artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em desfavor dos representados, E.J.S. e H.M.N., aplicando a cada um dos réus, a pena de multa no valor de 09 (nove) salários- mínimos, hoje consistente no valor de R\$ 7.920,00 (sete mil e novecentos e vinte reais). Deposite-se o valor correspondente no Banco Itaú S/A, Agência xxxx, na conta nº xxxxx-x, destinada ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. Decorridos 30 dias do trânsito em julgado, abra-se vista ao Ministério Público. PRI. Custas pelos representados. Intime-se os representados, nos termos da lei. À ciência do M.P. Adimplidos todos os valores, certifique-se, baixe-se e archive-se.”

Apelação dos representados a f. 144/159, tempestiva e isenta de preparo (f. 160 v.), na qual sustenta, em síntese, a nulidade da citação por edital por não terem sido esgotados os

meios de localização do representado, na forma do artigo 256, incisos I, II e III do NCPD.

Afirma, também, que a produção de provas para fundamentar a apresentação é insuficiente, bem como os depoimentos da avó, são desprovidos de valor, haja vista constar, no estudo realizado pela DASP, que os menores M.L. e G. teriam contado ser ela usuária de drogas e que se prostituía, sendo certo que, em sua casa, eram incentivados a manipulação sexual a fim de serem observados pelos adultos, também mencionando que ela estimulava o filho T. ao uso de drogas quando ainda era menor de idade.

Aduz, ainda, que, nesse estudo, a avó materna não foi considerada elegível para ser guardiã das crianças, visto que diversos relatos a descreveriam como pessoa de caráter duvidoso. Defende a fragilidade dos depoimentos prestados pelas crianças, o que impediria de serem motivos idôneos para suposta condenação.

Declara, enfim, a inviabilidade do pagamento de multa no valor de 9 salários-mínimos, devendo ser aplicado o artigo 100 do ECA, assim como as medidas do artigo 129 do mesmo diploma normativo, além de a jurisprudência do TJRJ admitir a exclusão de multa quando a pessoa é hipossuficiente, ressaltando-se que a pena pecuniária não se mostra razoável já que não se reverterá em favor dos menores. Requer, portanto, a reforma da sentença.

Manifestação do MP a f. 163/164, pela nulidade da citação por edital.

Contestação a f. 166/168.

Parecer do MP de 2ª instância, a f. 201/218, pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O apelo preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos, estando apto para julgamento.

Primeiro, devem ser analisadas as alegações preliminares de nulidade da citação por Edital.

O artigo 14 do NCPC contempla a aplicação do princípio *tempus regit actum* em relação à vigência do diploma processual. Leia-se a norma mencionada abaixo transcrita:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Nesse sentido, tendo em vista que a citação ocorreu no ano de 2015, de acordo com f. 68, 79/80, 81/83, aplicam-se as regras do CPC/73 vigente à época, bem como as interpretações dadas até aquele momento. Leiam-se os artigos 231 e 232 do CPC/73, transcritos a seguir:

Art. 231. Far-se-á a citação por edital:

I - quando desconhecido ou incerto o réu;

II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar;

III - nos casos expressos em lei.

§ 1º Considera-se inacessível, para efeito de citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória.

§ 2º No caso de ser inacessível o lugar em que se encontrar o réu, a notícia de sua citação será divulgada também pelo rádio, se na comarca houver emissora de radiodifusão.

Art. 232. São requisitos da citação por edital:

I - a afirmação do autor, ou a certidão do oficial, quanto às circunstâncias previstas nos n.º I e II do artigo antecedente;

II - a afixação do edital, na sede do juízo, certificada pelo escrivão;

III - a publicação do edital no prazo máximo de 15 (quinze) dias, uma vez no órgão oficial e pelo menos duas vezes em jornal local, onde houver;

IV - a determinação, pelo juiz, do prazo, que variará entre 20 (vinte) e 60 (sessenta) dias, correndo da data da primeira publicação;

V - a advertência a que se refere o art. 285, segunda parte, se o litígio versar sobre direitos disponíveis.

§ 1º Juntar-se-á aos autos um exemplar de cada publicação, bem como do anúncio, de que trata o n.º II deste artigo.

§ 2º A publicação do edital será feita apenas no órgão oficial quando a parte for beneficiária da Assistência Judiciária.

Logo, considera-se válida a citação por edital quando existente a certidão do oficial quanto às circunstâncias previstas nos incisos I e II do artigo 231.

Ressalte-se que tal orientação está em conformidade com o entendimento deste Tribunal consignado no verbete sumular nº 292:

“Para a citação por edital não se exige a expedição de ofícios, mas apenas a certidão negativa no endereço declinado na petição inicial e constante nos documentos existentes nos autos e, ainda, a pesquisa nos sistemas informatizados do TJRJ.”

Compulsando os autos, nota-se que, após as devidas consultas nos sistema do TRE e no DPC/TJRJ, com a obtenção de dois endereços em nome do representado, foram juntados dois mandados de citação negativos, a f. 62/63 e f. 73/74, demonstrando a existência dos requisitos presentes nos artigos 231, inciso II e 232, inciso I, ambos do CPC/73, eis que o representante, em sua petição inicial, declara não saber

precisar o domicílio do genitor.

Ainda que assim não fosse, eis que a Curadoria Especial sustenta estar o representado acautelado em prisão, de acordo com f. 160 (doc. 179), é de se notar que o artigo 9º, inciso II, do CPC/73, determina a representação do réu preso a ser feita pelo Curador Especial. Leia-se a norma abaixo:

Art. 9º O juiz dará curador especial:

I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele;

II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.

Parágrafo único. Nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial.

Assim, não foi devidamente demonstrado o prejuízo à defesa do réu, que daria azo à nulidade da citação por edital, até porque devidamente cumpridas às regras processuais, assim como a interpretação judicial, ambas vigentes à época. Note-se o julgado a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO. EXECUÇÃO. ART. 332 DO CPC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. CITAÇÃO POR EDITAL. NOMEAÇÃO DE CURADOR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DO PROCESSO. SÚMULA Nº 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA.

1. O art. 332 do CPC não foi objeto de apreciação pela Corte local, explícita ou implicitamente, incidindo, ao caso, o disposto na Súmula nº 211 do STJ.

2. A oposição de embargos declaratórios não é suficiente para suprir o requisito do

prequestionamento, porquanto indispensável o efetivo exame da questão pela instância de origem. Assim, persistindo a eventual omissão, caberia à parte interessada invocar, nas razões do especial, ofensa ao art. 535 do CPC, o que não ocorreu na espécie.

3. O Tribunal de origem, alicerçado nas provas coligidas aos autos, afastou a alegativa de nulidade do processo, uma vez que, esgotadas as diligências para localização do demandado, realizou-se a citação por edital, publicado duas vezes, após o que foi nomeado curador, que promoveu a defesa regularmente. Diante desse quadro, rever as conclusões da origem violaria o disposto na Súmula nº 7/STJ.

4. Ademais, este Superior Tribunal já decidiu que apenas se proclama a nulidade de um ato processual quando houver efetiva demonstração de prejuízo à defesa, o que não ocorreu na hipótese dos autos, sendo aplicável o princípio do *pas de nullité sans grief*.

5. O alegado dissídio não foi demonstrado nos moldes exigidos pelo art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, mediante o cotejo analítico entre os arestos trazidos a confronto.

6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1389203/RO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 15/05/2015)

Além disso, a Curadoria Especial, em sua manifestação final, a f. 138 v (doc. 156), reportou-se à defesa já apresentada, requerendo a improcedência dos pedidos, nada mencionando acerca da suposta nulidade da citação por edital, denotando o uso do processo como “instrumento difusor de estratégias”, no caso, a chamada “nulidade de algibeira”, suscitada no momento tido por conveniente pelo recorrente. Leiam-se os julgados abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL. NULIDADE. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. INOVAÇÃO RECURSAL. PROCESSO UTILIZADO COMO DIFUSOR DE ESTRATÉ-

GIAS. IMPOSSIBILIDADE DO MANEJO DA CHAMADA “NULIDADE DE ALGIBEIRA”. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO SEGURADO. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A suposta nulidade absoluta somente foi trazida pela parte recorrente em agravo regimental, após provido o recurso especial da parte recorrida, constituindo inovação recursal. Precedentes.

2. “A alegação de que seriam matérias de ordem pública ou traduziriam nulidade absoluta não constitui fórmula mágica que obrigaria as Cortes a se manifestar acerca de temas que não foram oportunamente arguidos ou em relação aos quais o recurso não preenche os pressupostos de admissibilidade” (REsp 1439866/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 24/04/2014, DJe 06/05/2014).

3. “A jurisprudência do STJ, atenta à efetividade e à razoabilidade, tem repudiado o uso do processo como instrumento difusor de estratégias, vedando, assim, a utilização da chamada “nulidade de algibeira ou de bolso”” (EDcl no REsp 1424304/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014).

4. “A mera alegação de que o segurado se omitiu em informar enfermidade preexistente não é bastante para afastar o pagamento da indenização securitária se, no momento da contratação, a seguradora não exigiu atestados comprobatórios do estado do segurado nem constatou sua má-fé” (AgRg no AREsp 353.692/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira Turma, julgado em 09/06/2015, DJe 11/06/2015).

5. Agravo regimental não provido. (AgRg na PET no AREsp 204.145/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 29/06/2015)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NULIDADE DE INTIMAÇÃO. PRIMEIRO MOMENTO PARA MANIFESTAR-SE NOS AUTOS. OMISSÃO INEXISTENTE. MANEJO DA CHAMADA “NULIDADE DE ALGIBEIRA”. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração só são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, omissão, obscuridade ou contradição sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal, ou para corrigir erro material.

2. A questão trazida pelo embargante, em que pese seu prévio conhecimento, fora propositivamente omitida e só suscitada no momento tido por conveniente pelo mesmo, traduzindo-se em estratégia rechaçada por esta Corte Superior (“nulidade de algibeira”).

3. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgInt no AREsp 204.876/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 14/02/2017, DJe 20/02/2017)

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. FRAUDE EM CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE VEÍCULO. LEGITIMIDADE PASSIVA. ANÁLISE. SÚMULA Nº 7 DO STJ. NULIDADE ABSOLUTA. FALTA DE INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE CONTRARRAZÕES À APELAÇÃO. PRECLUSÃO. MANEJO DA CHAMADA “NULIDADE DE ALGIBEIRA”. IMPOSSIBILIDADE.

1. A decisão recorrida foi publicada antes da entrada em vigor da Lei 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme Enunciado Administrativo nº 2/2016 desta Corte.

2. Os embargos de declaração só se prestam a sanar obscuridade, omissão ou con-

tradição porventura existentes no acórdão, ou para corrigir erro material, não servindo à re-discussão da matéria já julgada no recurso.

3. Inviável o recurso especial cuja análise impõe reexame do contexto fático-probatório da lide (Súmula nº 7 do STJ).

4. A alegação de nulidade por suposta irregularidade na intimação deve ser suscitada pela parte interessada na primeira oportunidade que tenha para se manifestar nos autos, sob pena de preclusão.

5. A questão trazida pela parte, em que pese seu prévio conhecimento, fora propositalmente omitida e só suscitada no momento tido por conveniente pela mesma, traduzindo-se em estratégia rechaçada por esta Corte Superior (“nulidade de algibeira”).

6. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt nos EDcl no AREsp 539.070/PE, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 14/02/2017, DJe 21/02/2017)

Quanto à alegada insuficiência de provas, diferente do que os recorrentes dão a entender, a produção probatória não se baseou apenas no depoimento da avó T., tampouco se mostra frágil ou inidôneo por terem sido prestados pelos menores cujas lembranças teriam sido misturadas.

Isso porque o próprio estudo técnico do DASP apontado no apelo, com base nas declarações das crianças e da equipe técnica responsável pela revelação de abusos sexuais no município de Teresópolis, juntado a f. 102/106, é claro não só pela omissão dos representados, ora apelantes, em relação aos menores, como pela existência de indícios de prática de abuso sexual nas crianças. Leiam-se os trechos a seguir:

“Cabe ressaltar que as crianças foram ouvidas na Delegacia de Polícia de Teresópolis, na Vara da Infância e da Juventude e do Ido-

so de Teresópolis e no Projeto Bem Me Quer. Além disto, relataram os fatos à R. (P.) e A.L., no Projeto Crer-Sendo, sendo registrado no presente Estudo Psicossocial. Por esta razão esta Equipe Técnica procedeu visando não revitimizar as crianças em tela e não realizou nova escuta. Entendemos que há elementos substanciais reveladores dos autores locais, possível período e quais condutas praticadas pelos abusadores sexuais. Outrossim, a equipe técnica da DASP, (*sic*) realizou visita institucional ao Programa Bem Me Quer Terê, com a finalidade de se interar (*sic*) sobre os atendimentos feitos pelos técnicos do programa as crianças em tela. Fomos informados pela psicóloga A.P.G. e assistente social S.E.A., (*sic*) de que estão providenciando relatório pormenorizado do caso para esta Promotoria. (...)

Cabe ressaltar, (*sic*) que durante a visita domiciliar realizada por esta equipe técnica G. nos disse de forma espontânea, que estava machucado porque ‘W. faz sexo’ (*sic*). Informamos que neste momento as crianças, a saber, M., M.L., G. e V.H., não foram ouvidos por esta equipe técnica, de acordo com o fluxo pré-estabelecido de atendimentos a abuso sexual no município de Teresópolis. Uma vez que estavam sendo atendidos no Programa Bem Me Quer Terê, local com equipe técnica responsável pela revelação dos abusos sexuais no município.”

O mencionado estudo continua com a entrevista realizada com R.C.T. (P.), responsável pelo Projeto Crer-Sendo e a colaboradora A.L.A.C.:

“(…)

Relatou que as crianças foram conversar com A.P.G., psicóloga do Programa Bem Me Quer. M., no dia anterior a consulta (*sic*), queixou-se de ter que falar novamente no assunto. As crianças estavam agitadas e diziam que iam retornar para a casa da mãe. No dia do atendimento (*sic*) as 04 crianças compareceram

sendo acompanhadas por R. Naquele dia M. negou todas as acusações. As outras crianças, influenciadas, também negaram e afirmaram que queriam retornar para a genitora. Visando entender o que estava ocorrente, P. conversou com as crianças. Com convicção, após serem indagados, M.L. e G. admitiram que M. os mandou negar os abusos sexuais e mais uma vez disseram que de fato (*sic*) foram vítimas reiteradas (*sic*) de diversas pessoas, destacando a genitora H.; E. (genitor de M.L., G. e V.H.); E. (genitor de M.), os ex namorados (*sic*) da mãe, a saber, W. e W., uma babá chamada P. e o namorado F.; além do irmão M.. M., chorando, confirmou que pediu aos irmãos para negarem”.

(...)

“Sobre a autoria dos abusos, A.L. e P. relataram que diversos nomes são citados, mas os que se repetem nas declarações são: a genitora H.; E. (genitor de M.L., G. e V.H.); E. (genitor de M.), os ex-namorados da mãe, a saber, W. e W., uma babá chamada P. e o namorado F.. As crianças comentaram que o irmão M., eventualmente, participava das situações abusivas”.

O laudo continua com outras informações relevantes fornecidas por A.L. e P.:

“Os abusos sexuais ocorriam principalmente na casa da genitora, bem como, na casa de P. e F.. As crianças citam os bairros Meudon, Beira Linha e uma casa na Barra do Imbuí, na Rua A, local onde reside W., onde a genitora os levava para serem abusados pelo referido e por diversas pessoas, sem identificação exata dos nomes.

(...)

Os abusos sexuais, quando cometidos por H. e P. consistiam em atos libidinosos como esfregar o corpo nas crianças, introduzir o dedo na vagina e ânus das meninas e praticar sexo oral nos meninos. Os abusos sexuais cometidos por W., W., E., E. e F. contra as meninas, consistiram em colocar o órgão sexual e dedos, (*sic*)

no ânus e genitália, de forma que lhes causava dor, bem como beijar na boca; e nos meninos, colocar o órgão sexual e dedos no ânus, além de prática de sexo oral. M., G. e M.L. relatam sexo com conjunção carnal, no entanto (*sic*) esta informação difere do Exame de Corpo de Delito que não apresentou sinais confirmando os fatos. Cabe destacar que a tenra idade das crianças precisa ser levada em conta, no que diz respeito à descrição exata de uma relação sexual vaginal ou anal. O simples contato físico do pênis do adulto com as partes íntima (*sic*) das crianças se constitui para as mesmas (*sic*) como um ato sexual com conjunção carnal”.

Possivelmente (*sic*) os atos sexuais foram efetuados pelos abusadores de forma intencional, objetivando não deixar vestígios, como é comum na maior parte dos abusos sexuais cometidos contra crianças e adolescentes. Segundo M., G. e M.L., elas e o irmão V.H. eram estimulados para praticar todo tipo de atos libidinosos entre si, a fim de que fossem observados pelos abusadores, sempre na presença da genitora. Esta por sua vez (*sic*) recebia quantias em dinheiro para as práticas sexuais com ela e os filhos, caracterizando a exploração sexual. Há relatos, outrossim (*sic*) de que os abusadores citados, (*sic*) tinham relações sexuais na presença dos quatro infantes. As crianças afirmaram que pediam para que os atos cessassem, porém em vão. As ameaças e molestações físicas (apanhavam) eram constantes.

As três crianças mais velhas mencionavam o uso de drogas por parte dos abusadores, sendo que G. e M.L. afirmaram que M. era estimulada a usar, no entanto esta criança, quando indagada, não ofereceu informações sobre este fato, apenas que via a genitora e os outros abusadores usando as drogas.

M.L. e G. contaram para A.L. que a avó T. é usuária de drogas e que se prostituía. Que na casa desta (*sic*), eles eram estimulados a (*sic*) manipulação sexual mútua para que os adul-

tos os observassem. Lembramos que consta no procedimento outros relatos que indicam a veracidade de que T. é usuária de drogas e que estimula o filho T. - desde quando ainda era menor de idade) (*sic*) ao uso.

(...)”.

Ressalte-se que, como bem menciona a sentença, segundo o estudo técnico, as colaboradoras do projeto Crer-Sendo, que responde pela Casa de Amparo, onde as crianças foram acolhidas, puderam constatar a sexualidade exacerbada dos menores, que se tocavam durante à noite.

Além disso, a diretora da instituição, psicóloga de formação acadêmica, declarou que M. seduzia os meninos, usando de manipulação, apresentando dificuldades em aceitar regras e criar rotinas. Já quanto a menor M.L., essa possui baixa estima e dificuldade de se expressar e, em relação ao V.H., esse se mostrava apático e passivo.

Quanto à aplicação do *in dubio pro reo*, note-se que, além de não se cuidar de matéria penal neste processo, o princípio versa que, na dúvida em relação à existência do crime, devem prevalecer os interesses do réu, não sendo o caso destes autos, nos quais restou devidamente comprovada a existência de omissão e abuso sexual perpetrado pelos representados.

No que se refere à aplicação do artigo 129 do ECA, esse foi devidamente observado em seu inciso X, eis que os menores foram liberados do acolhimento institucional e encaminhados à família substituta que ingressou com pedido de adoção, sendo certo que tal medida é adequada e razoável em conformidade com a prova dos abusos sexuais contidas nesta representação administrativa, em observância do artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.069/99, que consigna a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança.

Não há que se confundir o artigo 129 do ECA, que versa sobre as medidas aplicadas aos pais ou responsáveis, com a sanção pecuniária prevista pelo descumprimento, doloso ou culposo, dos deveres inerentes ao poder familiar, essa prevista no artigo 249 do mesmo diploma normativo, sendo que tal descumprimento, assim como a sua gravidade, restou amplamente comprovado nestes autos, tanto por omissão quanto por realização dos abusos sexuais.

Ressalve-se, inclusive, que, em razão das condutas comprovadas neste requerimento administrativo, fora ajuizada a denúncia de f. 86/91 (doc. 96) na ação penal de nº 0002558-29.2015.8.19.0061, na qual constam os recorrentes como denunciados por prática de Estupro de Vulnerável c/c Corrupção de Menores e Crime Continuado em Concurso Material, bem como na Lei dos Crimes Hediondos.

Enfim, é de se notar que o presente caso não se amolda àqueles em que este Tribunal vem entendendo pelo afastamento da pena de multa quando os pais forem hipossuficientes, eis que prejudicaria o sustento dos próprios filhos.

Isso porque, conforme consta na sentença, a f. 142, os menores foram encaminhados à família substituta que, por sua vez, ingressou com o pedido de adoção. Logo, tendo em vista a seriedade dos abusos sexuais cometidos contra os menores que, por sua vez, já não se encontram sob a guarda dos representados, não havendo que se falar em prejuízo ao seu sustento, considerando-se também as informações de que os recorrentes estão acautelados em prisão, não há que se falar no afastamento da multa aplicada que, por sua vez, fora aplicada de forma razoável e proporcional aos eventos neste procedimento.

Contudo, embora a hipossuficiência não

justifique, por si só, a exclusão da multa, pode ser deferido o parcelamento, de acordo com a jurisprudência desta Corte:

0000333-38.2014.8.19.0007 – APELAÇÃO 1ª Ementa - Des(a). SIRLEY ABREU BIONDI - Julgamento: 07/06/2017 - Décima Terceira Câmara Cível Direito da Criança e do Adolescente. Representação por prática de infração administrativa descrita no art. 249 do ECA. Sentença que julgou procedente o pedido formulado pelo *Parquet*, aplicando aos genitores a multa prevista no referido art. 249 do ECA, no valor de 03 salários-mínimos para cada. Irresignação dos pais. Recurso que não merece provimento. Conjunto probatório que demonstra o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar. Apelantes que negligenciaram nos cuidados com a filha. Estudo social que revela que a adolescente cresceu em ambiente familiar nocivo a sua formação. Multa aplicada que atende à sua função pedagógica. Maioridade da filha dos apelantes que não afasta o dever de imposição da multa. Hipossuficiência financeira que não serve de amparo à absolvição administrativa, porém autoriza o parcelamento do valor. Sentença correta. DESPROVIMENTO DO RECURSO, mantendo-se, na íntegra a sentença, com a ressalva de que, levando-se em conta a situação financeira das partes, e com o intuito de não comprometer o orçamento da família, o pagamento pode ser feito em até 10 parcelas iguais.

0008033-65.2014.8.19.0007 - APELAÇÃO - 1ª Ementa - Des(a). MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA - Julgamento: 01/02/2017 - Vigésima Câmara Cível REPRESENTAÇÃO ADMINISTRATIVA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ART. 249. Representação administrativa ajuizada pelo Ministério Público em face da genitora com suporte no art. 249, da Lei 8.069/90 - ECA. Adolescente que deixa de frequentar a escola não adotando a genitora qualquer con-

duta para reverter tal situação. Aplicação das medidas coercitivas previstas no art. 101, III, e 249 do ECA. Provimento do recurso do MP e acolhimento da sugestão da d. Procuradoria de Justiça para parcelamento da multa. Desprovimento do segundo recurso. Unânime.

Em consequência, a sentença deve ser parcialmente reformada para deferir o parcelamento do valor em 30 vezes mensais, tendo em vista o montante fixado pela multa.

Por tais motivos voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso a fim de reformar a sentença apenas para que seja permitido, a ambos os representados, o parcelamento do pagamento da multa em 30 vezes mensais até o seu pagamento efetivo, na forma da fundamentação supra.

Rio de Janeiro, 19 de setembro de 2017.

DES. ODETE KNAACK DE SOUZA
Relatora

ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. APLICAÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA. CONSELHO TUTELAR. PROIBIÇÃO DE VISITA DE QUALQUER FAMILIAR. AVÓ MATERNA QUE PLEITEIA DIREITO À VISITAÇÃO. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR.

Processual civil. Agravo de instrumento. Estatuto da criança e do adolescente. Medida protetiva consistente no acolhimento institucional de menor, acompanhada de proibição de visitação de qualquer familiar. Agravo de instrumento interposto pela avó materna, em que pretende lhe seja assegurado o direito à visitação. Não havendo como não há - qualquer circunstância a indicar que a medida é suscetível de colocar

em risco o pleno desenvolvimento da infante, a visitação avoenga deve ser reconhecida, com espeque no art. 1.589, parágrafo único, do código civil, com a redação atribuída pela lei nº 12.398/11. Providência que se mostra salutar, porquanto viabiliza o fortalecimento do vínculo familiar e o sentimento de amparo recíproco, notadamente porque existe pedido judicial de guarda provisória e a agravante já é guardiã do irmão da infante, o que atrai a aplicação do art. 19 do eca. Precedentes. Incidência ao caso da doutrina da proteção integral e do princípio da prevalência do interesse do menor (art. 227 do CRFB). Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0022608-31.2016.8.19.0000, em que é Agravante M.M.S..

Acordam, por unanimidade de votos, os Desembargadores que compõem a Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em conhecer e dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento deduzido pela avó materna da menor L.M.S., contra ato do juízo da Infância e Juventude e do Idoso de Volta Redonda que, nos autos do procedimento deflagrado pelo Conselho Tutelar, que pugna pela aplicação de medida protetiva da infante, manteve o acolhimento inicialmente determinado e proibiu a visitação de qualquer familiar.

A tese recursal é no sentido de que já foi distribuída demanda em que a recorrente pre-

tende obter a guarda da criança, a exemplo do que já foi deferido em relação ao seu irmão. Aduz que a convivência entre os irmãos deve ser estimulada e que a visitação dos netos constitui direito dos avós, *ex vi* do art. 1.589, parágrafo único, do Código Civil. Ressalta que a convivência familiar representa aspecto primordial ao desenvolvimento da infante, na esteira do que prescrevem os artigos 19 e 25 do ECA.

O efeito suspensivo foi indeferido pela decisão de f. 11/12.

As informações de f. 33/37 atestam o não exercício do juízo de retratação, na forma do art. 198, VII, do ECA.

O recurso não foi contrariado e a Procuradoria de Justiça opinou pelo seu desprovimento (f. 19/29).

É o relatório.

VOTO

A controvérsia *sub examine* envolve criança nascida em 30/11/2015 que, quando ainda não tinha completado um mês de vida, foi deixada pela mãe (que é reconhecidamente usuária de drogas) na casa vizinha, onde passou mal e chegou a vomitar sangue. Foi levada para o hospital e a genitora não compareceu uma única vez sequer ao local de internação para visitar a infante.

Para piorar o quadro, o suposto pai também faz uso de substância entorpecente ilícita e mantém relação conflituosa com a mãe da criança, inclusive com histórico de agressões físicas.

Por isso, foi deferida, e posteriormente mantida, a medida protetiva de acolhimento da menor em abrigo destinado a esse fim, ocasião em que o julgador de primeiro proibiu a visita de qualquer parente.

Não obstante a gravidade da situação descrita nos autos, à medida judicial merece ser flexibilizada para viabilizar o direito de visitação da avó, com espeque no disposto no art. 1.589, parágrafo único, do Código Civil, com a redação atribuída pela Lei nº 12.398/11, que estabelece:

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

A providência é salutar, inclusive porque já existe pedido de guarda provisória da avó que tramita perante o mesmo juízo (processo nº 0007397- 48.2016.8.19.0066) e não há qualquer circunstância que justifique a restrição do direito da recorrente.

Pelo contrário, o contato deve ser estimulado e observado, porquanto passível de fornecer ao julgador elementos fidedignos e concretos capazes de embasar a decisão judicial atinente ao aludido pedido de guarda.

Além disso, a agravante já é guardiã do irmão da infante (R.), de modo que a convivência entre ambos, mesmo que em família ampliada, deve ser estabelecida para que os laços familiares e o sentimento de amparo recíproco possam ser desenvolvidos e solidificados, na esteira do que prescreve o art. 19 do ECA, do qual resulta que “É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”.

A jurisprudência desta Corte corrobora a assertiva em destaque, vejamos:

“0070725-87.2015.8.19.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO Des(a). MÁRIO ASSIS GONÇALVES - Julgamento: 27/04/2016 TERCEIRA CÂMARA CÍVEL - Agravo de Instrumento. Guarda requerida pela avó materna. Indeferimento da tutela antecipada. Pedido de visitação. Melhor interesse da criança. Como é cediço, o convívio familiar é direito da criança e do adolescente, conforme preceituam os artigos 4º e 9º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, além de constituir um direito fundamental assegurado pela Constituição da República em seu artigo 227. Nessa perspectiva, em que pese a ausência de pedido de visitação na petição inicial, tenho que a avó materna, com quem a criança residiu por diversos meses até o falecimento da genitora, não deva ser privada do convívio com a neta. Com efeito, a pretensão recursal deve ser analisada com vistas ao princípio do melhor interesse da criança, decorrente da doutrina da proteção integral, sendo de rigor que, em demandas que envolvam os interesses de crianças e adolescentes, o aplicador do direito busque a solução que proporcione o maior benefício possível para o infante. Assim é que o pedido de visitação deve ser entendido, na hipótese vertente, como um desdobramento do próprio pedido de antecipação de tutela, considerando que a agravante pretende, na verdade, retomar a convivência com a criança, que foi interrompida pela doença da mãe. De fato, deve-se aplicar à hipótese a técnica da ponderação de interesses, havendo de um lado o princípio do contraditório e ampla defesa e do outro, a supremacia do interesse da criança e do adolescente. Como visto, este último é superior, prioritário, e corresponde ao próprio direito material tutelado, o qual não pode ser ameaçado em nome da melhor técnica processual. Recurso a que dá provimento.

0055094-06.2015.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO Des(a). NAGIB SLAIBI FILHO Julgamento: 17/02/2016 - SEXTA CÂMARA CÍVEL - Direito das Famílias. Pedido de visitação de avó materna. Crianças que se encontram abrigadas. Decisão determinando a suspensão das visitas. Agravo. Cabimento. Defere-se a visita, exclusivamente, da avó, sem a presença por ora da genitora, de acordo com os regulamentos da instituição acolhedora. Demonstração da situação em que crianças necessitam ao menos da presença avoenga se não for possível, no caso, a visita materna. A visitação avoenga tem fundamento psicológico para que não falhe a presença feminina da ascendente no espírito das crianças. Precedente: 0044358-26.2015.8.19.0000 - Agravo de Instrumento 1ª Ementa, Des. HELENO RIBEIRO P. NUNES - Julgamento: 16/09/2015 - Quinta Câmara Cível.

Deve, portanto, o direito à visitação avoenga ser reconhecido, ante a inexistência de qualquer óbice a indicar que o seu deferimento seja suscetível de prejudicar ou colocar em risco o pleno desenvolvimento da menor.

Ao revés, a medida é salutar, uma vez que viabiliza a formalização do vínculo familiar e o convívio da criança com o irmão e a avó materna, providência que vai ao encontro da regra constitucional que põe em relevo a doutrina da proteção integral e o princípio da prevalência do interesse do menor (art. 227 da CRFB).

Dessa forma, voto no sentido de conhecer e dar parcial provimento ao recurso, para reconhecer o direito de visitação avoenga, dentro da sistemática a ser definida em primeiro grau de jurisdição.

Rio de Janeiro, 22 de março de 2017.

DES. GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO
Relator

ADOÇÃO. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. GENITORA COM PROBLEMAS PSIQUIÁTRICOS. PAI QUE NÃO BUSCA CONTATO COM CRIANÇA EM SITUAÇÃO DE RISCO. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. APELO DESPROVIDO.

Requerimento de adoção cumulado com pedido de destituição de poder familiar. Feito autuado em apenso aos autos de ação de destituição de poder familiar promovida pelo Parquet com relação à menor adotanda. Estudos social e psicológico concluindo favoravelmente à adoção e à destituição do poder familiar. Sentença de procedência dos pedidos iniciais. Inconformismo da Requerida. Entendimento desta Relatora quanto à confirmação da sentença a quo. A análise dos autos revela que a criança adotanda foi acolhida institucionalmente uma semana após o seu nascimento, em razão de problemas psiquiátricos apresentados por sua genitora. Deveras, conforme teor do estudo social encartado ao feito, percebe-se que Requerida, além de apresentar distúrbios mentais e não exercer atividade laborativa, possui outro filho que também não se encontra sob seus cuidados, mas sim da irmã paterna, sendo certo, ainda, que o mesmo foi acolhido em razão da suspeita de negligência nos seus cuidados. A outro giro, ainda se verifica nos autos a informação de que o suposto pai da menor não quis registrá-la e nunca buscou ter contato com a criança no período de aproximadamente um ano durante o qual a mesma esteve acolhida institucionalmente. Aliás, não se pode olvidar que igualmente restou demonstrado que a Requerida também não procurou visitar ou ter contato com sua filha biológica durante todo o período em que esta permaneceu institucionalizada. Ademais, relevante perceber que todos os relatórios sociais e psicológicos elaborados nos autos do pre-

sente requerimento de adoção são totalmente favoráveis aos pedidos iniciais. Portanto, ficando demonstrado que a Requerida não possui condições de exercer o poder familiar sobre sua filha biológica, sem que a exponha à situação de risco, força é concluir que a sentença vergastada não carece de quaisquer reparos, até porque foi proferida com o devido amparo no Princípio do Superior Interesse da Criança. Acolhimento do Parecer da Ilustre Procuradora de Justiça. Conhecimento do recurso e desprovimento da apelação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0199713 - 26.2015.8.19.0001 em que são partes F.T.S. (Apelante) e A.P.S. e L.T.I. (Apelados),

Acordam os Desembargadores da Colenda Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em votação unânime, em conhecer do recurso e desprover a apelação, nos termos do voto da Relatora.

Relatório de f. 270/271.

Voto

O inconformismo da Requerida, ora Apelante, diante de sentença escorreitamente proferida pela Douta Juíza *a quo*, efetivamente não merece prosperar.

Os Requerentes, aqui Apelados, protocolaram o presente requerimento de adoção cumulado com pedido de destituição do poder familiar em face da ora Apelante com vistas à adoção da menor A.R.T.S., nascida em 04/02/2014 e de quem os Apelados detêm a guarda provisória desde 06/03/2015.

O requerimento em questão foi distribuído por dependência aos autos da ação de destituição do poder familiar promovida pelo

Parquet em face da ora Apelante, com referência à menor A.R. (Processo nº 0113231-12.2014.8.19.0001), demanda esta cujo pedido foi julgado procedente em 16/01/2017.

Analisando-se os autos de ambos os feitos, constata-se que a criança A.R. foi acolhida institucionalmente uma semana após o seu nascimento, em razão de problemas psiquiátricos apresentados por sua genitora, aqui Apelante. Deveras, conforme se infere no estudo social encartado a f. 10/11 dos autos em apenso, datado de 20/03/2014, nota-se que a ora Apelante, além de apresentar distúrbios mentais e não exercer atividade laborativa, possui outro filho que também não se encontra sob seus cuidados, mas sim da irmã paterna, sendo certo, ainda, que o mesmo foi acolhido em razão da suspeita de negligência nos seus cuidados.

A outro giro, ainda se verifica nos autos em apenso a informação de que o suposto pai da menor A.R. não quis registrá-la e nunca buscou ter contato com a criança no período de aproximadamente um ano durante o qual a mesma esteve acolhida institucionalmente, de 11/02/2014 a 06/03/2015).

Aliás, não se pode olvidar que igualmente restou demonstrado nos autos que a ora Apelante também não procurou visitar ou ter contato com sua filha biológica durante todo o período em que esta permaneceu institucionalizada.

Além disso, ainda é relevante perceber que todos os relatórios sociais e psicológicos elaborados nos autos do presente requerimento de adoção são totalmente favoráveis aos pedidos iniciais.

Diante de tal quadro, a Douta Magistrada Monocrática julgou procedentes os pedidos iniciais para destituir a ora Apelante do poder familiar em relação à criança A.R.T.S.,

deferindo a adoção desta aos Apelados, constituindo o vínculo da adoção por sentença e extinguindo o processo com o julgamento do mérito, nos termos do Artigo 487, inciso I do Novo Código de Processo Civil.

Corolário de tudo que foi exposto nos presentes autos, nos quais há estudos técnicos demonstrando que a ora Apelante não possui condições de exercer o poder familiar sobre a menor A.R., sem que a exponha à situação de risco, força é concluir que a sentença vergastada não carece de quaisquer reparos, até porque restou proferida com o devido amparo no Princípio do Superior Interesse da Criança.

Finalmente, conforme bem restou salientado pela Ilustre Procuradora de Justiça, é importante destacar que a presente destituição do poder familiar não tem a finalidade de punir a ora Apelante em virtude da doença psiquiátrica que a acomete, mas sim de garantir a regularização de uma situação fática já constituída em benefício da menor A.R. que, repita-se, foi acolhida institucionalmente uma semana após o seu nascimento, permanecendo abrigada por mais de um ano até o momento que passou aos cuidados dos Apelados, que dispensam todos os cuidados que a criança necessita e a fazem desfrutar de ambiente familiar adequado ao seu desenvolvimento.

Posto isso, acolhendo o Parecer da Ilustre Procuradora de Justiça, conheço do recurso e nego provimento ao apelo, preservando integralmente a sentença vergastada.

É como voto.

Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 2017.

DES. CONCEIÇÃO A. MOUSNIER
Relatora

ADOÇÃO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. PAIS BIOLÓGICOS QUE VISAM À REFORMA INTEGRAL DO JULGADO. MENOR EM SITUAÇÃO DE ABANDONO MATERIAL E MORAL. RISCO PESSOAL E SOCIAL. VÍNCULOS AFETIVOS COM A MÃE ADOTIVA. COMPROVAÇÃO.

Princípio do superior interesse da criança e do adolescente. Direito da criança e do adolescente. Adoção. Sentença de procedência do pedido. Apelação cível interposta pelos réus, visando à reforma integral do julgado. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. Desnecessidade de realização de estudos social e psicológico com os genitores. Ação de destituição do poder familiar previamente julgada procedente. Trânsito em julgado anterior à instrução do processo. Descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar. Menor que se encontra plenamente adaptado à mãe adotiva. Vínculos afetivos comprovados. Prevalência do superior interesse da criança e do adolescente.

1) A Lei nº 8.069/90, em consonância com o art. 227 da Constituição da República, dispõe sobre a proteção integral da criança e do adolescente e assegura direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

2) Cabe aos pais, na forma do art. 22, da Lei 8.069/90, a obrigação de sustento, guarda e educação dos filhos menores. O descumprimento injustificado desses deveres, conforme previsto no art. 24 da mesma legislação, acarreta a perda do poder familiar.

3) Sabe-se que a adoção é um ato jurídico pelo qual um indivíduo é assumido de forma permanente como filho por outra pessoa ou casal, os quais não são seus pais

biológicos. A adoção deve ser deferida por motivos legítimos e quando caracterizadas vantagens para o adotando, nos termos do art. 43 da Lei nº 8.069/90.

4) A teor do que dispõem os art. 19, caput e §3º, c/c art. 39, §1º, todos da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), deve-se prestigiar a manutenção do infante em sua família natural. 4.1) Depreende-se dos citados dispositivos que a família natural tem preferência legal para a criação da criança ou do adolescente, sendo excepcionais as hipóteses de colocação em família substituta. Sem embargo, os interesses da criança devem prevalecer, ao se decidir questão envolvendo adoção e pátrio poder.

5) Na hipótese em exame, o menor J.P., atualmente com dez anos, permaneceu acolhido de 02/09/2010 a 29/04/2015, quando sua guarda provisória foi deferida à adotante, com quem está até hoje. Infere-se, assim, que a maior parte de sua vida o menor viveu afastado dos genitores, encontrando-se há quase 3 (três) anos, sem qualquer convivência com os mesmos.

6) Os argumentos apresentados pelos apelantes em suas razões recursais em nada abalam os fundamentos da r. sentença vergastada, que atendeu ao melhor interesse do menor, evidenciado através dos estudos social e psicológico realizados, a f. 52/55.

7) O menor, em benefício de sua formação integral, como pessoa, tem direito ao que lhe proporciona a apelada, tanto do ponto de vista material, quanto, fundamentalmente, do ponto de vista afetivo.

8) Desse modo, muito embora a manutenção da criança no seio de sua família biológica seja a regra, não constitui direito absoluto e cede, diante das circunstâncias do caso concreto, à aplicação do princípio do melhor interesse da criança.

10) Recurso não Provido.

Visto, relatado e discutido este re-

curso de Apelação Cível nº 0000391-42.2015.8.19.0060, em que figuram como Apelantes W.J.D. e L.F.S. e Apelada S.H.R.P.

Acordam os Desembargadores que integram a Vigésima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Voto

Recurso de apelação cível interposto contra a r. sentença de f. 69/71, da lavra do eminente Juiz de Direito Carlos André Lahmeyer Durval, que, em ação ajuizada por S.H.R.P. em face de W.J.D. e L.F.S., julgou procedente o pedido, nos seguintes termos:

“A autora, devidamente representada (f. 05), ajuizou a presente ação de adoção do menino J.P., filho dos réus, alegando, para tanto, que a ele muito se afeiçoou desde que ele foi abrigado. A autora pleiteou e obteve a guarda do mesmo em outra ação (nº 0613-83.2010). A autora é servidora pública municipal estável, com plenas condições de adotar J.P.. Houve outro processo (nº 0212-50.2011), no qual foi decretada a perda do poder familiar dos réus. Findou requerendo a procedência do pedido de adoção. Juntou documentos (f. 07/13). A decisão de f. 15 deferiu a guarda provisória de J.P. em favor da autora. Citados, os réus apresentaram contestação, na qual alegaram que não concordam com a pretensão da autora. Realmente eles são pobres, mas isto não é motivo para justificar a colocação de J.P. em família substituta. São infundadas as acusações de negligência. Pretendem ter os filhos consigo. Findaram requerendo a improcedência do pedido. Manifestando-se em réplica, a autora rebateu os argumentos dos réus e insistiu na procedência do pedido. Estudo psicológico a f. 52/55. O Ministério Público se mani-

festou favoravelmente ao pedido de adoção. É o relatório. Decido. Inicialmente, verifico que a sentença de procedência proferida nos autos da ação de destituição do poder familiar movida em face dos réus (Proc. nº 0212-50.2011) foi confirmada em decisão monocrática oriunda da 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Convém transcrever a ementa da decisão: 'Apelação Cível. Ação de destituição de poder familiar. Genitores negligentes e desinteressados na criação da prole. Abandono material e moral. Exposição a risco. Interesse dos menores. Prevalência. 1. Inicialmente, frise-se que o afastamento dos menores da convivência dos apelantes decorreu do risco pessoal e social a que estavam sendo submetidos os infantes, conforme relatórios adunados aos autos, de modo que a medida se mostrava imprescindível para salvaguardar os interesses e direitos fundamentais das crianças. 2. Noutra toada, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República previsto no artigo 1º, III, da CRFB, no tocante à criança e ao adolescente, o constituinte originário afirmou no artigo 227 da Magna Carta ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar os direitos ali elencados e colocou-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. 3. Oportunizar às crianças e adolescentes o crescimento digno, quando não cumprido pela família, é um dever jurídico do Estado imposto pela norma constitucional em ordem a assegurar, com isso, a viabilização dos direitos fundamentais, que tem como cláusula geral a dignidade da pessoa humana. 4. A perda do poder familiar ocorrerá quando presente qualquer das hipóteses previstas no art. 1.638 do Código Civil. 5. *In casu*, diante das provas contundentes produzidas nos autos, mormente a inadequação do comportamento do casal, o uso de álcool, a limitação mental e o desinteresse daqueles em modificar o comportamento para uma convivência saudável com a prole, incensurável a sentença que destituiu o poder

familiar, assegurando, assim, a proteção integral aos menores. Precedentes do STJ e desta Corte. 6. Outrossim, não sendo possível a tentativa de reinserir os infantes em seu núcleo familiar ou na família extensa, a destituição do poder familiar e o encaminhamento dos menores para adoção são medidas que se impõem. 7. Recurso que não segue. 'Percebe-se que o Desembargador Relator da apelação concordou com a fundamentação da sentença que destituiu o poder familiar dos réus, o que faz com que os argumentos da contestação não devam ser acolhidos. Por outro lado, o estudo psicológico é favorável ao deferimento da adoção pela autora. O Sr. Psicólogo mencionou que houve sensível evolução no quadro de J.P., que apresenta maior coordenação motora, melhor articulação da fala e postura mais afetiva. A autora tomou a decisão de adotar J.P. em conjunto com sua companheira, recebendo apoio das filhas. Diante dos elementos amplamente favoráveis constantes dos autos, Julgo procedente o pedido, a fim de decretar a adoção pleiteada, na forma do artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sem custas. Transitada em julgado, determino a expedição de mandado de inscrição ao Cartório do RCPN do 4º Distrito de Sapucaia, a fim de que seja feito novo registro de João Paulo, com os seguintes dados: a) Nome: J.P.R.P.; b) Mãe: S.H.R.P.; c) Avós maternos: J.H.P. e M.L.R.P.; d) Data de nascimento: 09 de fevereiro de 2008. Após, deverá ser expedida nova certidão de nascimento de J.P. P. R. I."

Adoto, na forma do permissivo regimental (art. 92, § 4º, do RITJERJ), o relatório de f. 69, acima reproduzido.

Não resignados com o resultado da demanda, apelam os Réus, W.J.D. e L.F.S., a f. 75/79, requerendo a reforma integral da r. sentença, arguindo, preliminarmente, que não teria sido observado o requerimento de realização de estudo social e psicológico, vez que

fora realizado estudo psicológico com a autora e sua família, e não teria sido feito o mesmo em relação aos réus, razão pela qual deve ser anulada a sentença. No mérito, argumentam que seriam pobres e seus filhos foram para abrigo municipal, mas isso não seria razão suficiente para justificar a colocação em família substituta. Sustentam que as acusações de negligência para com seus filhos não procederiam e seriam fundadas em interpretações equivocadas e precipitadas sobre os fatos. Defendem que as crianças não teriam sido abandonadas, tendo família biológica que pretende conduzir sua criação; que a permanência na família biológica seria a regra, que só poderia ser afastada em situações excepcionais. Alegam que a apelada estaria burlando o sistema de adoção, pois não haveria nos autos comprovação de prévia habilitação e prova de que a criança estaria sob sua guarda há mais de três anos. Requerem, pois, seja conhecido e provido o recurso, anulando-se a r. sentença, a fim de que seja realizado estudo social e psicológico com os réus ou, subsidiariamente, seja julgado improcedente o pedido.

Não foram apresentadas contrarrazões, conforme certificado a f. 82.

O recurso é tempestivo. Os Recorrentes são beneficiários de gratuidade de justiça e estão devidamente representados.

Parecer da d. Procuradoria de Justiça, a f. 94/105, oficiando pelo conhecimento e, no mérito, pelo desprovimento do recurso, sendo mantida a r. sentença proferida em sua integridade.

É o breve relatório do essencial. Inclua-se em pauta.

Satisfeitos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, este recurso

deve ser conhecido.

Inicialmente, no que tange à alegada nulidade da sentença em razão da ausência de estudo social e psicológico com os genitores, esta não merece ser acolhida.

Isso porque, trata-se de matéria probatória e consoante disposto no parágrafo único do art. 370, do Código de Processo Civil, cabe ao juiz determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências que entenda inúteis ou meramente protelatórias.

Assim, por ser o juiz destinatário das provas, cabe a ele aferir a necessidade de sua realização. A instrução probatória tem por finalidade fornecer elementos para fundamentar a convicção do juiz, sendo certo que, se verificada a existência de material suficiente nos autos a permitir a sua conclusão sobre a pretensão autoral, é possível o indeferimento da produção de prova, sem que isso configure cerceamento de defesa. Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. 1. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. 2. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. 3. IDONEIDADE DOS DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À EMISSÃO DO MANDADO INJUNTIVO. SÚMULA 7 DO STJ. 4. DOCUMENTOS NECESSÁRIOS À PROPOSITURA DA AÇÃO. SÚMULA Nº 7 DO STJ. 5. ALEGAÇÃO DE EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO AFASTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULA 7 DO STJ. 6. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. 1. O destinatário final das provas produzidas é o juiz, a quem cabe avaliar sua suficiência e necessidade, sendo firme na jurisprudência desta Corte que

competem às instâncias ordinárias exercer juízo acerca das provas produzidas, haja vista sua proximidade com as circunstâncias fáticas da causa. (AgInt no AREsp 1066305 / RO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2017/0051091-0. Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELIZE. Terceira Turma. DJ. 26/07/2017. Data Publ. 03/08/2017)

Ademais, verifica-se que os recorrentes estão destituídos do poder familiar já tendo havido prévia Ação de Destituição do Poder Familiar, relativamente ao adotando e suas irmãs N.S.D. e F.S.D., também acolhidos (Proc. nº 0000212-50.2011.8.19.0060), com Sentença de procedência, sendo negado seguimento ao recurso de apelação em 2ª instância - Decisão Monocrática em 23/07/2015, decisão contra a qual não foi interposto recurso, nos termos de certidão datada de 03/09/2015. A saber:

DECISÃO MONOCRÁTICA

0000212-0.2011.8.19.0060 - Apelação
Ementa - JOSÉ CARLOS PAES - Décima
Quarta Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. GENITORES NEGLIGENTES E DESINTERESSADOS NA CRIAÇÃO DA PROLE. ABANDONO MATERIAL E MORAL. EXPOSIÇÃO A RISCO. INTERESSE DOS MENORES. PREVALÊNCIA. 1. Inicialmente, frise-se que o afastamento dos menores da convivência dos apelantes decorreu do risco pessoal e social a que estavam sendo submetidos os infantes, conforme relatórios adunados aos autos, de modo que a medida se mostrava imprescindível para salvaguardar os interesses e direitos fundamentais das crianças. 2. Noutra toada, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República previsto no artigo 1º, III, da CRFB, no tocante à criança e ao adolescente, o constituinte originário afirmou no artigo 227 da Magna Carta ser dever da família,

da sociedade e do Estado assegurar os direitos ali elencados e colocou-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. 3. Oportunizar às crianças e adolescentes o crescimento digno, quando não cumprido pela família, é um dever jurídico do Estado imposto pela norma constitucional em ordem a assegurar, com isso, a viabilização dos direitos fundamentais, que tem como cláusula geral a dignidade da pessoa humana. 4. A perda do poder familiar ocorrerá quando presente qualquer das hipóteses previstas no art. 1.638 do Código Civil. 5. *In casu*, diante das provas contundentes produzidas nos autos, mormente a inadequação do comportamento do casal, o uso de álcool, a limitação mental e o desinteresse daqueles em modificar o comportamento para uma convivência saudável com a prole, incensurável a sentença que destituiu o poder familiar, assegurando, assim, a proteção integral aos menores. Precedentes do STJ e desta Corte. 6. Outrossim, não sendo possível a tentativa de reinserir os infantes em seu núcleo familiar ou na família extensa, a destituição do poder familiar e o encaminhamento dos menores para adoção são medidas que se impõem. 7. Recurso que não segue.

Não assiste razão a Apelante.

Como bem salientado pela d. Procuradoria de Justiça, “estando os recorrentes destituídos do poder familiar, como visto acima, irrelevantes são seus argumentos no sentido de necessidade de realização de estudos social e psicológico com os genitores. Tal providência serviria apenas para tumultuar o processo, diante de sua inutilidade.

Quanto ao mérito, não assiste razão aos Apelantes.

A Lei nº 8.069/90, em consonância com o art. 227 da Constituição da República, dispõe sobre a proteção integral da criança e do adolescente e assegura direitos especiais de-

correntes da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

Cabe aos pais, na forma do art. 22, da Lei 8.069/90, a obrigação de sustento, guarda e educação dos filhos menores. O descumprimento injustificado desses deveres, conforme previsto no art. 24 da mesma legislação, acarreta a perda do poder familiar.

Sabe-se que a adoção é um ato jurídico pelo qual um indivíduo é assumido de forma permanente como filho por outra pessoa ou casal, os quais não são seus pais biológicos. A adoção deve ser deferida por motivos legítimos e quando caracterizadas vantagens para o adotando, nos termos do art. 43 da Lei nº 8.069/90.

A teor do que dispõem os art. 19, *caput* e §3º, c.c. art. 39, §1º, todos da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), deve-se prestigiar a manutenção do infante em sua família natural:

“É direito da criança e do adolescente ser criado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.”

§1º (...)

§2º (...)

§3º A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção, nos termos do § 1o do art. 23, dos incisos I e IV do *caput* do art. 101 e dos incisos I a IV do *caput* do art. 129 desta Lei.

Por seu turno, o art. 39, §1º, do ECA dispõe:

“A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da

criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.”

Depreende-se dos citados dispositivos que a família natural tem preferência legal para a criação da criança ou do adolescente, sendo excepcionais as hipóteses de colocação em família substituta.

Sem embargo, os interesses da criança devem prevalecer, ao se decidir questão envolvendo adoção e pátrio poder.

Na hipótese em exame, o menor J.P., atualmente com dez anos, permaneceu acolhido de 02/09/2010 a 29/04/2015, quando sua guarda provisória foi deferida à adotante, com quem está até hoje. Infere-se, assim, que a maior parte de sua vida o menor viveu afastado dos genitores, encontrando-se há quase 3 (três) anos, sem qualquer convivência com os mesmos.

Os argumentos apresentados pelos apelantes em suas razões recursais em nada abalam os fundamentos da r. sentença vergastada, que atendeu ao melhor interesse do menor, evidenciado através dos estudos social e psicológico realizados, a f. 52/55, a saber:

J.P.S.D. (08 anos) portou-se, em atendimento nas dependências do Fórum da Comarca de Sumidouro, de forma colaborativa, de acordo com as particularidades, não apresentando resistência em interagir com este psicólogo. De modo que, apresentou posturas que sugerem vínculo afetivo estabelecido com Sra. S.H. e Sra. M.L., não demonstrando sentimentos angustiantes associados a tais relacionamentos, ao meenos durante o procedimento técnico.

CONCLUSÃO

Tendo em vista as perspectivas apresen-

tadas, eclode quadro que sugere adaptação de J.P. à dinâmica familiar vigente no núcleo familiar da requerente, que é composto pela mesma e sua companheira, Sra. M.L..

Há neste sentido, indicativos de movimento no sentido de garantia dos direitos fundamentais deste, através de encaminhamento para a instituição especializada (APAE de Além Paraíba), atividades de incentivo a sociabilidade e inclusão, permeada por aparente postura afetuosa, na atual dinâmica familiar.

O presente estudo reconhece a condição dinâmica, circunstancial e não estática de seu objeto de trabalho.

Sendo o que cabe relatar, até a presente data, submeto o presente à apreciação de V. Exa.

O menor, em benefício de sua formação integral, como pessoa, tem direito ao que lhe proporciona a Apelada, tanto do ponto de vista material, quanto, fundamentalmente, do ponto de vista afetivo.

Como bem realçou pela d. Procuradoria de Justiça “diante dos vínculos socioafetivos existentes entre adotante e adotando e a ausência de condições dos apelantes em assumir os cuidados em relação ao filho, tendo já sido julgada procedente ação de destituição de poder familiar, haverá real prejuízo à integridade psíquica e emocional de J.P. caso seja determinado eventual afastamento do ambiente familiar onde está atualmente inserido. Pode-se afirmar, assim, que os princípios do superior interesse da criança, da prioridade absoluta e da razoabilidade, que devem nortear todas as decisões exaradas na esfera de atuação infanto-juvenil, somente restarão devidamente observados se for mantida a decisão de primeiro grau”.

Desse modo, muito embora a manutenção da criança no seio de sua família biológica seja a regra, não constitui direito absoluto e cede, diante das circunstâncias do caso concreto, à aplicação do princípio do melhor interesse da

criança.

A sentença recorrida está bem fundamentada e atrelada à prova carreada aos autos, bem como à legislação pertinente, de forma que, uma vez desrespeitados os deveres inerentes ao poder familiar, imprescindível se torna a intervenção do Estado em favor da criança ou do adolescente.

À conta de tais fundamentos, voto no sentido de se negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 11 de abril de 2018.

DES. WERSON RÊGO
Relator

ADOÇÃO. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. GUARDA FÁTICA. SEPARAÇÃO DO CASAL. DESINTÊNCIA. VÍNCULO COM A INFANTE. ECA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. PEDIDO NÃO ACOLHIDO.

Apelação cível. Ação de adoção proposta por casal. Desistência de um dos cônjuges. Descabimento. Casal que, à época da desistência, já mantinha com a criança filiação socioafetiva por mais de cinco anos. Menor que reconhece o apelante como pai. Impossibilidade de homologação da desistência. Primazia do afeto no estabelecimento da paternidade. Jurisprudência sobre o tema. Acerto da sentença. Recurso desprovido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível, nº 0003496-55.2013.8.19.0041, em que é Apelante C.V.M. e Apelado: L.M..

Acordam os Desembargadores que com-

põem a Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, na forma do voto do relator.

Voto

Relatório nos autos.

Conforme relatado, trata-se de apelação cível interposta da sentença de f. 80/80v que, em ação de adoção, concedeu aos requerentes a adoção da menor indicada na inicial, com a qual conviviam desde os sete meses de idade.

No recurso de f. 92/94, no qual reitera o agravo retido de f. 68/72, o recorrente basicamente centra sua tese na alegação de que a adoção encerra ato voluntário e, por isso, antes da sentença, poderia haver desistência.

Ocorre que, na hipótese em apreço, os demandantes mantiveram em relação à menor incontroversa relação de filiação socioafetiva, visto que exerciam a sua guarda fática desde os sete meses de idade da infante.

Somente depois de mais de cinco anos de convivência, após a separação do casal, é que o primeiro demandante requereu a desistência do pedido. Ou seja, após se consolidar o vínculo socioafetivo com a criança.

A regra prevista nos arts. 47, § 7º, 165, § 5º, do ECA há de ser interpretada segundo o princípio magno que informa o direito da criança e do adolescente, que prioriza os seus interesses.

Homologar o pedido de desistência, na hipótese, significaria ignorar a primazia do afeto no estabelecimento da paternidade, em contra-mão da jurisprudência autorizada:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE
'ADOÇÃO À BRASILEIRA' CONFRONTO

ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIOAFETIVA TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PROCEDÊNCIA – DECISÃO REFORMADA - 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula nº 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócioafetiva, decorrente da denominada 'adoção à brasileira' (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a situação que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular 'adoção à brasileira', não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado (ApC 108.417-9, 2ª Câmara Civil, Rel. ACCÁCIO CAMBI. DJ: 12/12/2001).

Assim, não há como se acolher o pedido de desistência, sob pena de se ao fim último da norma em exame, que é o de prestigiar o interesse do menor.

Registre-se, por fim, que o apelante invoca o condicionamento da adoção à celebração de acordo com a primeira autora com o fito de inviabilizar a medida, uma vez que não há qualquer notícia nos autos de que aquela demandante tem oposto óbice à visitação irrestrita do recorrente à menor. Subverte-se, assim, o sentido da norma, que, por isso, não há de prevalecer.

Havendo recalce da primeira autora

quanto ao regime de visitação almejado pelo apelante, terá este à sua disposição a competente ação de regulamentação de visitas, garantindo-se o seu direito à convivência com a menor.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso, ficando mantida a sentença na íntegra.

Rio de Janeiro, 31 de janeiro de 2018.

DES. WAGNER CINELLI
Relator

ADOÇÃO. FORMALIZAÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. CONDIÇÕES MATERIAIS E AFETIVAS PROPORCIONADAS. NEGLIGÊNCIA DA GENITORA E DA FAMÍLIA EXTENSA. RECURSO NÃO PROVIDO.

APELAÇÃO. ADOÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MELHOR INTERESSE DO MENOR. SITUAÇÃO DE ABANDONO MATERIAL E AFETIVO DEMONSTRADA. GUARDA FÁTICA EXERCIDA PELOS APELADOS DESDE TENRA IDADE DAS CRIANÇAS. CHANCELA DA ADOÇÃO QUE REPRESENTA TÃO-SOMENTE FORMALIZAÇÃO DE SITUAÇÃO DE FATO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. O Estatuto da Criança e do Adolescente é o diploma legal regulamentador da norma constitucional que prevê a proteção integral das crianças e adolescentes recaindo tal obrigação à família, ao Estado e à sociedade, nos termos do art. 227, *caput*, da Constituição Federal. Logo, o princípio da proteção integral exige que tanto a família, quanto a sociedade e o Estado, zelem pelos direitos e cuidados inerentes à formação de crianças e adolescentes, nestes compreendidos quaisquer menores de 18 anos, estejam estes ou não em situação de

risco pessoal ou social. Ademais, o poder familiar impõe aos pais, o dever de fornecer aos filhos, educação, saúde, lazer, bem como, uma formação voltada para a convivência com os demais membros da sociedade. Cabe ressaltar, nesse ponto, que por estarem ligadas à matéria de ordem pública, consistente na máxima proteção à criança e ao adolescente, as obrigações derivadas do poder familiar são normas de caráter cogentes, impossibilitando seu afastamento pelas partes da relação familiar. Depreende-se, de todo o exposto, que o Estatuto da Criança e do Adolescente é a lei que visa equilibrar o exercício do poder familiar com o princípio do melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar. *In casu*, fora ajuizada ação de adoção cumulada com pedido de destituição de poder familiar que culminou na decretação da perda do poder familiar de L.S.D. em relação às crianças E.S.D. e E.S.D., declarando inexistentes todas as relações de parentesco daí advindas e deferindo a adoção das menores aos adotantes M.S.R. e A.V.R. (doc. 342). Inicialmente, a parte apelante defende o caráter excepcional da destituição do poder familiar, além de pontuar que não restaram esgotadas as medidas previstas nos artigos 129 e 19, parágrafo terceiro, ambos do ECA. Afirma, nessa esteira, que não fora demonstrado o alegado abandono ou mesmo que a parte não tenha condições para o regular exercício do poder familiar, tendo a apelante anuído com a intensa convivência entre suas filhas e os demandados desde os dois anos de idade das crianças em função do seu delicado estado de saúde e por ter apenas 16 anos de idade na época do nascimento das filhas, encontrando-se, portanto, a própria recorrente em estado de vulnerabilidade. Finalmente, destaca que exerce a guarda de outra filha com idade próxima de E. e E. e que o convívio com as filhas fora impedido de forma arbitrária e ilegal pelos recorridos. Por sua vez, em breve síntese, os apelados relatam que a Sra. M., primeira apelada, conheceu a genitora das crianças quando

ela fazia exames pré-natais no posto da saúde onde a recorrida trabalhava. Narra que após o nascimento das crianças, que eram portadoras do vírus da sífilis, os laços entre as partes se estreitaram, culminando na residência das crianças em sua companhia, não só em razão do estado de saúde das crianças, mas também diante do abandono materno - dependente química - e da família extensa, que nunca ofereceu amparo às meninas. Embora o direito à convivência familiar, seja na família natural, seja na família extensa, encontre-se previsto no art. 19 do ECA, nem sempre a manutenção de tal vínculo representa o melhor interesse da criança ou do adolescente. Na hipótese em tela, a despeito de a recorrente afirmar, em última análise, que a pretensão autoral carece de substrato probatório, refutando a narrativa autoral, depreende-se do estudo social o vínculo entre os apelados, em especial, a primeira apelada, Sra. M., e as crianças E. e E., mostrando-se a sentença vergastada, em verdade, apenas a formalização de situação fática. Como pontuou a douta Procuradoria de Justiça, no primeiro estudo social e psicológico realizado, restou confirmada a informação de que as crianças se encontravam sob a assistência de os recorridos desde 1 ano e 3 meses de vida (doc. 29) ante a negligência generalizada da genitora e da sua família extensa, motivo pelo qual a equipe técnica opinou na ocasião pela concessão da guarda provisória aos casal-apelado. No curso da instrução probatória, promovido novo estudo pela equipe técnica do juízo, fora reiterada a manifestação no sentido de que o casal apelado já se tornara “pai” das crianças, mostrando-se prejudicial a retirada das crianças do seu convívio. Conclui-se a partir dos referidos estudos, que a apelante se insurge contra a adoção das crianças, apesar de ter deixado as meninas longos períodos sob o exclusivo cuidado dos apelados, situação acompanhada, inclusive, pelos auxiliares do juízo. Não pairam dúvidas, ainda, sobre o reconhecimento dos apelados enquanto pais socioafetivos das crianças, tampouco das

condições materiais e afetivas proporcionadas por esses em prol das meninas desde a mais tenra idade. Finalmente, além de a apelante não ter demonstrado ter melhores condições de estar com as crianças, a tese defensiva sobre a privação arbitrária do convívio das meninas com a genitora biológica não encontra respaldo na prova dos autos. Enfim, considerando que no exame da guarda de criança ou adolescente o escopo da Justiça fixa-se exclusivamente nos interesses do menor, ou seja, na sua segurança, no seu bem-estar, não podendo guardar, inclusive por determinação legal, uma aplicação extremamente dogmática e fria do texto normativo, deve-se observar qual situação é mais vantajosa para a criança. Nessa esteira, a preocupação fundamental do julgador deve estar voltada ao bem-estar da criança e não na disputa muitas vezes egoísta e irracional das partes. Diante do exposto, restou evidente que a apelante nunca exerceu a responsabilidade parental, ausentando-se longamente da vida das crianças, o que fundamenta não só a destituição do poder familiar, mas a chancela da adoção pleiteada pelos recorridos, permitindo, enfim, a formalização de situação fática que se arrasta desde o início da vida das crianças, revelando-se infundada a assertiva de que os preceitos do ECA não foram observados quando o melhor interesse das crianças, princípio constitucional, restou garantido pelo sentenciante. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Nº 0020321-26.2015.8.19.0002, em que é Apelante: L.S.D. e Apelados: M.S.R. e outro.

Acordam os Desembargadores que integram a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao apelo, nos termos do voto da Des. Relatora.

A apelação é tempestiva e satisfaz os de-

mais requisitos de admissibilidade.

A sentença recorrida merece ser mantida. Senão, vejamos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é o diploma legal regulamentador da norma constitucional que prevê a proteção integral das crianças e adolescentes recaindo tal obrigação à família, ao Estado e à sociedade, nos termos do art. 227, *caput*, da Constituição Federal, *verbis*:

“art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, 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, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Logo, o princípio da proteção integral exige que tanto a família, quanto a sociedade e o Estado, zelem pelos direitos e cuidados inerentes à formação de crianças e adolescentes, nestes compreendidos quaisquer menores de 18 anos, estejam estes ou não em situação de risco pessoal ou social.

Conforme disserta TARCÍSIO JOSÉ MARTINS COSTA¹, comentando o princípio da proteção integral, “as atenções e cuidados são dirigidos a todas as crianças e adolescentes, sem nenhuma distinção, alcançando norma não somente o menor abandonado ou delinquente, mas a imensa coletividade de infantes e jovens, desde o momento da concepção. (...) Pode-se proclamar que os interesses das crianças e adolescentes, considerados sujeitos de direitos,

são superiores porque a família, a sociedade e o Estado, todos estão compelidos a protegê-los, tendo em conta a sua peculiar condição de pessoas em formação e desenvolvimento.”

A intervenção preventiva do legislador manifestada através das infrações administrativas, portanto, visa à tutela de quaisquer menores de 18 anos, estejam eles ou não em uma das situações descritas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Em se tratando de normas de prevenção, mesmo antes do Estatuto, as infrações administrativas já eram direcionadas a quaisquer menores de idades, estivessem ou não em “situação irregular”.

Portanto, decorre do poder familiar o dever de fornecer aos filhos educação, saúde, lazer, bem como, uma formação voltada para a convivência com os demais membros da sociedade.

Cabe ressaltar, nesse ponto, que por estarem ligadas à matéria de ordem pública, consistente na máxima proteção à criança e ao adolescente, as obrigações derivadas do poder familiar são normas de caráter cogentes, impossibilitando seu afastamento pelas partes da relação familiar.

A sistemática constitucional, fundada na doutrina da proteção integral, encontra especial guarida na Constituição Federal de 1988, extremamente cuidadosa na tutela dos vulneráveis, bem como nos diversos tratados internacionais que, inspirados nos mesmos ideais, passaram a dar um tratamento mais minucioso aos direitos fundamentais aplicados às crianças e adolescentes.

Sobre o tema, cito trecho do Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado - Comentários Jurídicos e Sociais²:

1 Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, p. 1.

2 Coordenadores Munir Cury, Antônio F. do A. e

“Se é certo que a própria Constituição Federal proclamou a doutrina da proteção integral, revogando implicitamente a legislação em vigor à época a Nação clamava por um texto infraconstitucional consoante com as conquistas da Carta Magna.

O dispositivo ora em exame é a síntese do pensamento do legislador constituinte, expresso na consagração do preceito de que os direitos de todas as crianças e adolescentes devem ser universalmente reconhecidos.

São direitos especiais e específicos, pela condição de pessoas em desenvolvimento. Assim, as leis internas e o direito de cada sistema nacional devem garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas de até 18 anos, não incluindo apenas o aspecto penal do ato praticado pela ou contra criança, mas o seu direito à vida, saúde, educação, convivência, lazer, profissionalização, liberdade e outros’ (**J o ã o Gilberto Lucas Coelho, Criança e Adolescente: a Convenção da ONU e a Constituição Brasileira**, UNICEF, p. 3)

(...)

A proteção integral dispensada à criança e ao adolescente encontra suas raízes mais próximas na Convenção sobre o direito da Criança, aprovada pela Assembleia das Nações Unidas em 20/11/89 e pelo Congresso Nacional brasileiro em 14/09/90, através do Dec. Legislativo 28.”

Não há olvidar ainda que, na interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, “levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento” (art. 6º).

Depreende-se, de todo o exposto, que o Estatuto da Criança e do Adolescente é a lei que visa equilibrar o exercício do poder familiar com o princípio do melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar.

Por conseguinte, a Vara da Infância e da Juventude, destinada a assegurar a integral proteção a especiais sujeitos de direito, tem competência absoluta para processar e julgar feitos versando acerca de direitos e interesses concernentes às crianças e aos adolescentes.

In casu, fora ajuizada ação de adoção cumulada com pedido de destituição de poder familiar que culminou na decretação da perda do poder familiar de L.S.D. em relação às crianças E.S.D. e E.S.D., declarando inexistentes todas as relações de parentesco daí advindas e deferindo a adoção das menores aos adotantes M.S.R. e A.V.R. (doc. 342)

Inicialmente, a parte apelante defende o caráter excepcional da destituição do poder familiar, além de pontuar que não restaram esgotadas as medidas previstas nos artigos 129 e 19, parágrafo terceiro, ambos do ECA. Afirma, nessa esteira, que não fora demonstrado o alegado abandono ou mesmo que a parte não tenha condições para o regular exercício do poder familiar, tendo a apelante anuído com a intensa convivência entre suas filhas e os demandados desde os dois anos de idade das crianças em função do seu delicado estado de saúde e por ter apenas 16 anos de idade na época do nascimento das filhas, encontrando-se, portanto, a própria recorrente em estado de vulnerabilidade. Finalmente, destaca que exerce a guarda de outra filha com idade próxima de E. e E. e que o convívio com as filhas fora impedido de forma arbitrária e ilegal pelos recorridos.

Por sua vez, em breve síntese, os apelados relatam que a Sra. M., primeira apelada, conheceu a genitora das crianças quando ela

fazia exames pré-natais no posto da saúde onde a recorrida trabalhava. Narra que após o nascimento das crianças, que eram portadoras do vírus da sífilis, os laços entre as partes se estreitaram, culminando na residência das crianças em sua companhia, não só em razão do estado de saúde das crianças, mas também diante do abandono materno - dependente química - e da família extensa, que nunca ofereceu amparo às meninas.

Embora o direito à convivência familiar, seja na família natural, seja na família extensa, encontre-se previsto no art. 19 do ECA, nem sempre a manutenção de tal vínculo representa o melhor interesse da criança ou do adolescente.

Na hipótese em tela, a despeito de a recorrente afirmar, em última análise, que a pretensão autoral carece de substrato probatório, refutando a narrativa autoral, depreende-se do estudo social o vínculo entre os apelados, em especial, a primeira apelada, Sra. M., e as crianças E. e E., mostrando-se a sentença vergastada, em verdade, apenas a formalização de situação fática. Vejamos.

Como pontuou a douta Procuradoria de Justiça, no primeiro estudo social e psicológico realizado restou confirmada a informação de que as crianças se encontravam sob a assistência de os recorridos desde 1 ano e 3 meses de vida (doc. 29) ante a negligência generalizada da genitora e da sua família extensa, motivo pelo qual a equipe técnica opinou na ocasião pela concessão da guarda provisória aos casal-apelado.

O contato pessoal desta equipe técnica com E. e E. permitiu observar que se mostram muito apegadas ao casal (com relevância a Sra. M.); a primeira criança se comunica, mas não facilmente através da fala e o informado pelo casal é que somente começou a andar com cerca de 2 anos de idade (no momento do atendi-

mento, não saiu do colo da Sra. M., portanto, possível que o estágio de seu desenvolvimento denote atrasos motores e talvez sob o aspecto cognitivo. Com relação a E., visível uma correspondência aos tratamentos, tendo se mostrado interativa, percorrendo com autonomia o espaço do setor técnico e verbalizando sem maiores dificuldades, ou seja, com aparente desenvolvimento, amplo, compatível com sua idade cronológica. Em síntese, pelo discurso dos requerentes, desde o período de gestação gemelar da jovem L., a declarante (na função de auxiliar de consultório dentário) e os profissionais da UPA do Fonseca podiam constatar um flagrante descaso de L. com sua própria saúde e a dos bebês que estava gestando. Ainda, com o nascimento das duas filhas, era possível também verificar que L. permanecia vulnerabilizando ao extremo as duas filhas, as quais denunciavam uma cronicidade no baixo peso com o agravante da sífilis, enquanto que os recursos oferecidos através dos serviços de saúde revelavam-se infrutíferos, frisa-se, em muito pela contumaz postura negligente da genitora. Ao que tudo indica, a angústia tomada pelo casal postulante — por razões da conduta temerária da genitora em relação às filhas — fez com que fosse impelido a querer se aproximar mais de L., visando a lhe oferecer ajuda sistemática, ou melhor, para que esta própria pudesse mudar sua postura, vindo a agir com responsabilidade na criação das crianças. Entretanto, ao que parece, L. não correspondia ao apoio prestado pela declarante (e esposo desta), pois continuava desamparando as filhas então recém-nascidas e muito doentes; mas, embora a dimensão refratária da genitora, esta é quem teria escolhido os requerentes para serem os padrinhos de batismo das duas. O relatado foi que, principalmente diante do compromisso assumido na qualidade de padrinhos, os requerentes teriam intensificado sua presença na vida das afilhadas, de maneira que estas iam para a residência do casal com constância, sempre levadas pela própria genitora e com o

objetivo de que as filhas ficassem por dias a fio com eles, enquanto L. sem dar notícias, mas se sabia que entregue ao vício de drogas, ociosa e sem paradeiro fixo; que reaparecia na residência do casal e levava as filhas; que, poucos dias depois, retornava-as para o casal e assim sucessivamente, até que em janeiro/2014, deixou-as de forma prolongada com o casal, voltando a aparecer em outubro do mesmo ano (em companhia de um homem - o indigitado genitor do terceiro filho que estava esperando - pelo que se sabe, traficante), reclamando o retorno das filhas para sua companhia, com isto, mais uma vez, expondo-as a tamanha suscetibilidade de sua integridade física e psicológica, já que ficavam sem devida alimentação, higiene, cada vez mais adoentadas pela descontinuidade do tratamento específico de que, desde sempre, necessitam receber. Na ocasião, a contragosto, o casal cedeu aos caprichos da genitora. Como já informado, em novembro/2014, L. voltou a deixar as filhas com os requerentes, mas não exatamente a título de dá-las em adoção para estes; que devido aos acontecimentos a fragilizarem, cada vez mais, a saúde das infantes, entenderam os requerentes pela necessidade, urgente, de regularizar sua posse e responsabilidade em relação às afilhadas, pelas quais, desde o nascimento destas, vem nutrindo sentimento materno-paternal, diante de uma conjuntura — inevitável e conseqüentemente — favorecedora para uma edificação de vínculos entre o casal e as crianças e a ensejar, inclusive, um pedido de adoção. De modo que, as primeiras análises sobre o caso vertente - tendo como alvo duas crianças, gemelares - conduzem esta equipe técnica ao entendimento de que tudo indica um total desamparo pela genitora associado a uma omissão da família extensa, materna. Há que ser salientado o delicado estado de saúde das infantes (sobretudo de E.) a exigir uma dedicação integral e extrema, de forma a lhes fazer garantir o tratamento específico e sistemático de que ainda tanto necessitam. Válido notar que a sífilis persiste em abater

E. (pois ainda não negativados os resultados dos exames conforme demonstrado nos autos), enquanto que E. , ao contrário da irmã, já se encontra sob menos risco (negativados os resultados), graças às providências tempestivas por parte do casal requerente. Certo é que ambas não tem como prescindir de um contínuo atendimento ambulatorial (Posto de Saúde de Ititioca) e/ou hospitalar, por motivos óbvios das preocupantes peculiaridades de cada uma. Porém, s.m.j., embora o indiscutível amparo do casal, ambas irmãs ainda necessitam, formalmente, de uma estabilidade sociofamiliar, conseqüentemente, de mecanismos jurídicos assecuratórios de proteção e bem-estar, pois, ao contrário, apesar dos esforços da Sra. M. e do Sr. A., a situação familiar das crianças poderá voltar a incorrer em vulnerabilidade extrema, com prejuízos possivelmente irreversíveis diante da demora na urgência de providências em termos de uma regularização da posse e ampla assistência. Pelo exposto, no momento, manifesta-se esta equipe técnica pela concessão de uma Guarda provisória das crianças em tela em favor do casal, Sra. M. e Sr. A.

No curso da instrução probatória, promovido novo estudo pela equipe técnica do juízo, fora reiterada a manifestação no sentido de que o casal apelado já se tornara “pai” das crianças, mostrando-se prejudicial a retirada das crianças do seu convívio.

O que se pode extrair é que o casal requerente -inequivocamente disponível para o trato com crianças, sob sua posse e inteira responsabilidade - vem buscando, no que lhe é possível, lutar pela chance das duas crianças permanecerem sob seu manto protetivo e afetivo, com fins a que possam, inclusive, vir a desenvolver capacidades para uma futura autonomia de vida em sentido amplo. Nesse contexto, permeado por uma tamanha vinculação afetiva entre o casal e as infantes (além de uma terceira, F.), concluiu-se pelo legítimo propó-

sito do casal em seu pedido de adoção, com o devido cumprimento de um papel principal, integralmente garantidor. Hoje, E. e E. reconhecem A. como “pai” e a Sra. M. como “mãe”. Devido a uma estrutura que vem sendo propiciada às adotandas na defesa de seus melhores interesses, em meio a uma satisfatória adaptação destas ao seio familiar de que ora fazem parte, por assim, há de se inferir que eventual mudança brusca no aspecto referencial familiar, muito provavelmente, repercutirá sérios - como irreparáveis - prejuízos à integridade de ambas. Com isto, desde logo, sendo possível a esta equipe técnica se manifestar pelas consistentes e reais vantagens para as adotandas, na medida em que venha a ser deferido o pleito por este douto Juízo.

Conclui-se a partir dos referidos estudos, que a apelante se insurge contra a adoção das crianças, apesar de ter deixado as meninas longos períodos sob o exclusivo cuidado dos apelados, situação acompanhada, inclusive, pelos auxiliares do juízo.

Não pairam dúvidas, ainda, sobre o reconhecimento dos apelados enquanto pais socioafetivos das crianças, tampouco das condições materiais e afetivas proporcionadas por esses em prol das meninas desde a mais tenra idade.

Finalmente, além de a apelante não ter demonstrado possuir melhores condições de estar com as crianças, a tese defensiva sobre a privação arbitrária do convívio das meninas com a genitora biológica não encontra respaldo na prova dos autos.

Enfim, considerando que no exame da guarda de criança ou adolescente o escopo da Justiça fixa-se exclusivamente nos interesses do menor, ou seja, na sua segurança, no seu bem-estar, não podendo guardar, inclusive por determinação legal, uma aplicação extremamente dogmática e fria do texto normativo,

deve-se observar qual situação é mais vantajosa para a criança. Nessa esteira, a preocupação fundamental do julgador deve estar voltada ao bem-estar da criança e não na disputa muitas vezes egoísta e irracional das partes.

Diante do exposto, restou evidente que a apelante nunca exerceu a responsabilidade parental, ausentando-se longamente da vida das crianças, o que fundamenta não só a destituição do poder familiar, mas a chancela da adoção pleiteada pelos recorridos, permitindo, enfim, a formalização de situação fática que se arrasta desde o início da vida das crianças, revelando-se infundada a assertiva de que os preceitos do ECA não foram observados quando o melhor interesse das crianças, princípio constitucional, restou garantido pelo sentenciante.

À luz de tais fundamentos, conheço e nego provimento ao apelo.

Rio de Janeiro, 07 de março de 2018.

DES^a RENATA MACHADO COTTA
Relatora

ADOÇÃO. GENITORA EM ESTADO PUERPERAL. ARREPENDIMENTO. NEGLIGÊNCIA NÃO COMPROVADA. REINTEGRAÇÃO FAMILIAR. PROIBIÇÃO DE VISITA PELO PAI REGISTRAL. AGUARDADA A VINDA DO EXAME DE DNA E ESTUDOS PSICOSSOCIAIS. INTUITO DE EVITAR-SE A “ADOÇÃO À BRASILEIRA”. MEDIDAS PROTETIVAS. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

Agravo de instrumento. Acolhimento institucional. Direito da criança e do adolescente. Destituição do poder familiar. Genitora, em estado puerperal, que solicitou a entrega do recém-nascido para a adoção, arrependendo-se logo após. Decisão profe-

rida em audiência, determinando o acolhimento institucional da menor em razão da suspeita de adoção à brasileira. Direito à amamentação. Acompanhamento pós-natal da mãe que seria imprescindível. Ausência de formalização da entrega perante a vara da infância. Não comprovada negligência diante do conjunto probatório dos autos, inclusive com direito de arrependimento. Decisão proferida pelo magistrado *a quo* que merece ser reformada para a reintegração familiar de M.L. junto à mãe, com acompanhamento pelo conselho tutelar da área, o qual deverá aplicar medidas protetivas de apoio à genitora e ao neném. Por outro lado, deve-se manter a proibição de visitas pelo pai registral, sua esposa e demais parentes paternos até a vinda do exame de DNA e estudos psicossociais, após o que tal suspensão poderá ser reavaliada. Recurso a que se dá parcial provimento.

DECISÃO

Trata-se de Agravo de Instrumento, nº 0012502-39.2018.8.19.0000 em que é Agravante C.C.F.T. e outro contra decisão proferida nos autos de ação sob nº 0006543-63.2018.8.19.0202, em curso na 3ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Regional de Madureira, proposta por Lar de Baltazar.

A decisão agravada (e-doc. 02, f. 23), prolatada durante audiência realizada em 13/03/2018, foi proferida nos seguintes termos:

“Considerando os depoimentos colhidos em audiência, em que houve contradição no tocante ao fato de A. poder engravidar; Considerando que a reação de A. se demonstrou completamente quanto aos fatos narrados; Considerando que há indícios de que seja “adoção à brasileira” e que o casal W. e A. estejam interessados no infante,

assumindo uma paternidade que não lhe cabem, determino o acolhimento institucional do infante até a conclusão do exame de DNA e estudos. Designo o dia 27/3/2018, às 11h00min para exame na policlínica Piquet Carneiro, na Avenida Marechal Rondon, nº 381, Bairro São Francisco Xavier, ficando desde já intimados W. e C. e cientes de que o não comparecimento importará no reconhecimento da nulidade do registro. Ciente o Sr. W. de que caso o exame seja negativo poderá responder pelo crime do artigo 242, do CP. Ciente a genitora de que poderá visitar a infante diariamente, caso queira, no abrigo Lar de Baltazar, situado na Rua Gazeta da Tarde, nº 55, sendo que enquanto não finalizado o exame de DNA proíbo a visitação de W., A. e C.. Oficie-se ao abrigo informando que a genitora poderá amamentar a criança. Expeça-se guia de acolhimento. Anote-se no MCA. Venha estudo social e psicológico pelo abrigo.”

Alega o agravante, em síntese, que os agravantes tiveram um caso extraconjugal advindo a menor M.L.T.S. que nasceu com vida no dia 09/03/2018.

Afirmam que a primeira agravante ocultou a gravidez de todos, e só se soube da mesma quando esta compareceu no Hospital Maternidade Herculano Pinheiro para informar a decisão de entregar a adoção, porém, entrou em trabalho de parto ocasião em que a menor nasceu, e, após o nascimento da criança, foi revelada a paternidade ao 2º agravante, o qual recebeu a declaração de nascido vivo a fim de que pudesse proceder o registro de nascimento de sua filha, o que foi realizado.

Alega que o reconhecimento espontâneo não pode ser impugnado, as partes estão em consonância com a decisão tomada de criarem sua filha, visando única e exclusivamente o bem estar da mesma, desejam apenas que ela possa conviver com ambos e que essa relação

conta com o consentimento da esposa do agravante, pois, todos residem na mesma rua, para ser mais preciso na mesma vila, privar os agravantes de poderem conviver com sua filha passa de todos os limites de tolerância, situação que merece a apreciação do Poder Judiciário,

Acrescenta que, caso a decisão seja mantida, causará graves danos emocionais e psicológicos, aos agravantes e a criança, bem como que o acolhimento não se faz necessário tendo em vista que não há qualquer indício de maus-tratos ou violência, ao contrário, pretendem os agravantes apenas estar com a sua filha, o registro de nascimento por si só reflete esta manifestação de vontade, não devendo ser mantida a decisão por ferir princípios constitucionais do melhor interesse da criança.

Requer a concessão da tutela antecipada, no sentido de revogar a decisão *in totum* do Juízo *a quo*, em razão da gravidade dos fatos e da necessidade da menor ser amamentada para determinar que os genitores retirem a filha menor M.L.T.S. do Abrigo Lar de Baltazar situado na Rua Gazeta da Tarde n.º 55.

Parecer da Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e provimento parcial do recurso (e-doc. 38), para que haja a reintegração familiar de M.L. junto da mãe, com acompanhamento pelo Conselho Tutelar da área, o qual deverá aplicar medidas protetivas de apoio à genitora e ao neném. Por outro lado, deve-se manter a proibição de visitas pelo pai registral, sua esposa e demais parentes paternos, ao menos até a vinda do exame de DNA e estudos psicossociais, após o que tal suspensão poderá ser reavaliada.

É o relatório. Decido.

O presente agravo de instrumento é tempestivo e encontram-se satisfeitos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade,

razão pela qual dele conheço.

Cuida-se de recurso interposto contra decisão proferida pelo Juízo *a quo* que determinou o acolhimento institucional da criança M.L.T.S. (nasc.: 09/03/2018 - com menos de uma semana de vida), até a conclusão do exame de DNA e estudos, eis que a douta magistrada ponderou que havia indícios de adoção à brasileira da recém-nascida para o suposto pai biológico e esposa (A.). Por isso, determinou o acolhimento institucional de M.L. e designou data para exame de DNA. Autorizou a visita diária da genitora ao bebê, mas proibiu a visitação por W., A. e C. (f. 23, doc. 02).

Adoto o integralmente o Parecer do Ministério Público.

Observa-se, conforme relatado aos autos, que a genitora C. alegou que estava gestante e não tinha condições de criar a infante, porque tinha uma filha de três anos e morava sozinha com a criança. C. afirma ter ficado desempregada no início da gravidez e, ao informar sobre a gestação ao pai da criança, este não manifestou interesse em ajudá-la. Outrossim, relatou que não tinha contato com sua família havia aproximadamente três anos e criava a primeira filha sozinha, com ajuda apenas dos avós paternos.

Nesta toada, M.L. foi acolhida institucionalmente na Casa Lar Balthazar em 13/03/2018, apesar de ter apenas cinco dias de vida e estar em fase de amamentação.

Frise-se que C. se dirigiu à maternidade para externar o desejo de entregar a filha no mesmo dia em que entrou em trabalho de parto, em visível influência do estado puerperal. Igualmente, a sua ratificação quanto ao desejo de entrega se deu perante a assistente social do hospital pouquíssimo tempo após o parto, quando ela havia acabado de retornar à enfermaria, também sob notória influência do esta-

do puerperal.

Logo depois, C. afirmou que havia desistido de entregar a filha em adoção, desistência que foi ratificada na audiência, perante juiz e promotor de justiça. Neste interregno, a genitora permaneceu na unidade hospitalar amamentando regularmente a criança e ostentando uma postura afetiva, além de anunciar que tinha a intenção de ficar com a guarda do bebê, recebendo pensão alimentícia do genitor.

Ressalta-se que inexistiu ratificação em audiência; pelo contrário, a genitora se retratou das suas declarações anteriores, as quais foram prestadas em ocasiões nitidamente adversas, onde não havia livre manifestação de vontade, em que o estado puerperal e a situação financeira foram fatores determinantes.

Não bastasse, a criança está em fase de amamentação, tendo sido encaminhada com apenas cinco dias de vida para uma entidade de acolhimento. Conforme arts. 7º, §3º, e 10, VI, ECA, os serviços de saúde devem assegurar às mulheres e aos seus filhos recém-nascidos serviços e grupos de apoio à amamentação.

Repisa-se que as medidas de proteção fixadas no ECA são regidas pelo princípio da intervenção mínima, segundo o qual “a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente” (art. 100, p. único, VII); e ainda pelo princípio da proporcionalidade e atualidade, pelo qual “a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação o de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada” (art. 100, p. único. VIII).

O mínimo de intervenção, aqui, significa manter M.L. junto à mãe biológica, ainda que com suspensão de visitas pelo pai registral. O

acolhimento é desproporcional porque, apesar de ser teoricamente apto a frustrar a adoção à brasileira, não é a medida menos gravosa a ser adotada, além de gerar mais prejuízos à criança do que a ilegalidade que se busca combater, valendo ressaltar que inexistiu prova de conduta desregrada, bem como de maus-tratos pela genitora em face da menor.

Isto posto, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, para que haja a reintegração familiar de M.L. junto à mãe, com acompanhamento pelo Conselho Tutelar da área, o qual deverá aplicar medidas protetivas de apoio à genitora e ao neném. Por outro lado, deve-se manter a proibição de visitas pelo pai registral, sua esposa e demais parentes paternos, ao menos até a vinda do exame de DNA e estudos psicossociais, após o que tal suspensão poderá ser reavaliada.

Comunique-se com urgência. Publique-se. Intime-se.

Após, ao MP.

Rio de Janeiro, 16 de março de 2018.

JDS. DES. MARCELO ALMEIDA DE MORAES
MARINHO
Relator

ADOÇÃO. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. GENITORA PORTADORA DE DOENÇA MENTAL. INTEGRIDADE FÍSICA E MENTAL DA INFANTE EM RISCO. PAI OMISSO. GUARDA PROVISÓRIA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRINÇA. RECURSO DESPROVIDO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ADOÇÃO. DECISÃO AGRAVADA QUE DEFERIU A GUARDA PRO-

VISÓRIA À ADOTANTE. INSURGÊNCIA DO GENITOR, QUE DEIXOU A CRIANÇA SER LEVADA PELA MÃE, MESMO SABENDO QUE A MESMA ERA PACIENTE PSQUIÁTRICA. MENOR QUE FICOU SOB A GUARDA MATERNA DE FATO, EM CONDIÇÕES PRECÁRIAS, SEM QUE O PAI TOMASSE CONHECIMENTO, DEMONSTRANDO NEGLIGÊNCIA. CRIANÇA QUE JÁ SE ENCONTRA SOB A GUARDA DA ADOTANTE DESDE JUNHO DE 2017, PLENAMENTE ADAPTADA AO LAR, JUNTAMENTE COM OS IRMÃOS BIOLÓGICOS. RELATÓRIO SOCIAL QUE CONCLUI PELA DISPONIBILIZAÇÃO DA CRIANÇA PARA ADOÇÃO. PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA E DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento N° **0042634-16.2017.8.19.0000**, em que figura como Agravante **J.C.C.**, tendo como Agravada a **R.M.S.B.R.** Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Voto

Cuida-se de agravo de instrumento, ofertado pelo genitor da menor **A.J.S.C.**, Sr. **J.C.C.**, insurgindo-se contra a decisão que deferiu a guarda provisória à adotante.

Alega a recorrente, reiterando os argumentos apresentados no recurso de agravo de instrumento **42624 69.2017.8.19.0000**, ressaltando que a menor foi levada pela genitora sem o seu consentimento e de forma arbitrária, o que ensejou a destituição do poder familiar do agravante sobre a filha.

Assevera que está disposto as cumprir todas as determinações do juízo para exercer a criação da filha menor, disponibilizando sua família para submissão a eventual estudo social e psicológico a comprovar que possui plenas condições para reassumir a criação da infante.

Sustenta que são inverídicas as alegações do Ministério Público, pugnano pela concessão da tutela de urgência, para que seja deferido o retorno imediato da **A.J.** à sua guarda e que seja garantido o seu direito de visitação.

Decisão indeferindo o efeito suspensivo a f. 19/20.

Informações do juízo a quo a f. 30/33 quanto ao não exercício de retratação, acompanhadas de relatórios sociais.

Parecer da Procuradoria de Justiça a f. 46/51, pelo desprovimento do recurso.

Relatados, passa-se ao voto.

Bem examinada a hipótese, conclui-se que o presente recurso não merece acolhimento.

Como referido pela douta Procuradora de Justiça, em seu parecer de f. 46/51, que acolho integralmente, e cujos termos passam a integrar o presente, na forma do permissivo regimental (art. 92, § 4º, do Regimento Interno deste Tribunal) e da jurisprudência do Eg. STF e STJ (RMS 30461 AgR-segundo/DF, DJE 08/04/2016 e AgInt no RMS 50575/PR, DJE 29/11/2016):

“(…) Trata-se de Ação de Adoção, ajuizada pela ora agravada, em que, considerando a suspensão do poder familiar nos autos do proc. n° 0012583-95.2017.8.19.0202, deferiu-se a guarda provisória de **A.J.S.C.**, filha do agravante, à agravada”.

Como alhures apontado, pretende o recorrente o retorno da criança à sua guarda, sob o fundamento principal de que possui condições de exercer este múnus e que a manutenção da criança na família extensa é prioritária.

No entanto, ainda que sob um juízo de cognição sumária, entendemos que as provas trazidas até este momento processual nos permitem responder negativamente à pretensão do agravante.

As informações da Magistrada *a quo* (past 000030) são essenciais para o deslinde da questão, razão pela qual as reproduzimos:

2) A.J. foi acolhida em 6/6/2011 porque estava em situação de rua com a sua mãe, V.C.S., a qual é portadora de esquizofrenia e não faz os tratamentos devidos. Nesta época V. ainda tinha algum tipo de acompanhamento, pois a avó materna, Sra. L., ainda era viva;

3) Foi feita a reintegração familiar em 19/04/2012 de A.J. ao genitor, ora agravante, sendo que a mãe teria inúmeros filhos, mas somente A.J. seria filha de J.;

4) No dia da audiência de reintegração, compareceu a genitora que estava aos berros na porta do abrigo, em surto psicótico, razão pela qual a Magistrada teve que chamar a SAMU para interná-la, sendo que esta fugiu antes da chegada da ambulância, retirando as vestes;

5) O genitor foi alertado por esta Magistrada da periculosidade de V., uma vez que em surto psicótico poderia matar a filha, sendo-lhe deferida a guarda, sem qualquer possibilidade de visitação com saída pela genitora, ou seja, a genitora V. poderia ver a criança, somente dentro da residência de J. e sob a supervisão deste;

6) Ficaram acolhidos os filhos de V., T.C.S.C. (hoje com 17 anos) e os gêmeos B.S.T. e B.S.T. (ambos atualmente com 14 anos), sendo que a filha T., hoje maior de idade, nunca foi apreendida pois ignorado o local

onde se encontrava;

7) Os infantes B. e B. foram adotados em 2014 pela Sra. R.M.S.B.R. e seu esposo M.C.R. e T. permaneceu no abrigo, evadindo-se no ano de 2016;

8) T. reapareceu, espontaneamente, em 20/04/2017, grávida, solicitando recolhimento, pois afirmava que sua mãe estaria em casa em surto psicótico e usando drogas (cocaína) dentro da residência. Afirma que A.J. estaria morando com sua mãe dentro de casa e, portanto, em risco;

9) A Magistrada determinou então a busca e apreensão de A.J., constando-se que estava sob a guarda de fato de V. e não do genitor a quem foi deferida preteritamente a guarda judicial. V., após a busca e apreensão de A.J., tomou rumo ignorado e não foi mais localizada, havendo indícios de que esteja em situação de rua;

10) A.J. foi acolhida em 9/5/2017, sendo que J. só apareceu para visitá-la em 19/06/17, confirmando, assim, que não tinha qualquer contato com a filha, deixando esta aos cuidados de V.;

11) R., a adotante de B. e B., tão logo soube do acolhimento de A.J., compareceu à unidade de acolhimento manifestando desejo de adotar a infante para que esta pudesse conviver com os irmãos B. e B. e passou a visitá-la no abrigo, com os irmãos;

12) O pai compareceu ao abrigo quase dois meses após o acolhimento institucional de A.J., momento em que teve ciência da intenção de adoção por R. e disse que concordava com este fato, pois A.J. poderia ter uma vida saudável junto aos irmãos;

13) Estranhamente houve a propositura deste agravo, salientando a Magistrada que durante todo o acolhimento de A.J. o pai a visitou somente uma vez;

14) Houve suspensão do poder familiar por entender a Magistrada que a genitora é portadora de doença mental e não tem condições de cuidar da filha porque coloca em risco

a sua integridade física e mental e pelo fato do pai ser omissivo e entregar a criança para a mãe, mesmo alertado do perigo e sem qualquer autorização judicial;

15) Observa que no estudo apresentado pelo abrigo o pai afirma que V. pegou a infante à força em sua casa em outubro de 2016, mas, este não fez registro de ocorrência policial e nem foi à Defensoria Pública pedir a busca e apreensão. Se crível a data mencionada a criança ficou com V. por mais de seis meses e em risco de morte, sendo que T. diz que a mãe levava cocaína para casa e cheirava o dia inteiro;

16) A criança está sob a guarda da adotante R. desde 26/6/2017. Encontra-se plenamente adaptada ao lar e ficou muito feliz em rever os irmãos. A adotante R. já comprovou que é mãe zelosa, uma vez que os gêmeos, hoje com 14 anos, são atletas, sendo que a adoção foi concluída há mais de 3 anos;

17) O pai de A.J. trabalha o dia inteiro e não consegue se opor à genitora V. e assim é certo que a criança acabará voltando para a residência materna, o que é um risco à sua integridade;

18) O pai já teve oportunidade de ficar com a guarda da filha e não se mostrou capaz em mantê-la, sendo a colocação em família adotiva melhor aos interesses da infante, que não demonstra ter qualquer elo de afetividade com o genitor.”(f. 31/33).

Juntou a Magistrada, a fim de corroborar as afirmações, o Relatório de Atendimento à adolescente T.C.S.C., datado de 28/04/17 (f. 35/37), em que relata, entre outros, que A.J. encontrava-se sob a guarda de fato da genitora, e que esta não estaria fazendo tratamento de saúde mental e usando drogas; decisão de suspensão do poder familiar dos genitores, em 10/05/17 (f. 38/39); estudo do abrigo, datado de 21/06/17, favorável à colocação em família substituída (f. 41/47).

No referido estudo, chama-nos atenção o

relato do genitor no seguinte trecho: “Senhor J. relatou que demorou a procurar a filha porque estava doente, depois disse que não sabia que a filha encontrava-se acolhida. Perguntei quando ele entregou a filha para a ex-companheira V., disse que a mesma teve em sua casa em outubro de 2016 e levou a criança à força, perguntei porque não procurou a delegacia ou comunicou a justiça o ocorrido, disse que não sabia que precisava, perguntei se ele tinha ciência que V. não poderia ficar com A.J., por conta do seu problema disse que sim, mais (sic) disse que ela arranja confusão por tudo, por este motivo deixou a filha ficar com a mãe (...)” (f. 44).

Vemos, pois, do histórico familiar relatado, que o pai não nos parece em condições de manter a filha sob sua guarda, pois esta já lhe foi confiada uma vez e, mesmo tendo ciência dos problemas psiquiátricos da genitora e da absoluta impossibilidade de esta cuidar de A.J., seja por decisão judicial neste sentido, seja pelo risco que esta representa à integridade física e mental da criança, não foi capaz de se opor à mãe quando esta tomou-lhe a filha.

Mais ainda: não envidou esforços para buscar a filha com a genitora, demorou para visitá-la no abrigo e mesmo assim, foi apenas uma vez.

Portanto, ainda que o agravante possa ser um pai amoroso, como afirma na inicial do agravo, entendemos do quadro apresentado nestes autos que se mostrou omissivo e negligente para com a filha, sendo temerária a sua reintegração ao genitor.

Por outro lado, a criança parece estar se adaptando à família substituída, sendo que a agravada já adotou dois irmãos de A.J. Verifica-se do seguinte trecho do estudo da instituição de acolhimento, f. 47: “A.J., desde então, passou a receber visitas semanais de R. e dos irmãos, já tendo sido autorizado pelo judiciário

passar os finais de semana com os mesmos. Em observação livre (OSRC), a criança demonstra estar evoluindo na construção de vínculos com R. e com os irmãos (B. e B.), além de estar mais integrada a outras crianças (Abri-go e Casa Dia) adaptadas, desta maneira a instituição (OSRC) (...)”.

Vale ressaltar, ainda, que a manutenção da criança ou do adolescente no seio de sua família natural ou extensa (art. 19 da Lei nº 8.069/90 - ECA) não constitui direito absoluto, devendo sempre ser avaliada, nas circunstâncias do caso concreto, a aplicação do princípio do superior interesse da criança, permitindo que esta possa ter uma convivência familiar e comunitária saudável, seja com sua família biológica, seja com a integração em família substituta, consoante disposto no art. 100, parágrafo único, inc. X do ECA.

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: [...]

X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta. [...]

Além disso, como corolário da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, advém o princípio do superior interesse, segundo o inciso IV, do art. 100 do ECA:

Art. 100. [...] Parágrafo único. [...]

IV – interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração

que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

No caso vertente, a guarda provisória se faz necessária, haja vista que é medida instrumental indispensável para assegurar o direito fundamental de A.J. de não permanecer indefinitivamente institucionalizada, mas sim usufruir de plena e saudável convivência familiar (art. 227 da Constituição Federal).

A concessão da guarda provisória implementa o início do estágio de convivência, além de regularizar de forma satisfatória o encargo que os guardiães passaram a assumir, trazendo proveito e reais vantagens para a adotanda, além de fundar-se em motivos legítimos (art. 43 do ECA). Nesta esteira:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

Em suma, o que se pretende tutelar aqui não é o direito da agravada de criar A.J. como filha, mas sim, e principalmente, protege-se o direito da criança a uma estrutura familiar que lhe confira segurança e todos os elementos necessários ao seu desenvolvimento saudável e equilibrado, sob os aspectos físico, mental,

moral, espiritual e social.

Sobre o período de convivência, aduz BORDALLO ¹ que: Com o início do estágio de convivência está sendo iniciada uma família, criando-se expectativas para todos os envolvidos. Quando é autorizado o início do estágio de convivência, já foi superado aquele período inicial em que os adotantes e adotandos estão se conhecendo, ou seja, aquele momento em que a criança/adolescente é levada pelos adotantes para com eles passar os finais de semana. Já se está em um momento de convivência mais intensa, tanto que é autorizado, mediante guarda, que o adotando vá viver na companhia dos adotantes. Com a convivência diária logo se poderá saber se surgirão as condições emocionais para a constituição de uma família, sendo certo que com a passagem de um par de meses será possível saber se a família se formará. Quanto mais tempo passa, mais se forma no adotando o sentimento de amor e carinho e a sensação de estar sendo aceito em um núcleo familiar, passando a sentir a segurança de ter uma família; a passagem do tempo forma, mais e mais, o senso de segurança e de estar sendo aceito no novo núcleo familiar.

Nesta ótica, diante dos vínculos socioafetivos que já se estão criando entre adotante e adotanda, haverá real prejuízo à integridade psíquica e emocional da menina A.J. caso seja determinado eventual afastamento do ambiente familiar onde está atualmente inserida. Se o magistrado deferiu a guarda provisória pleiteada, com fundamento na prévia suspensão do poder familiar, foi porque reconheceu que os genitores não deveriam continuar exercendo o poder familiar e a família extensa não demonstrou afinidade e afetividade com a me-

nina, nos moldes previstos no art. 25, parágrafo único do ECA.

Alerte-se, por fim, que a concessão da guarda provisória em sede de adoção, havendo prévia suspensão do poder familiar, não está condicionada à oitiva dos pais ou do responsável e, portanto, não fere os princípios da ampla defesa e do contraditório:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE GUARDA. MENOR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. NEGLIGÊNCIA. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DA PROTEÇÃO INTEGRAL. ART. 227 DA CRFB/88. PRESENÇA DO *PERICULUM IN MORA* E *FUMUS BONI IURIS* INVERSO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 59 DA SÚMULA DO TJRJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. - Inconformismo em face do deferimento do pedido de guarda provisória da filha Registral (não biológica) do agravante.

- Verificação, em cognição sumária, do *periculum in mora* e *fumus boni iuris* inverso, caso a guarda seja deferida ao pai registral, eis que envolve criança de tenra idade e em estado de risco, ante a relação conturbada entre os pais biológicos e registrais, indicando, inclusive, a possível prática de crimes. - Criança que já se encontra na convivência de família acolhedora, tendo sido o feito declinado para processamento e julgamento perante o Juízo especializado da Infância e da Juventude. - Decisão indeferitória da guarda provisória da menor ao agravante que deve ser mantida. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (Agravado de Instrumento 0051373-12.2016.8.19.0000 - Des(a). MARIA HELENA PINTO MACHADO - Julgamento: 08/03/2017 - QUARTA CÂMARA CÍVEL)

¹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord.) Curso de Direito da criança e do Adolescente. Aspectos teóricos e práticos 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 370/371

ção. Guarda provisória deferida aos adotantes. Agravo de instrumento interposto pela genitora da menor assistida pela Defensoria Pública. Prova dos autos que comprovam o abandono da menor pela genitora em hospital, logo após seu nascimento, bem como ser a mesma usuária de drogas. Avó materna que não manifestou desejo de assumir a responsabilidade pela neta. Medida que visou garantir o melhor interesse do menor. Recurso a que se nega provimento. (Agravo de Instrumento nº 0024020-65.2014.8.19.0000 - 7ª Câmara Cível - Relator Des. CLÁUDIO BRANDÃO DE OLIVEIRA - Julgamento: 23/09/2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DOS MENORES COM PRÉVIA SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. DEFERIMENTO DE GUARDA PROVISÓRIA A CASAL REGULARMENTE INSCRITO EM LISTA DE ADOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REINserção DAS CRIANÇAS NA FAMÍLIA NATURAL. COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA EM OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. CRIANÇAS SUBMETIDAS À SITUAÇÃO DE RISCO. DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. 1. A suspensão do poder familiar está prevista no art. 1.637, e seu parágrafo único, do Código Civil, sendo permitida a aplicação nas hipóteses de abuso de autoridade, falta dos deveres inerentes ao poder familiar, ruína dos bens dos filhos e condenação por sentença irrecorrível em virtude de crime, cuja pena exceda a dois anos de prisão. 2. As crianças que se encontram, no caso em exame, em situação de total abandono por parte de seus genitores, não podem ser penalizadas indefinidamente em nome do biologismo. 3. A prevalência da família natural cede quando em confronto direto com o direito fundamental a uma vida digna e de respeito. Se a família de origem é incapaz de garantir

a execução deste em todas as suas vertentes, a família substituta, como solução, passa a ser a alternativa legal e adequada. 4. No caso em exame, a situação retratada nos autos é, por certo, lamentável, razão pela qual a decisão agravada, ao deferir a guarda provisória dos menores ao casal que se encontra devidamente inscrito em lista de espera para adoção, fez apenas cumprir com o que determina a legislação protetiva dos direitos da criança e do adolescente. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (Agravo de Instrumento nº 004100342.2014.8.19.0000 - 1ª Câmara Cível - Relator Des. JOSÉ CARLOS MALDONADO DE CARVALHO Julgamento: 22/01/2015).

Direito da Criança. Guarda Provisória. Superior Interesse da Criança. Recurso desprovido.

1. Não há inconstitucionalidade nas normas legais que autorizam a concessão de tutelas de urgência *inaudita altera pars* e isto porque tais medidas têm a natureza de reversíveis e o contraditório se faz amplamente *a posteriori*. 2. Evidenciando-se que a guarda provisória concedida aos agravados evidencia o superior interesse da criança, deve ser mantida. 3. Agravo de Instrumento a que se nega seguimento, porquanto manifestamente improcedente (Agravo de Instrumento nº 0056642-37.2013.8.19.0000 - 15ª Câmara Cível - Relator Des. HORÁCIO DOS SANTOS RIBEIRO NETO - Julgamento: 23/10/2013). [g.n.]

Portanto, por não se vislumbrar qualquer nulidade e não se afigurar teratológica, contrária à lei ou à evidente prova dos autos, nos termos do verbete nº 59 do TJRJ, deve a decisão agravada ser mantida, prestigiando-se a conclusão a que chegou o Magistrado *a quo* que observou o princípio do superior interesse de A.J.

6. Conclusão

Diante do exposto, esta Procuradoria de

Justiça pugna pela manutenção da decisão guerreada em sua íntegra”.

Isto posto, voto no sentido de se negar provimento ao recurso, nos termos acima expostos.

Rio de Janeiro, 12 de abril de 2018.

DES. CESAR CURY
Relator

DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR DE AMBOS OS GENITORES. TENTATIVAS DE REINserÇÃO FAMILIAR. USO DE DROGAS E PRÁTICA DE AGRESSÕES ENTRE OS GENITORES NA PRESENÇA DO MENOR. EXISTÊNCIA DE CASAL INTERESSADO NA ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. DESTITUIÇÃO EM SEDE LIMINAR. INDEFERIMENTO. PRESENÇA DO *PERICULUM IN MORA* INVERSO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 59 DA SÚMULA DO TJRJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

- Inconformismo do agravante em face da decisão que suspendeu liminarmente o poder familiar de ambos os genitores do menor, em ação intentada pelo Ministério Público.

- Infere-se que a decisão agravada está correta e adequadamente fundamentada, eis que era frequente o uso de drogas e a prática de agressões entre os genitores do infante e de sua irmã.

- Há demonstração nos autos de que falharam todas as tentativas de reinserção familiar da criança, inclusive em família extensa.

- Existência de *periculum in mora* inverso, caso seja concedido o pleito do agravante, eis que há um pretense casal na adoção do menor, que já manifestou o desejo de conviver com o mesmo.

- Decisão agravada que não se afigura teratológica, contrária à Lei ou à prova dos autos, devendo ser mantida, com fulcro no enunciado nº 59 da Súmula desta Corte de Justiça. Precedentes.

Recurso ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Agravo de Instrumento nº 0033041-60.2017.8.19.0000, em que figura como Agravante W.B.M., sendo Agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Acordam, por unanimidade de votos, os Desembargadores que compõem a Quarta Câmara Cível do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão prolatada pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Cachoeiras de Macacu que, nos autos da ação de destituição do poder familiar (processo nº 0004138-13.2016.8.19.0012), suspendeu liminarmente o poder familiar dos genitores da criança W.N.M.

Alega o agravante, em síntese, que vem empreendendo esforços no intuito de exercer a paternidade responsável do menor, comprometendo-se a matriculá-lo em escola e a conseguir uma pessoa para ficar com ele enquanto trabalha, o que foi desconsiderado pelo Juízo, não tendo sido feita qualquer tentativa de reinserção familiar com o genitor, haja vista o princípio da prevalência na família.

Requer a concessão de efeito suspensivo ativo ao presente agravo e, no mérito, a cassação ou a reforma da decisão agravada, para que seja devolvido o poder familiar ao genitor, ora agravante (index 2).

Despacho postergando a análise acerca do pleito de suspensão dos efeitos da decisão agravada para depois do contraditório.

Contrarrazões ofertadas pelo MP, requerendo a manutenção da decisão guerreada, tendo em vista que W. desde cedo, com sete meses de vida, precisou ser acolhido em razão de negligência dos genitores, que jamais lhe proporcionaram ambiente sadio para seu pleno desenvolvimento, destacando ser inverídica a assertiva de que não houve tentativas de reinserção familiar (index 29).

Manifestação da Procuradoria da Justiça, pugnando pelo conhecimento e desprovimento do recurso (index 63).

Decisão indeferindo o pedido de efeito suspensivo (index 73).

É o relatório.

Voto

O recurso é tempestivo e foi devidamente instruído.

Não assiste razão ao agravante.

O instituto da tutela antecipada consiste na possibilidade de concessão pelo julgador, em sede de cognição sumária, dos efeitos almejados pelo autor quando do ajuizamento da ação, a fim de evitar a ocorrência de danos ao bem objeto da lide ou a ineficácia de futura decisão judicial.

Quanto ao reexame do pedido de tutela antecipada, pelo *Juízo ad quem*, vale citar a lição de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO¹, a seguir transcrita:

“Pelo recurso de agravo o tribunal reexamina, em sua validade e merecimento, a decisão concessiva ou denegatória da AT, com a possibilidade de o relator liminarmente suspender os efeitos da decisão de deferimento, ou de liminarmente deferir a medida (pelo impropriamente denominado ‘efeito ativo’ do provimento) nos casos de urgência urgentíssima e quando convencido o relator da ocorrência dos pressupostos referidos no art. 273”.

A regra constante no artigo 300 do CPC/2015 permite ao Juízo que, verificada a presença, em análise perfunctória, dos pressupostos do referido instituto (probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo), conceda efeitos da tutela pretendida pelo autor ao final da demanda.

In casu, ao contrário do que alega o recorrente, infere-se que a decisão agravada foi corretamente proferida e adequadamente fundamentada, não tendo sido refutados de forma indubitosa os graves fatos que embasam a destituição do poder familiar dos genitores de W., que esteve submetido a diversos riscos e abandono enquanto estava em poder sob a responsabilidade dos pais.

Confira-se elucidativo trecho da decisão combatida, *in verbis*:

“(…) quando tinha apenas sete meses de

1 CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2005, p. 124.

vida, foi vítima de maus-tratos por parte dos requeridos. (...) A prova documental é farta no sentido de que os genitores de W. têm uma vida totalmente desregrada, que a criança de apenas sete anos sempre foi deixada sozinha ou em companhia de sua irmã, M.F., que também foi acolhida e atualmente encontra-se sob a guarda da avó materna. E, pior, quando não era deixado sozinho, acompanhava os genitores em bares, convivendo com usuários de drogas de toda espécie.” (f. 36/38, index 34, do Anexo 1).

O Juízo de probabilidade pode ser verificado através dos relatórios do Conselho Tutelar evidenciando denúncias de vizinhos do agravante, à época em que convivia com seus filhos, no sentido de que era frequente o uso de drogas e a prática de agressões entre ambos os genitores na frente de W. e de sua irmã (f. 24/26, index 22, do Anexo 1).

Outrossim, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação se depreende de documentos comprobatórios de que existe um casal interessado na adoção do menor, que demonstrou o desejo de ficar com o casal, após retornar da visitação no último final de semana do mês de janeiro de 2017, havendo parecer favorável da equipe técnica ao deferimento da guarda provisória aos interessados (f. 45/46, index 45, do Anexo 1).

Aduza-se que a ata da audiência realizada em 13/10/2016 revela que foram tentadas todas as possibilidades de reinserção familiar (f. 17, index 17, do Anexo 1), inclusive na família extensa, com se verifica do relatório do Comissário da Infância, da Juventude e do Idoso, a f.32 (index 32, do Anexo 1).

Evidencia-se, pois, a presença do peri-

culum in mora inverso, caso seja concedido o pleito de cassação da decisão que suspendeu o poder familiar do agravante em relação a seu filho W.

Irretocáveis e esclarecedoras as considerações lançadas pela Procuradora de Justiça ÂNGELA MARIA SILVEIRA DOS SANTOS, em seu parecer de mérito, cujas razões de decidir ora adoto, na forma regimental:

“(…) Assim, uma vez constatada a falta aos deveres estabelecidos pelo artigo 1.634 da lei civil e a possibilidade de eventual prejuízo à criança com a permanência desta no convívio daquele que exerce o poder familiar, o Juiz pode conceder a suspensão ante a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Exatamente nessa linha foi a decisão do Juízo *a quo*.

Eventual provimento do recurso, no presente caso, poderá importar em novas violações aos direitos de W.

(…) Com efeito, W. ficou quase um ano acolhido, período no qual recebeu poucas visitas dos pais, conforme relatado pela equipe do abrigo.

Por fim, importante mencionar que, conforme as informações constantes do MCA, em 08/02/2017 foi deferida a guarda provisória de W. ao casal E. e I.

Dessa forma, e considerando todas as circunstâncias relatadas, é estreme de dúvidas que, em exame de cognição sumária, a suspensão do poder familiar é a medida mais adequada ao superior interesse da criança em questão, em conformidade com o disposto nos artigos 227 da Constituição da República, 3º, 19 e 100, parágrafo único, inc. II do ECA, que estabelecem a Doutrina da Proteção Integral.” (index 63)

Enfim, atende ao melhor interesse da

criança em estudo, ante a gravidade dos fatos narrados nestes autos - que revelam o reiterado desatendimento a deveres legais - manter a decisão agravada, com vistas à imperiosa proteção do infante, e na forma do verbete nº 59, da Súmula do TJRJ ².

Anote-se a jurisprudência desta Corte de Justiça, em situações similares:

0003010-92.2013.8.19.0066 - Apelação - Des(a). LINDOLPHO MORAIS MARINHO - Julgamento: 11/04/2017 - Décima Sexta Câmara Cível

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. INFÂNCIA E JUVENTUDE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PÁTRIO PODER E ADOÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. LAUDOS E PARECERES DEMONSTRANDO O ABANDONO MATERIAL E MORAL. CONCORDÂNCIA DA GENITORA COM O PEDIDO. SENTENÇA QUE JULGA PROCEDENTE A PRETENSÃO AUTURAL. ACERTO. JULGADO QUE SE MANTEM. IRRESIGNAÇÃO DA GENITORA. IRREGULARIDADE FORMAL DO RECURSO DA PARTE RÉ. Violação ao princípio da dialeticidade. Deve a parte impugnar todos os fundamentos suficientes, não bastando que se façam alegações genéricas em sentido contrário às afirmações do julgado contra o qual se insurge. Novamente ausente a regularidade formal, requisito extrínseco de admissibilidade recursal. De acordo com o princípio da congruência ou dialeticidade, compete ao recorrente, sem seu arrazoado, expor os fundamentos de fato

e de direito nos quais respalda a sua pretensão de reforma do provimento judicial recorrido. Prequestionamento que não se conhece, uma vez que não houve qualquer tipo de violação à norma constitucional ou infraconstitucional. RECURSO NÃO CONHECIDO. Mantida a decisão monocrática alvejada.

0009498-92.2014.8.19.0045 - Apelação - Des(a). PEDRO SARAIVA DE ANDRADE LEMOS - Julgamento: 31/08/2016 - Décima Câmara Cível

DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. APLICAÇÃO DE MULTA. GUARDA CONCEDIDA À AVÓ MATERNA.

APELAÇÃO CÍVEL. Representação por infração administrativa. Genitores que se omitiram nos deveres inerentes ao poder familiar. Aplicação das medidas previstas no artigo 129 do ECA e da penalidade descrita no art. 249 do mesmo diploma legal. Abandono moral e intelectual dos filhos menores caracterizado. Arts. 227 da CRFB/88 e artigos 22 e 249 do ECA. Péssimas condições de habitualidade da residência do núcleo familiar. Denúncia de ser o domicílio frequentado por usuário de drogas e crianças encontradas pelo Conselho Tutelar sujas e emagrecidas, sem frequentar regularmente a escola. Correta a aplicação da multa pecuniária abaixo do mínimo legal. Valor arbitrado (20% do salário-mínimo, sendo metade para cada requerido) que se mostra adequado à situação financeira peculiar dos requeridos e atendem ao caráter pedagógico na hipótese. Guarda conferida à avó materna das crianças. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. Sentença mantida. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

² “Somente se reforma a decisão, concessiva ou não da antecipação de tutela se teratológica, contrária à lei ou à prova dos autos”

Por essas razões, voto no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo-se a

decisão agravada na íntegra.

Rio de Janeiro, 16 de agosto de 2017.

DES. MARIA HELENA PINTO MACHADO
Relatora

DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. SITUAÇÃO DE RISCO DA INFANTE. ESTUDO PSICOSSOCIAL. MENOR ABANDONADA EM BANHEIRO DE IGREJA. MEDIDA PROTETIVA DE ACOLHIMENTO. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA. RECURSO NÃO PROVIDO.

APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO EM FACE DA GENITORA DE MENOR (ATUALMENTE COM 2 ANOS). SENTENÇA JULGANDO PROCEDENTE O PEDIDO. APELAÇÃO DA GENITORA. SENTENÇA QUE NÃO MERECE REFORMA. ESTADO DE ABANDONO EVIDENCIADO PELO ESTUDO PSICOSSOCIAL E PELOS DEPOIMENTOS COLHIDOS. PROVA DOS AUTOS QUE CORROBORA A SITUAÇÃO DE RISCO DA INFANTE. NÃO PROVIMENTO DA APELAÇÃO.

1. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face de genitora que abandonou filha recém-nascida, no banheiro de uma Igreja, deixando a pequena criança com a carteira de vacinação, na qual tinha o nome da demandada riscado e uma carta, informando que não podia se responsabilizar pela criança. Funcionários da Igreja acionaram o Conselho Tutelar, sendo a menina inserida em instituição de acolhimento. Neste momento, foram evidenciados sinais de maus-tratos

na criança, uma vez que estava com a pele descamada e o umbigo inflamado.

2. Os estudos social e psicológico juntado aos autos (f.69/70 - índice 000070 e f. 80/83 - índice 000086), indicam que a demandada não demonstrou qualquer sinal de arrependimento por ter abandonado a filha, nem tampouco afeto por ela, apontando, ainda, que a genitora já demonstrava rejeição à filha desde a sua gestação. Conforme relatório social do Abrigo Fernandino Del Negro (f. 48/49 índice 000049), após o acolhimento institucional, criança foi internada, no hospital em que nasceu, por complicações em sua saúde, permanecendo mais de um mês internada, sendo visitada pela genitora esporadicamente e com pouca duração de tempo.

3. Diante do longo período de acolhimento de infante, o magistrado de primeiro grau, no dia 28/07/2016, determinou a inserção da infante no Cadastro Nacional de adoção, a fim de que a equipe técnica informasse se há pessoas habilitadas para o perfil da menina (f. 84 - índice 000090). Assim, no dia 27/09/2016, a criança foi entregue em guarda provisória ao casal C. e A. (f. 94 índice 000102).

4. Também o relatório social do procedimento de acolhimento (proc. nº 0018714-70.2015.8.19.0036), juntado nestes autos, a f. 87 (índice 000094), demonstra que as visitas da genitora à criança na instituição de acolhimento eram rápidas e que a recorrente não demonstrava nenhum afeto por B., sendo determinada a manutenção do acolhimento.

5. Outrossim, todo o conjunto probatório de abandono e negligência praticado pela genitora a sua filha foi confirmado, mais uma vez, na audiência de instrução e julgamento, realizada no dia 08/11/2016.

6. Com efeito, no artigo 227 a CRFB/88 adotou o Princípio da Proteção Integral, em que a Constituinte quis oferecer proteção total às crianças e aos adolescentes, impondo uma tutela ativa, ou seja, a realização de uma série de condutas cujo objetivo é garantir a eficácia

dos direitos do seu público alvo, tais como a vida, a saúde, a educação, a moradia, a convivência familiar, dentre muitos outros. A adoção da doutrina da proteção integral, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 1º da Lei nº 8.069/90) fortaleceu o princípio do melhor interesse da criança, que deve ser observado em quaisquer circunstâncias, inclusive nas relações familiares e nos casos relativos à filiação. Sendo assim, se a convivência familiar prejudicar o menor, considerada pessoa em desenvolvimento, deve esse ser afastado, em prestígio à sua proteção.

7. Ao contrário do que alega a apelante, a destituição do poder familiar não decorreu da falta de suas condições financeiras, sendo resultado de todo descuido, abandono e negligência com que sempre atuou desde o nascimento de sua filha, não havendo provas que militem em seu favor. Precedentes Jurisprudenciais.

8. Sentença mantida. Apelação a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0020538-64.2015.8.19.0036, em que é Apelante: M.M. e Apelado: Ministério Público. Acordam os Desembargadores da Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer da apelação e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator, como segue.

VOTO

Apelação interposta contra sentença proferida nos autos da ação de destituição do poder familiar ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO em face do M.M.

Adoto o relatório do juízo sentenciante, assim, redigido (f. 123/126v- índice 000127):

“Trata-se de pedido de destituição de poder familiar ajuizada pelo Ministério Público em face de M.M., genitora de B.M., sob a alegação de que a representada teria descumprido os deveres inerentes ao poder familiar. Consta da inicial que M. teria deixado sua filha recém-nascida no banheiro da Igreja do Nazareno, juntamente com o cartão de vacinação da criança e com uma carta na qual narra a impossibilidade de assumir os cuidados de sua filha. Frequentadores da igreja contataram o Conselho Tutelar, que imediatamente aplicou à infante medida protetiva de acolhimento institucional no dia 02.10.2015. É narrado, ainda, que a criança apresentava sinais de maus-tratos, tais como descamação na pele e umbigo inflamado, o que exigiu cuidados médicos. A inicial de f.02/12 veio instruída com os documentos de f.13/42. Decisão liminar a f. 51/53 que suspendeu o poder familiar da demandada. A ré apresentou sua peça contestatória a f.61/65, sustentando, em síntese, que de fato abandonou a recém-nascida por não possuir condições financeiras para cuidar da criança. Estudo social a f. 67/72; estudo psicológico a f. 80/83. Decisão saneadora do feito a f. 84, que designou audiência de instrução e julgamento e determinou a inserção da criança no CNA. Audiência de instrução e julgamento transcorreu nos termos da assentada de f. 99, oportunidade na qual foram colhidos o depoimento pessoal da demandada, bem como de três testemunhas arroladas pelo Ministério Público. Manifestação do parquet em alegações finais a f. 105/108, pugnando pela procedência do pedido e a consequente destituição do poder familiar da ré. A Defesa se manifestou a f. 110/112 pugnando pela improcedência do pedido.”

Sentença (000127) proferida nestes termos:

“(…) Sendo assim, finda a instrução probatória, é mister reconhecer que emerge dos autos, a flagrante violação aos deveres ineren-

tes ao poder familiar da ré (artigo 1.634, I, II e 1.637, *caput* do Código Civil), incidindo, conseqüentemente, na norma prevista no artigo 1.638, do mesmo diploma legal, justificando-se, assim, a procedência do pedido formulado na peça exordial. Ante todo o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido para DESTITUIR A RÉ M.M. do poder familiar referente a B.M., com fundamento no artigo 269, I do Código de Processo Civil. Sem custas e honorários na forma do art. 141 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Dê-se ciência ao Ministério Público e Defensoria Pública. Transitada em julgado, expeçam-se os mandados, na forma do artigo 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como traslade-se cópia da presente para todos os processos envolvendo as partes e, após, dê-se baixa e arquivem-se.”

Inconformada, a genitora (M.) apelou, a f. 128/130 (índice 000137), alegando, em síntese: (a) que deixou sua filha, recém-nascida, no banheiro da Igreja, pois não tinha condições financeiras e psicológicas para sustentá-la; (b) que foi com muito pesar que a apelante tomou essa atitude, uma vez que não possuía meios para cuidar da menina; (c) que em momento algum pensou em entregar sua filha em definitivo, porquanto deixou um bilhete informando o seu telefone e endereço; (d) que possui quatro filhos, além de B., e sua condição econômica precária não resistiria as despesas de mais uma filha; (e) que estava em um relacionamento conturbado, com quatro filhos sob os seus cuidados e mais uma filha chegando, naquele momento, deixou a recorrente psicologicamente abalada, ficando em depressão, passando a fazer uso de medicação controlada; (f) que os supostos sinais de maus-tratos encontrados na criança, não decorreram de agressão física, mas da falta de condições financeiras da apelante em adquirir os medicamentos básicos para cuidar da criança, como álcool para higienização do umbigo de B.; (g) que sofre com a falta da criança, nega que tenha sido fria, sem

sentimentos afetivos com a menina afirma que nunca deixou de visitar B.; (h) que informou a instituição de acolhimento sua vontade de reaver a guarda de sua filha, quando adquirisse melhores condições financeiras para arcar com o sustento da mesma; (i) que já possui condições de assumir a guarda de sua filha, inclusive de mantê-la financeiramente, pois conseguiu um emprego; (j) que não é justificável o afastamento da criança do seio familiar em razão de dificuldades financeiras; (l) que o art. 129 do ECA fornece ferramentas para reestruturação da família natural antes de tomar medidas drásticas, como a retirada da criança do cuidado da família, mas tais medidas não foram implementadas no caso concreto; (m) que o estudo social de f. 67/72 atesta o afeto da apelante em relação a sua filha, bem como o arrependimento de ter abandonado a menina, a intenção de reaver a guarda da mesma e a assistente social se posicionou favorável ao início de estágio de convivência entre a genitora e a recorrente; (n) que o estudo mencionado demonstra que os outros filhos da recorrente são bem cuidados por ela. Por fim, pleiteia o efeito suspensivo do presente recurso, bem como a reforma da sentença para manter o poder familiar de sua filha B. e, subsidiariamente, as medidas dos art. 129 incisos I a VI e art. 23§1º do ECA.

Contrarrazões, a f. 132/135 (índice 000153), destacando a Promotoria de Justiça que a infante B. já se encontra em família substituta.

Parecer da d. Procuradoria de Justiça, a f. 169/192 (índice 000169), opinando pelo desprovimento do recurso.

A apelação é tempestiva e estão satisfeitos os demais requisitos de admissibilidade.

Recebo o recurso de apelação interposto pela genitora M.M. (índice 000137) apenas no efeito devolutivo, nos termos do art. 199-B

Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/90, que prevê expressamente:

Art. 199-B - A sentença que destituir ambos ou qualquer dos genitores do poder familiar fica sujeita a apelação, que deverá ser recebida apenas no efeito devolutivo.

Trata-se de apelação interposta pela ré contra sentença, proferida nos autos da ação de destituição do poder familiar ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO em face de M.M., que julgou procedente o pedido com relação à menor B.M., de 2 anos e 4 meses (dt nasc: 26/09/2015).

Não assiste razão à apelante.

Com efeito, no artigo 227 a CRFB/88 adotou o Princípio da Proteção Integral, em que a Constituinte quis oferecer proteção total às crianças e aos adolescentes, impondo uma tutela ativa, ou seja, a realização uma série de condutas cujo objetivo é garantir a eficácia dos direitos do seu público alvo, tais como a vida saúde, a educação, a moradia, a convivência familiar, dentre muitos outros.

A adoção da doutrina da proteção integral, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 1º da Lei nº 8.069/90) fortaleceu o princípio do melhor interesse da criança, que deve ser observado em quaisquer circunstâncias, inclusive nas relações familiares e nos casos relativos à filiação. Sendo assim, se a convivência familiar prejudicar o menor, considerada pessoa em desenvolvimento, deve esse ser afastado, em prestígio à sua proteção.

O artigo 1.638 do Código Civil elenca as hipóteses de perda do poder familiar:

“Art. 1.638 - Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”

Acresça-se a isso o fato de o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente estipular que incumbe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, assim prevendo o art. 24 do referido diploma legal acerca da perda do poder familiar:

“Art. 24 - A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.”

Ou seja, em se tratando de destituição do poder familiar, impossível deixar de considerar que o princípio norteador para a solução dos conflitos é o da prevalência do interesse da criança, que deve sempre se sobrepor ao dos próprios pais. O referido princípio surgiu da certeza de que a dignidade humana possui papel de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto seja considerado verdadeiro núcleo de todas as normas infraconstitucionais.

No caso em tela, a genitora-apelante abandonou a filha, recém-nascida, no banheiro de uma Igreja, deixando a pequena B. com a carteira de vacinação, na qual tinha o nome da demandada riscado e uma carta, informando que não podia se responsabilizar pela criança. Funcionários da Igreja acionaram o Conselho Tutelar, sendo a menina inserida em instituição de acolhimento. Neste momento, foram evidenciados sinais de maus-tratos na criança, uma vez que estava com a pele descamada e o umbigo inflamado.

Os estudos social e psicológico juntado aos autos (f.69/70 – índice 000070 e f. 80/83 -

índice 000086), indicam que a demandada não demonstrou qualquer sinal de arrependimento por ter abandonado a filha, nem tampouco afeto por ela, apontando, ainda, que a genitora já demonstrava rejeição à filha desde a sua gestação. Merecem destaque trechos dos estudos social e psicológico:

“(…) Quando perguntada se teve atendimento pré-natal, disse que foi à consulta por quatro vezes. Quando perguntada sobre o porquê de ter sido atendida apenas 4 vezes, disse que foi porque descobriu a gravidez muito tarde, aos 5 meses. Afirmou que desconfiou só quando o bebê estava mexendo. Disse que mesmo com a falta da menstruação, não queria acreditar que estava grávida. (…) Quando perguntada se teve alguma intercorrência após o parto, alguma crise de pânico, afirmou que não. Disse que no dia seguinte que recebeu alta, foi para casa, e que o pai de B. estava viajando. Perguntei novamente se eles estavam separados, disse que estavam juntos. Disse que estavam juntos, mas que ele viajou, mesmo sabendo que a data de nascimento do bebê estava próxima. Disse que ficou duas semanas em casa com B., e seu ex-marido permaneceu em São Paulo. Disse que não tinha como avisar para ele que a criança havia nascido, porque a ligação do Rio para São Paulo é cara.

Disse que, como o seu ex-marido não se decidia se voltava para casa, e com os vizinhos falando que ele estava com outra mulher, que isso “criou problema psicológico na minha gravidez”. Disse que após o nascimento, sua produção de leite secou logo. Afirmou que sentiu sozinha, que não tinha nada para dar para B. naquele momento, porque não estava trabalhando, e foi então que decidiu deixá-la na igreja. (…)” - (Estudo Social - f. 69/70 - índice 000070)

“(…) Sobre a gravidez de B., a Sra. M. comenta que foi “complicada”. Na época teriam lhe dito que o Sr. L.C. “estava com

outra”, o que lhe deixou com o “psicológico abalado”(sic). Além disso, o companheiro teria viajado “a trabalho” durante a gestação. Alega ter se sentido muito sozinha e ansiosa nesse período, com três crianças para cuidar e insegura quanto a seu futuro. (...) Ficamos com a impressão que de que, apesar de cultivar sentimentos pela filha, o maior receio da Sra. M. era contrariar o “companheiro” ou lhe apresentar informações que possam provocar o fim do relacionamento entre eles. Adicionalmente, conforme noticiado pela Equipe do Abrigo Fernandino Del Negro, mesmo antes da visitação da Sra. M. a B. ter sido suspensa, os encontros entre a genitora e a criança careciam de regularidade e, quando aconteciam, eram breves e desprovidos de afetividade. O comportamento da Sra. M. tanto em relação ao companheiro como no que concerne à visitação à filha nos faz questionar o desejo manifestado por ela de reaver a guarda da infante.” - (Estudo Psicológico - f. 81/83 -índice 000086)

Também o relatório social do procedimento de acolhimento (proc. nº 0018714-70.2015.8.19.0036), juntado nestes autos, a f. 87 (índice 000094), demonstra que as visitas da genitora à criança na instituição de acolhimento, eram rápidas e que a recorrente não demonstrava nenhum afeto por B., sendo determinada a manutenção do acolhimento. Transcreve-se:

“A criança em tela foi acolhida via Conselho Tutelar com seis dias de vida, após ter sido abandonada pela genitora no banheiro da Igreja do Nazareno localizada à Rua João Pessoa nº. 1466- Centro- Nilópolis. M. não tem realizado visitas à filha desde o dia da última audiência concentrada que foi realizada na instituição no dia 07 de abril. Ela também não realizou nenhum contato telefônico procurando informações sobre a sua filha. B. está bem de saúde, sendo acompanhada pela equipe médica do Hospital Geral de Bonsucesso regular-

mente. Tem se alimentado com sucos naturais, sopinha de legumes e músculo. Ainda há a restrição de lactose e diante disto, utiliza o leite Aptamil Pro Expert Pepti.”

Vale ressaltar, ainda, que, conforme relatório social do Abrigo Fernandino Del Negro (f. 48/49 - índice 000049), após o acolhimento institucional, criança foi internada, no hospital em que nasceu, por complicações em sua saúde, permanecendo mais de um mês internada, sendo visitada pela genitora esporadicamente e com pouca duração de tempo. Transcreve-se:

“(…) Quinze dias após o abrigamento a RN foi internada no Hospital Estadual Clínica da Mãe em Rocha Sobrinho, local onde nasceu, pois se encontra com o quadro clínico de febre e diarreia. No dia 21 de outubro de 2015, levamos a genitora a uma visita à filha no Hospital, onde pudemos perceber que ela não buscou muito contato com a filha e o período de visita foi muito breve (...). A criança permaneceu internada por quarenta e um dia, apresentando um quadro clínico de intolerância alimentar grave desencadeado por rota vírus, no qual ela corria risco de ir a óbito. Durante todo o período de internação foi sinalizado pela equipe técnica do hospital que as visitas da mãe eram esporádicas, duravam pouco tempo e tinham má qualidade, e este fato causava muita revolta por parte da equipe do Hospital.”

Diante do longo período de acolhimento de B., o magistrado de primeiro grau, no dia 28/07/2016, determinou a inserção da infante no Cadastro Nacional de adoção, a fim de que a equipe técnica informasse se há pessoas habilitadas para o perfil da menina (f. 84 índice 000090). Assim, no dia 27/09/2016, a criança foi entregue em guarda provisória ao casal C.E.S. e A.B.F.E. (f. 94 - índice 000102).

Outrossim, todo o conjunto probatório de abandono e negligência praticado pela genitora

a sua filha B. foi confirmado, mais uma vez, na audiência de instrução e julgamento, realizada no dia 08/11/2016 (f. 100/103 - índice 107).

Da análise dos depoimentos prestados na audiência, disponibilizada em gravação de mídia, também se pode inferir a falta de afetividade da genitora com a menina B.. Transcreve-se:

“(…) que quando deixou a criança no banheiro não imaginou que isso poderia prejudicar a sua saúde, pois deixou a menina na bancada do banheiro; que botou a criança na bancada do fraldário; que o fraldário era largo, assim não cairia; que quando B. nasceu já tinha quatro filhos, estava desempregada, trabalhava como autônoma [...]; que recebida pensão de dois filhos e bolsa família de R\$ 280 reais; que o pai da B. não aparece nas audiências; que o pai da criança não ajudava, sabia que era pai da criança, mas que o pai não compareceu para fazer o exame de DNA e não aceitou a fazer o exame; que ele não registrou B.; [...] que quando a criança foi para o abrigo visitou a menina e que depois que L. passou a ter implicância com a depoente esta passou ir menos ao abrigo; que a criança ficou um mês internada; que visitou a criança no hospital; que até a decisão de que não podia mais visitar ia visitar, foi ao abrigo poucas vezes, por causa da M. (assistente social) que dizia que ela ia perder a guarda; que agora B. não reconhece mais a depoente; (...)” (M.M. - genitora da menor)

“(…) Quando a criança foi para o abrigo, conseguiu por contato telefônico falar com a genitora e ela compareceu e dias depois a doença aflorou na criança, com o rotavírus, e esta foi internada; que a genitora sumiu nesse período e quando esta apareceu deu o endereço do hospital onde estava a criança para a genitora visitar; que a criança ficou no hospital 45 dias e a genitora visitou poucas vezes, umas duas ou três vezes no máximo no hospital; que a genitora ia no abrigo com pouca frequência; que a visita da genitora era monitorada; que

as visitas da genitora a criança no abrigo eram rápidas; que a genitora não lamentava; [...] que a genitora não amamentava B.; que quando a criança saiu do hospital se tornou intolerante a lactose, devido a perda de líquido; que a criança tinha crises epilepsia e convulsiva, que só podia tomar um leite caro [...]; que quando a criança chegou no abrigo, através do Conselheiro R., e este informou que a criança foi encontrada no banheiro do lado de um vaso sanitário; [...] que verificou que o cordão umbilical da criança estava totalmente infeccionado e ficou preocupada e correu para UPPA com a criança, apesar de saber que a UPPA não atendia criança dessa idade, pois o cordão umbilical cheirava a podre; que o médico da UPPA informou que a criança corria o risco de ter uma infecção generalizada, encaminhou a criança para outro hospital; que a declarante retornou ao abrigo (enquanto preparava a bolsa da criança e o cartão de vacina), tentou ligar para genitora, já que ninguém até o início da noite não tinha conseguido falar com a mãe da criança [...]; que conseguiu falar com a genitora e pediu para ir ao abrigo; que a genitora ficou de comparecer no dia seguinte ao abrigo; que partiu com a criança para o hospital e a médica falou que poderia ser uma infecção, mas que a diarreia da criança só estava começando e, assim, não podia diagnosticar; três dias depois voltou com a criança para o hospital, pois a diarreia não cessou e, nesse momento, a criança já estava com rotavírus; a médica informou que a criança estava com rotavírus, diante do local em que foi deixada pela genitora, sendo um banheiro [...]; que a médica afirmou que rotavírus tinha a ver com o local que a genitora deixou a criança e nas condições em que foi encontrada a criança, muito suja; que o umbigo da criança foi encontrado com pus; que a criança foi quase a óbito; que a criança perdeu muito peso; nenhum leite segurava na criança; [...] que após a alta hospitalar a criança voltou para o abrigo, onde permaneceu por um ano e alguns dias; que após a audiência do dia 07 de

abril, que foi a última vez que a genitora participou, esta ficou cinquenta e poucos dias sem visitar a criança no abrigo; [...] que das outras vezes a genitora ficava vinte oito dias, um mês sem visitar a criança, as vezes em uma semana ia duas vezes, mas ficava pouco tempo; que em algumas visitas a genitora era cobrada de pegar a criança no colo, pois a visita era apenas “de olhou e saiu”, não era uma visita com qualidade; que a genitora pegou pouquíssimas vezes a criança no colo; que a genitora falava de ter a criança, mais ficava insegura; [...] que a genitora afirmou que ninguém podia saber que a criança esta abrigada; [...] que o telefone da genitora na carteira de vacinação estava rabiscado; [...] que declarante tentou estimular a genitora a ficar com a criança [...], dizendo que arrumaria emprego para ela; que a genitora foi no abrigo e passou direto pela criança, que estava no colo da monitora, indo falar direto com a declarante para saber do emprego, sem mostrar interesse na criança, focando em ver o emprego [...]; que a genitora foi no dia seguinte no abrigo; que foi direto para sala para ver o emprego; [...] que a genitora tinha trabalho informal; [...] que o pai da criança nunca foi visitar a mesma no abrigo; que a M. (assistente social) falava o que tinha que falar; que M. era bem técnica no que tinha falar para a genitora; que a assistente social (M.) não tinha nada pessoal contra a genitora e buscava se aproximar da genitora para falar sobre a criança (...)” (L. - diretora do abrigo)

“(...) Que nos atendimento com a genitora da criança, esta não parecia interessada em reaver a filha; [...] que a visita da genitora a criança eram feitas por um tempo muito curto, dez minutos ou quinze minutos, fora a época que não visitava em que ficava ausente; que em um mês a genitora visitava a criança, no máximo, duas vez; que as visitas na instituição poderiam durar uma hora, duas vezes na semana; que quando a pessoa tem dificuldade de ir no horário estipulado é disponibilizado

para ir em outro horário e que isso é deixado claro para pessoa; [...] que ia visitar as crianças com outros filhos [...]; que tentavam aproximar a criança da genitora; que a genitora falou que abandonou a criança porque não tinha como cuidar e não estava bem como o pai da criança e já tinha outros filhos [...]; que observava as visitas da genitora; que é psicóloga do abrigo há 13 anos; que acha que a assistente social M. trabalha no abrigo há 7 anos; que nunca observou nenhum problema e nem discussão entre a genitora e a assistente M.; [...] que observou que a genitora tinha muito afetividade com a criança que estava sob a sua guarda, mas que não notava nenhuma afetividade da genitora com a sua filha B.; [...] que B. foi internada por infecção intestinal, teve convulsão, desenvolveu alergia à lactose, tudo decorrente de alguma bactéria que a criança pegou por ter ficado no banheiro (os médicos acreditam nisso). (Q. - psicóloga da instituição de acolhimento)

“[...] Que conversou com a genitora sobre o seu comportamento de não visitar a criança, que as visitas eram rápidas e explicou para genitora que se esta quisesse a criança deveria mudar o seu comportamento, ter mais contato com a criança; [...] que quando a criança foi internada a genitora quase não tinha contato com a criança; [...] que a genitora falou que achava que queria ficar com a criança; que as visitas da genitora no abrigo duravam cinco minutos, dez minutos; [...] que os pais tem direito de ficar na visita por uma hora; que a genitora já ficou vinte dias sem ir, cinquenta e cinco dias sem ir no abrigo; que a genitora não tinha frequência no abrigo; que sempre a genitora ia acompanhada de seus outros filhos; [...] que explicou para genitora sobre o comunicado que chegou para ela; que viu a genitora reclamando com a L. sobre a declarante, dizendo que a declarante deveria ter ido na casa dela entregar a intimação; que a genitora pediu para não tratar mais nenhum assunto com a declarante, que só queria tratar com a L.; [...] que

quando um pai ou uma mãe não podia visitar no dia determinado para visitação, desde que comunique com antecedência, a instituição era bem flexível para que a visita ocorresse em outro dia; que a genitora pegava a criança no colo algumas vezes, mas nem sempre; [...] que notou que a genitora tinha mais carinha com a filha pequenininha que estava sob sua guarda [...]; que quando saía de perto na hora da visita a filha que vinha com a genitora ficava com ela no colo e B. no bebê conforto; que a genitora perguntou sobre emprego, mas como a genitora estava de resguardo no início deixaram para tratar disso depois, isso foi bem no começo do abrigamento; que B. foi internada por quarenta e um dias em quadro muito grave no hospital; que os médicos perguntavam porque levavam a genitora no hospital se a genitora não tinha carinho com a filha B.; [...] algumas vezes foi com a genitora no hospital; que trabalha há sete anos no abrigo; que nunca teve problemas com mães de crianças abrigadas; [...] que a genitora orientada a entrar em contato com o pai da criança; que a genitora falou que tinha caso extraconjugal com pai da criança, com quem ainda tinha um relacionamento, chegou a dar o endereço do pai, mas não condizia o endereço; a genitora disse depois que o pai se mudou com a família e não sabia o endereço; na última audiência que a genitora participou, ela disse que morava com o pai da criança; que a genitora depois nunca mais falou do pai da criança; que a genitora nunca foi orientada que teria a guarda mais rápido de B. se o pai assumisse a criança; [...] que a paternidade não iria influenciar positivamente e nem negativamente na sua guarda, mas orientavam a genitora que deveria correr atrás dos direitos da B. em relação ao pai da menina [...] que a criança só foi registrada no nome da mãe; que nunca falou para genitora que com o pai da criança facilitaria ela a ter a filha de volta; [...] a declarante afirmou que era profissional ao tratar com a genitora da criança.” (M. - assistente social da instituição de acolhimento)

Diante das provas documentais e orais ficou demonstrada total falta de condição da genitora apelante em exercer os deveres inerentes ao poder familiar e da impossibilidade de reinserção da criança na família extensa, uma vez que não existem parentes interessados em assumir a guarda da menina. Note-se também que B. já se encontra em família substituta, desde 27/09/2016.

O mais relevante é garantir o interesse superior de B. à convivência familiar e à efetivação de todos os seus direitos fundamentais.

Sendo desaconselhável a devolução da criança à apelante, por toda a negligência e irresponsabilidade que têm marcado a sua conduta, é imperiosa a destituição do poder familiar e, conseqüentemente, a manutenção da criança junto à família substituta. Esta é a solução que se coaduna com o direito da menor B. ao respeito e à dignidade, observada a sua condição de sujeito de direitos dotado de absoluta prioridade e que faz jus a uma proteção integral.

Ao contrário do que alega a apelante, a destituição do poder familiar não decorreu da falta de suas condições financeiras, sendo resultado de todo descuido, abandono e negligência com que sempre atuou desde o nascimento de sua filha, não havendo provas que militem em seu favor.

A destituição do poder familiar é prevista, simultaneamente, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente: Código Civil:

Código Civil:

Art. 1.637 - Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e

seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único - Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Art. 1.638 - Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 22 - Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

(...)

Art. 24 - A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, e o procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

No caso, percebe-se que a apelante abandonou à criança em um banheiro público ficando relegada a própria sorte (inc. II do art. 1.638 CC), assim como não mudou sua conduta após o acolhimento institucional da menina, rareando as visitas e deixando de adotar providências concretas para reaver a sua guarda. Em suma, a apelante faltava aos deveres inerentes ao poder familiar, de forma recorrente (inc. IV do art. 1.638 CC).

Quanto à alegação de que deveriam ter sido adotadas as medidas do art. 129 do ECA,

, como afirmou à D. Procuradoria de Justiça em seu parecer de f. 169/192 (índice 000169), “percebe-se que houve a inclusão da apelante em programas de proteção (encaminhamento da genitora ao Programa de Atenção Integral à Saúde da Mulher, Criança e Adolescente, e, também, à Secretaria de Trabalho Emprego e Desenvolvimento Econômico). Ademais, este mesmo artigo prevê a suspensão e a destituição do poder familiar (inc. X), que foram as medidas adotadas ao longo deste processo. Se não foram tomadas outras providências, decerto é porque a demandada não demonstrou qualquer intenção concreta em modificar a sua conduta em relação à sua filha, pouco comparecendo ao abrigo e não dando carinho a criança.

Diante desse contexto, a sentença guerreada, que foi proferida em cognição exauriente, se afigura correta, em consonância com a jurisprudência desta Corte, como se vê a seguir:

0037397-06.2015.8.19.0021 - Apelação - 1ª Ementa - Des(a). BENEDICTO ULTRA ABICAIR - Julgamento: 30/11/2016 - Sexta Câmara Cível - Apelação Cível. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. AGRESSÕES FÍSICAS E VERBAIS. PADRASTO. OMISSÃO DA GENITORA. PREVALÊNCIA DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA. IMPOSSIBILIDADE DE REINTEGRAÇÃO FAMILIAR. FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

0378243-23.2013.8.19.0001 - Apelação - 1ª Ementa - Des(a). PEDRO SARAIVA DE ANDRADE LEMOS - Julgamento: 30/11/2016 – Décima Câmara Cível - Apelação cível. Destituição do Poder Familiar. Descumprimento pela genitora dos deveres inerentes ao poder familiar. Negligência em relação às filhas menores. Procedência. Conduta negligente da genitora comprovada. Ocorrência de gravíssima ofensa à integridade física de uma das filhas que resultou na prisão cautelar da

genitora. Menores encaminhadas ao programa “Família Acolhedora”. Acervo probatório que evidenciou o comportamento agressivo da ré e o uso abusivo de bebida alcoólica, inclusive durante a gestação da segunda filha. Inexistência de família extensa com condições e interesse em cuidar das crianças. Mãe biológica não se encontra em plenas condições de cumprir com o compromisso de educar as filhas, zelando pela integridade física e moral das crianças. Prevalência do princípio da proteção integral ao menor. Teor do art. 227 da Constituição Federal. Sentença mantida. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. RECURSO DESPROVIDO.

0050236-34.2012.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - 1ª Ementa - DES. FERDINALDO DO NASCIMENTO - Julgamento: 01/08/2013 - Décima Nona Câmara Cível - Agravo de Instrumento. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. Decisão do juízo *a quo* que suspendeu o poder familiar do recorrente, a visitação da mãe aos menores, ressaltando que a visitação do pai já teria sido suspensa, e determinando o cadastro das crianças no CNA, caso não haja requerente habilitado na comarca interessado na adoção das crianças. Ação proposta pelo Ministério Público visando à destituição do poder familiar. Menores abrigados após serem abandonados durante a noite pelos pais, enquanto os mesmos saíram para um passeio que teria terminado na delegacia, devido mais um caso de violência. Genitora que se encontrava grávida na ocasião. Crianças em situação de risco, encontradas pelo Conselho Tutelar, sem condições mínimas de higiene e segurança. Estudos realizados e trazidos aos autos que revelam que o agravante não possui condições estruturais e psicológicas para conviver e educar seus filhos. Requerimento de nulidade do processo que não merece acolhida. Magistrado que deve utilizar seu Poder Geral de Cautela para averiguar a imperiosidade da determinação de medidas que assegurem que,

os menores não sofram qualquer prejuízo até o provimento final. Prevalência do melhor interesse da criança, para que o seu desenvolvimento mental e afetivo ocorra em um ambiente familiar harmonioso. **MANUTENÇÃO DO DECISUM. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.**

0001273-58.2013.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - 2ª Ementa - DES. MARCO AURELIO BEZERRA DE MELO - Julgamento: 16/07/2013 - Décima Sexta Câmara Cível - Agravo de Instrumento. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS. DECISÃO IMPUGNADA QUE SUSPENDEU O PODER FAMILIAR DOS GENITORES DAS CRIANÇAS, COLOCANDO-AS EM FAMÍLIA SUBSTITUTA. INCONFORMISMO DO GENITOR. SITUAÇÃO DE RISCO DAS CRIANÇAS. O ABANDONO MATERIAL E PSICOLÓGICO DAS CRIANÇAS RESTOU DEMONSTRADO NOS PRESENTES AUTOS ATRAVÉS DOS RELATÓRIOS SOCIAIS E PSICOLÓGICOS DATADOS A PARTIR DE MAIO DE 2011, SENDO QUE FICARAM ABRIGADOS POR DUAS OPORTUNIDADES EM RAZÃO DE DESCUIDO E NEGLIGÊNCIA DOS PAIS. GENITORA QUE SE ENCONTRA COM PARADEIRO DESCONHECIDO E AGRAVANTE QUE NÃO REALIZAVA VISITAS FREQUENTES A SEUS FILHOS QUANDO MANTIDOS EM LAR DE ACOLHIMENTO, NÃO COMPARECENDO, OUTROSSIM, ÀS ENTREVISTAS REQUERIDAS PELA EQUIPE TÉCNICA DESTE TRIBUNAL. IMPOSSIBILIDADE DE GUARDA PELA FAMÍLIA EXTENSA DIANTE DA NEGATIVA DA AVÓ PATERNA E IMPOSSIBILIDADE DA MATERNA. A LEI CIVIL ESTABELECE A PERDA DO PODER FAMILIAR DOS PAIS EM CASO DE ABANDONO DOS FILHOS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.638, II, DO

CÓDIGO CIVIL. DECISÃO PROFERIDA PELO JUÍZO *A QUO* QUE ATENDEU AO PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS NA FORMA DO ARTIGO 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA. FAMÍLIA SUBSTITUTA, DEVIDAMENTE HABILITADA PARA A ADOÇÃO QUE, EM COGNIÇÃO SUMÁRIA, VEM ATENDENDO AOS DIREITOS DAS CRIANÇAS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 58 DO TJRJ. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO. PROVIMENTO NEGADO.

Portanto, a sentença deu correta solução à lide, não merecendo qualquer reforma.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento à apelação, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos.

Rio de Janeiro, 10 de abril de 2018.

DES. JUAREZ FERNANDES FOLHES
Relator

MANDADO DE SEGURANÇA. ADOÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. CASAL HOMOAFETIVO. LICENÇA ADOTANTE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DISTINÇÃO. NÃO CABIMENTO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IGUALDADE ENTRE FILHOS BIOLÓGICOS E ADOTADOS.

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRANTE SERVIDOR PÚBLICO. CRIANÇAS EM RISCO ADOTADAS POR CASAL HOMOAFETIVO. LICENÇA ADOTANTE. LIMINAR DEFERIDA ANTERIORMENTE POR ESTE RELATOR ATRAVÉS DO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0016491-

87.2017.8.19.0000. DIREITO LÍQUIDO E CERTO COMPROVADO. A sentença concedeu a segurança para determinar seja a licença adotante concedida pelo período total de 180 (cento e oitenta) dias. A jurisprudência do E. STF já decidiu que o prazo de licença ao adotante não pode ser inferior ao da licença à gestante. Por sua vez, a autoridade coatora informou nos autos que, efetivamente, é conferida licença de 180 dias para as mães adotantes, sendo que não cabe qualquer distinção quando o par adotante é composto de dois homens, ou seja, tratando-se de casal adotante homoafetivo, dúvida não há de que a licença-adotante poderá ser conferida a um dos cônjuges ou companheiros, haja vista que inexistente razão para qualquer distinção, à luz do princípio constitucional da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Outrossim, restou comprovado a adesão do Município apelante ao programa instituído pela Lei nº 11.170/08, bem como pela Lei Complementar nº 119/2012, as quais ampliaram o prazo de licença à gestante no âmbito da administração direta e indireta do Município do Rio de Janeiro. Parecer da douta Procuradoria de Justiça opinado pela manutenção da sentença. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação no Mandado de Segurança nº 0358326-13.2016.8.19.0001 em que é Apelante MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO e Apelado E.F.R.

Acordam os Desembargadores da Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por E.F.R., servidor público municipal,

para a finalidade de concessão do prazo de 180 dias de licença adotante, que não lhe foi deferido até a data do ajuizamento da ação.

Esclareceu que exerce o cargo de nutricionista, sob matrícula de nº 12/236303-4, lotado na Unidade Integrada de Saúde Manoel Arthur Villaboin/CAP1.0/SMS/RJ, tendo obtido com seu companheiro guia da provisória para fins de adoção, em 13/10/2016, dos irmãos W.C.S., nascido em 03/05/2012, e L.V.C.S., nascida em 03/07/2013, razão pela qual requereu administrativamente a licença adotante pelo prazo de 180 dias, isto é, os 120 dias previstos no artigo 7º da CRFB, acrescidos dos 60 dias de prorrogação previstos na Lei nº 11.770/08, sem qualquer notícia de deferimento.

A decisão de f. 106/109 concedeu em parte a liminar e foi alvo de agravo de instrumento.

A autoridade coatora prestou informações a f. 213/215, a esclarecer que foi concedido ao impetrante o período de 08 dias, correspondente à licença-paternidade.

O Município ofereceu a impugnação de f. 219/224, argumentando, em síntese, que a licença pleiteada dependeria de lei ordinária, formal e específica, não bastando para sua regulamentação mero decreto, baseado em previsão por demais genérica da Lei Orgânica.

O Ministério Público manifestou-se pela concessão da segurança. A sentença (e-doc.000238) concedeu a segurança, para determinar seja a licença concedida pelo período total de 180 (cento e oitenta) dias, conforme requerido. Sem custas ao réu, ante a isenção legal. Sem honorários, nos termos das Súmulas 512, do STF e 105, do STJ.

Inconformado, o Município do Rio de Janeiro interpôs o recurso de apelação inse-

rido a f. 256 alegado que a licença pleiteada pelo apelado necessita de lei ordinária (formal) e específica, não sendo suficiente a confecção de decreto concedente, ainda que haja previsão (muitíssimo genérica) na Lei Orgânica.

Finalmente, requereu o Município o provimento do presente apelo, com a consequente denegação da segurança, tendo-se em vista a ausência de direito líquido e certo por parte do impetrante, bem como a carência jurídica do dispositivo regulador do benefício ora pleiteado.

A parte apelada não ofertou contrarrazões (e-doc. 000297). Parecer da douta Procuradoria de Justiça opinando pelo provimento do recurso (doc. 000312).

É o relatório sintético.

Voto

Conheço do recurso diante da presença dos requisitos de admissibilidade.

A sentença de primeiro grau concedeu a segurança, para determinar seja a licença concedida pelo período total de 180 (cento e oitenta) dias.

O Município apelante alegou que a licença pleiteada pelo apelado necessita de lei ordinária (formal) e específica, não sendo suficiente a confecção de decreto concedente, ainda que haja previsão (muitíssimo genérica) na Lei Orgânica.

Inicialmente, deve ser ressaltado que esta Câmara decidiu o recurso de Agravo de Instrumento nº 0016491-87.2017.8.19.0000, que tratou da decisão liminar deferida pelo Juízo de primeiro grau, no sentido de “deferir a prorrogação de 60 dias previstos no Decreto Municipal 35.575 de 07 de maio de 2012 e na Lei Complementar nº 119, de 20 de junho de 2012

da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, perfazendo um total de 180 dias (dos quais devem ser subtraídos os 08 dias já usufruídos).

Insta ser destacado que o Apelado demonstrou nos autos que, juntamente com o seu companheiro, obteve a guarda provisória dos irmãos W. e L., com 4 e 3 anos, respectivamente, que viviam em situação crítica, inclusive com problemas de saúde.

Com efeito, segundo a jurisprudência do STF, no REExt 778889, o prazo de licença ao adotante não pode ser inferior ao da licença à gestante, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre filhos biológicos e adotados, *in verbis*:

“EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA-GESTANTE. 1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor. 2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificulda-

de de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas. 5. Mutações constitucionais. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF. 6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Resolução CJF nº 30/2008. 7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir à recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7º, XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante. 8. Tese da repercussão geral: “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”. (RE 778889, Relator (a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016, Acórdão Eletrônico Repercussão

Geral - Mérito DJe-159 Divulg 29/07/2016 PUBLIC 01/08/2016)

Cumpra, ainda, observar que a autoridade coatora informou que, efetivamente, é conferida licença de 180 dias para as mães adotantes (f. 213/215), sendo que não cabe qualquer distinção quando o par adotante é composto de dois homens, ou seja, tratando-se de casal adotante homoafetivo, dúvida não há de que a licença-adotante poderá ser conferida a um dos cônjuges ou companheiros, haja vista que inexistente razão para qualquer distinção, à luz do princípio constitucional da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se que existe a f. 46 declaração firmada pelo companheiro do Impetrante no sentido de que não irá requerer idêntico benefício, haja vista que apenas um dos integrantes do casal poderá gozar da licença-adotante.

Deve ser ressaltado, que o direito líquido e certo do impetrante ficou demonstrado nos autos, observando que Lei nº 11.170/08 criou o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, havendo autorização no art. 2º que a Administração Pública, direta, indireta e fundacional, institua programa que garanta a prorrogação da licença-maternidade nos termos do previsto no art. 1º, não tendo comprovado o impetrante a existência do programa no âmbito da Administração Pública Municipal.

Nesse passo, com a finalidade de assegurar o direito social previsto na citada Lei nº 11.770/2008, foi baixado o Decreto Municipal nº 35.575/2012, ampliando a licença-gestante no âmbito da Administração Direta e Indireta do Município do Rio de Janeiro para 180 dias, aderindo, assim, ao programa instituído no citado diploma legal.

Igualmente, a Lei Complementar Mun-

cipal nº 119/2012, através de art. 1º, alterou o *caput* do art. 101 da Lei Municipal nº 94/ 79 (Estatuto dos Funcionários públicos do Poder Executivo), ampliando para 6 (seis) meses o prazo da licença-gestante.

Art 1ª - Fica ampliada a licença gestante, no âmbito da Administração Direta e Indireta do Município do Rio de Janeiro, para cento e oitenta dias. (Decreto 35.3575 do Rio 08/05/2012 Republicado em 06/06/2012) e [...] Art. 1º Fica alterado o *caput* do art. 101 da Lei nº 94, de 14 de março de 1979 que passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 101. À funcionária gestante será concedida, mediante inspeção médica, licença com vencimento integral, pelo prazo de seis meses. (NR)” [...] (Lei Complementar nº 119, de 20 de junho de 2012).

Assim, a alegação do apelante no sentido de que a licença pleiteada pelo apelado necessita de lei ordinária (formal) e específica não merece prosperar, tendo em vista que o entendimento dos Tribunais Superiores é que a licença requerida pelo adotante deve perfazer um total 180 dias.

Diante do exposto, adotando o parecer da douta Procuradoria de Justiça, nego provimento ao recurso de apelação, mantendo a sentença de primeiro grau na íntegra.

Rio de Janeiro, 27 de março de 2018.

DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA
Relator

PODER FAMILIAR. DESTITUIÇÃO. NEGLIGÊNCIA E ABANDONO. VASTO CONJUNTO PROBATÓRIO. ECA. FAMILIAS SUBSTITUTAS. PROCESSO DE ADOÇÃO EM CONJUNTO. MANUTENÇÃO DOS LAÇOS FRATERNALIS. NEGA-

DO PROVIMENTO AO RECURSO.

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ARTIGO 1.638, II E III, DO CC/2002 E ARTIGOS 22 E 24 DO ECA. OCORRÊNCIA DE NEGLIGÊNCIA E ABANDONO CABALMENTE COMPROVADA. A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR TRADUZ O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR.

1. No caso em tela, a destituição do poder familiar encontra lastro nos incisos II e III, do artigo 1.638 do Código Civil, e nos artigos 22 e 24 do ECA, fundamentando-se no descumprimento do dever de sustento e guarda, na prática abandono e de atos contrários à moral e bons costumes.

2. Através do vasto conjunto probatório produzido restou demonstrado o descumprimento reiterado dos deveres inerentes ao poder familiar, que se consubstancia na ocorrência de negligência e abandono.

3. Em observância ao princípio da proteção integral da criança, impõe-se a destituição do poder familiar, notadamente diante da notícia de que os menores estão com pretendentes à adoção em estágio de convivência.

4. Manutenção da sentença. Negativa de Provimento ao Recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0022829-58.2014.8.19.0202, em que são Apelantes: G.G.S. E F.H.S.R. e Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

ACORDAM os desembargadores que integram a Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,

por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Voto

Recorrem, tempestivamente, G.G.S. e F.H.S.R. da sentença que, nos autos da Ação de Destituição do Poder Familiar proposta pelo Ministério Público do estado do Rio de Janeiro, julgou procedente o pedido, destituindo os genitores do poder familiar em relação às crianças D.G.S.R., G.G.S.R. e F.G.G.S.R..

Pretendem a reforma da sentença, com a manutenção do poder familiar e a consequente reintegração dos infantes à sua família natural.

Para tanto, alegam que: i) que o fato narrado na inicial é totalmente inverídico e não condiz com a realidade, eis que cuidaram dos filhos, em todos os anos, buscando sempre lhe proporcionar o máximo de carinho possível; ii) que se preocuparam em reaver a guarda de seus filhos; iii) que visitavam os filhos todas as semanas no abrigo, o que demonstra o vínculo afetivo entre eles; iv) que o relatório realizado pelo CRAS G. informa que a casa em que a mãe dos infantes, ora apelante, residia com os filhos era um local propício para a criação destes, por se tratar de apartamento próprio bem organizado, bem mobiliado e em boas condições de limpeza e higiene; v) que a genitora, em determinado momento de sua vida, entrou em depressão, o que acabou influenciando a vida de seus filhos; vi) que a genitora nunca entregou os filhos ao conselho tutelar, mas apenas buscou ajuda em um momento de extrema necessidade que vivia, inclusive visando o bem estar de sua prole; vii) que a genitora nunca fez uso de bebida alcoólica na frente dos filhos, muito menos ia para bailes; viii) que os genitores são pessoas idôneas e trabalham, recebendo a genitora o valor de R\$1.200,00, e o genitor o valor de R\$1.300,00; ix) que a sentença recorrida contraria a previsão constitucional e legal do direito à convivência

familiar e comunitária prioritariamente no seio da família natural, na forma do artigo 227 da Constituição da República e o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Ministério Público, em primeiro grau de jurisdição, manifestou-se no sentido da manutenção da sentença.

Manifestação da douta Procuradoria de Justiça no sentido de conhecimento e desprovemento do recurso.

É o Relatório.

O recurso é tempestivo e seguiu regularidade formal. Há legitimidade e interesse recursal. Presentes os requisitos de admissibilidade, o recurso deve ser conhecido.

A hipótese versa sobre a destituição do poder familiar das crianças D.G.S.R., G.G.S.R. e F.G.G.S.R..

É certo que, na forma do artigo 227 da Constituição Federal e 19 da Lei nº 8.069/90, toda criança tem direito o direito de ser criada no seio da família, dando-se prioridade à família natural, contudo, a convivência familiar só deve ser mantida caso não provoque prejuízos à criança e permita seu desenvolvimento pleno.

Nesta perspectiva, em observância ao princípio da proteção integral da criança, o poder familiar pode ser extinto por decisão judicial, nas hipóteses previstas nos artigos 1.638 do Código Civil e 24 da Lei 8.069/90. Medida que permite a colocação da criança em família substituta, garantindo, assim, seu direito inextinguível à convivência familiar e comunitária.

Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90)

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores,

cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

Código Civil (Lei nº 10406/2002):

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

No caso em tela, a destituição do poder familiar encontra lastro nos incisos II e III, do artigo 1.638 do Código Civil, e nos artigos 22 e 24 do ECA, fundamentando-se no descumprimento do dever de sustento e guarda, na ocorrência de abandono e na prática de atos contrários à moral e bons costumes.

Não assiste razão aos apelantes.

Ao contrário do afirmado pelas teses recursais, os elementos probatórios revelam claramente a incapacidade dos recorrentes para o exercício do poder familiar, não restando outra alternativa senão aquela alvitrada pela sentença que, embora drástica, leva em conta o interesse maior das crianças, sobrepondo-se aos dos genitores.

Inicialmente, cabe destacar que a genitora possui outros seis filhos originários de relacionamentos efêmeros (V., L., A., E., F.V. e G.), além de G., D. e F., filhos do segundo recor-

rente, F..

Frise-se que G., D. e F. são frutos de uma relação extraconjugal, eis que o genitor era casado com outra mulher à época da concepção das três crianças.

Segundo afirmação da genitora, V. faleceu horas depois do nascimento, há aproximadamente 12 anos, por ter nascido com insuficiência respiratória. A. e L. teriam vivido com ela até alcançarem a maioridade e formarem suas próprias famílias, já E. foi cuidado por J. (prima considerada irmã) desde os primeiros dias de nascimento e registrado por esta. F. estaria com a avó paterna desde muito pequeno, por ter o pai falecido e ser o único neto.

A recorrente alega que no relatório social elaborado pelo CRAS G. (f. 16/17), em visitas realizadas nos dias 08 e 15/09/2014, foi informado que a casa em que residia com os filhos era local propício para a criação deles, informando que se trata de um apartamento próprio, bem organizado, bem mobiliado e em boas condições de limpeza e higiene.

Entretanto, no estudo social de f. 100/116 consta a informação de que, na visita domiciliar realizada em 01/11/2016, o apartamento estava sem porta, em um aspecto de abandono, com muitas roupas amontoadas, poucos móveis, sendo estes antigos, armários vazios, inexistência de despensa de alimentos, além do fato de que todas as janelas estavam fechadas em um dia de muito calor na cidade.

Ressalte-se, por oportuno, que na visita mencionada, G. não foi localizada, sendo relatado por um de seus irmãos que ela estaria em um bar no entorno, sendo evidenciado que mesmo vivendo sob o mesmo teto, os irmãos têm relação distante e se comportam de maneira apática.

Sustenta a apelante que jamais entregou

seus filhos ao Conselho Tutelar, tendo apenas buscado ajuda em um momento de extrema necessidade que vivia, visando com isso o bem-estar das crianças.

Observa-se do Plano de Atendimento Individual das crianças acostado pelo parquet (pasta nº 233 a 278), que a genitora, de fato, buscou espontaneamente o órgão, alegando indispor de condições materiais para mantê-los.

Cabe, aqui, transcrever parte da avaliação social do primeiro ingresso das crianças, em 10/09/2015:

“(…)

Tão logo acolhidos, família extensa materna se manifestou através da irmã, A. e das tias J. e L., pleiteando guarda dos infantes, informando que G. é usuária de drogas, sofre de transtornos psiquiátricos e que não havia necessidade do acolhimento, uma vez que elas sempre representaram rede de apoio. Todo o grupo é bastante faminto e pouco fala sobre a história de vida. Mas confirmam o fato de passarem necessidades de alimentos e denotam sinais de negligência, no sentido de valores sociais, como educação: todo o grupo tem dificuldades em compreender rotina e regras. G. é a mais comunicativa dos irmãos: expressa-se bem e é bastante independente para realizar as tarefas cotidianas. É uma menina que aparenta mais idade, mas é extremamente meiga, gentil e educada. F., por sua vez, apresenta um comportamento infantilizado, chorando por qualquer motivo, até mesmo numa disputa de brinquedo com uma criança de bem menor idade, por exemplo. O menino não sabe ler nem escrever o próprio nome, embora inserido na rede de ensino. Por ora, não notamos nenhum sinal de um possível transtorno psiquiátrico. Já o menor, D., é falante, também um tanto independente para a pouca idade e não tem qualquer problema de relacionamento social.

Em nenhum momento, qualquer criança

mencionou a mãe como figura protetiva ou com afeto. Pelo contrário, afirmam estar felizes com o acolhimento, limitando-se a dizer que “aqui é bom” (*sic*).

Destacamos que ainda estamos em fase de coleta de dados, não tendo, portanto, nenhuma informação concisa acerca do caso, por ora. Entretanto, cremos na possibilidade de reintegração à família extensa, a curto prazo.”

Como se vê, embora a genitora alegue ausência de abandono, a equipe de abrigo constatou sinais de negligência, além da satisfação por parte das crianças em estarem sendo acolhidas.

Acrescente-se que, na audiência de reavaliação realizada em 01/10/2015, quando foram deferidas as guardas provisórias de G. e F. aos tios E. e J., e de D. aos tios L. e R., a assistente social informou que a apelante estava em local incerto e não sabido e nunca visitou as crianças.

Em relação ao genitor, não há nos autos qualquer demonstração de assistência e/ou responsabilidade paterna, cabendo aqui transcrever trecho da sentença que relata exatamente a relação com as crianças:

“(…)

Quanto ao genitor, nunca prestou assistência aos filhos e os visitou na instituição apenas uma vez, sempre na tentativa de se eximir de sua responsabilidade paterna. Jamais requereu nos autos, com o apoio de sua esposa, a guarda dos filhos, em ambos os acolhimentos. Na audiência de instrução e julgamento, informou que as crianças foram fruto de relação extraconjugal e que desejaria pedir a guarda, para fins de paz quanto à sua consciência paterna. Contudo, narrou que os filhos nunca terem frequentado sua residência, mas apenas o “parquinho” em frente, e que precisaria conciliar com sua esposa e sogra. Não ingressou com qualquer demanda ou apresentou pedido

formal nestes autos. (...)”

Destaca-se que a casa onde reside o genitor não é dele, mas sim de sua companheira e sogra, e, por tal motivo, teria que conciliar com elas caso ficasse com as crianças.

Além disso, o genitor afirma ter certeza de ser pai de D. e G., mas não de F., apesar de tê-lo registrado como seu filho, de forma que as três crianças nem mesmo foram apresentadas aos irmãos paternos, eis que F. tem outros filhos com sua companheira.

Assente isso, é evidente tanto o abandono por parte dos genitores, quanto a ausência de vínculo afetivo entre as crianças e os apelantes.

Ultrapassado tal ponto, resta saber se foram esgotadas todas as tentativas de reintegração com a família extensa.

Por parte do genitor, não foi realizada qualquer tentativa de reintegração, tendo em vista que não foi localizado qualquer familiar para tal.

De outra parte, os tios maternos, E. e J., permaneceram com a guarda provisória de G. e F., e os tios L. e R. com a de D..

Contudo, a guarda durou menos de 1 (um) ano, em virtude da desistência da guarda por parte dos tios maternos, tendo as crianças retornado à instituição de acolhimento.

Importante observar parte da avaliação social do segundo ingresso das crianças, em 13/10/2016:

“(…)”

Durante o tempo em que estiveram acolhidos em 2015, a mãe sequer buscou notícias dos filhos, o que nos reforçou a suspeita de completo desinteresse e, portanto, ruptura dos

laços afetivos. As crianças por sua vez, não se queixam da ausência da mãe ou de qualquer familiar. A mais velha, G., tem domínio acerca da própria história de vida. A menina alega ter retornado ao acolhimento em razão da prisão do filho de J. que, por tal motivo, teria ficado sem condições de arcar com os custos dos cuidados aos sobrinhos. A mulher não compareceu ao atendimento agendado para elucidar o que de fato motivou a devolução. Em contrapartida, ex guardiões de D. alegam rejeição do garoto com eles, o que não cremos que tenha sido o real motivo. No que tange à organização socioeconômica da genitora, não houve qualquer movimento no sentido de tentar recuperar a guarda dos filhos. G. manteve a postura negligente, enquanto o genitor, F.H., se manteve distante no processo de educação dos filhos. Após oitiva dos infantes, concluímos que foram rompidos todos os vínculos familiares. Ou seja, G., F. e D. não tem quaisquer pertencimento à família de origem e/ou qualquer figura de referência. G. chegou com diagnóstico de trombose venosa, descoberta em janeiro de 2016, após queixa de dores e dificuldades na alimentação. G. teria ficado 40 dias internada no Hospital Cardoso Fontes, onde permanece em acompanhamento; foi reavaliada em 19/10, com retorno agendado para o próximo dia 26/10/2016 para realização de novos exames. Segundo relatou a médica responsável, a doença teria sido causada por uma infecção e o acompanhamento não fora feito de forma regular, por esse motivo, teria se estendido. A intenção é reavaliar para verificar as possibilidades de alta médica.”

Vale transcrever, também, trecho da oitiva da genitora na AIJ realizada em 24/01/2017:

“(…) que um de seus irmãos é diabético e G. em acidente de moto perdeu olfato e paladar; que tem epilepsia e é alcoolista; que G. não fica violento, mas em um dia deixou os filhos com os irmãos e, quando chegou em casa, G. estava com calcinha rasgada, quando

brigou com G. e foi à delegacia, mas o exame de corpo de delito não constatou abuso; que G., quando bebe, a agride com palavras; (...) que não é verdade que G. tem neuropatia, mas sim ataque epilético; que só toma os remédios quando não bebe; que ele bebe; que fica dois dias bebendo; que, lido o depoimento do irmão de f. 106, foi dito que a briga foi entre os irmãos; que B. não disse a verdade; que seus surtos não são violentos; que chegou a parar drogas por um ano, pois estava na Igreja, e depois voltou a usar drogas; que teve problemas porque perdeu sua mãe; (...)"

Como se vê, não há nada que indique que se possa criar um ambiente saudável ao regular desenvolvimento das crianças sem a drástica medida imposta pela sentença.

Como bem ressaltou o *parquet*: “Com efeito, quem merece uma nova chance são as crianças, e não os réus, genitores que nunca desejaram arcar com suas responsabilidades parentais e, agora, tentam reverter, por meio das presentes apelações, uma situação que tiveram anos para mudar através de atitudes.”

Resta configurado, deste modo, o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar e a prática de conduta contrária a moral e bons costumes, que se traduzem na negligência e maus tratos demonstrados, circunstâncias que autorizam a destituição do poder familiar na forma dos artigos 22 e 24 da Lei 8.069/90 e 1.638, III, do Código Civil.

Por fim, convém ressaltar que G. e D. foram inseridos em famílias substitutas em 02/01/2017, estando em processo de adoção em conjunto (processo nº 0000009-40.2017.8.19.0202), com o comprometimento pelos adotantes de manutenção dos laços fraternais com F., que também se encontra em adoção (processo 0000007 70.2017.8.19.0202) por outro casal habilitado, que também se comprometeu

na manutenção dos vínculos com os irmãos.

De todo o exposto, é fácil concluir que a destituição do poder familiar na presente hipótese fundamenta-se nos estritos termos dos artigos 1.638, II e III, do Código Civil e 22 e 24 da Lei 8.069/90 e representa o melhor interesse da criança, atendendo ao princípio da proteção integral, diante do que não merece reforma a sentença.

Por tais fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 09 de maio de 2018.

DES. MÔNICA SARDAS
Relatora

PODER FAMILIAR. SUSPENSÃO. INSERÇÃO DAS MENORES NO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO (CNA). CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR. ECA. RELATÓRIO PSICOLÓGICO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

ACÓRDÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. DECISÃO DE SUSPENSÃO DO PODER E COLOCAÇÃO EM CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO. MANUTENÇÃO.

1. Constituição Federal de 1988 que consagrou a doutrina da proteção integral do menor, que obriga a coletividade (Estado, sociedade e família) a empregar esforços para permitir e proporcionar o desenvolvimento sadio da criança e do adolescente. Poder Familiar, por sua vez, que pode ser suspenso ou extinto por decisão judicial, caso se verifique que os genitores expõem o menor a risco a sua segurança e dignidade.

2. Hipótese dos autos em que houve denúncia de violência familiar. Menor já institucionalizada. Laudos profissionais apontando que os genitores não reúnem condições de fornecer o mínimo necessário ao desenvolvimento físico e psicológico saudável de seus filhos, recomendando a destituição do poder familiar.

3. Decisão de suspensão do poder familiar e colocação em Cadastro Nacional de Adoção que, na hipótese, atende ao melhor interesse da criança. Feito submetido ao contraditório, não havendo qualquer nulidade no mesmo. Manutenção do decism.

DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0068516-77.2017.8.19.0000 em que é Agravante L.C.C.M. e Agravado Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Acordam os Desembargadores que compõem a Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Voto

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto em face de decisão que, em audiência de reavaliação da medida de acolhimento institucional realizada em Ação de Destituição de Poder Familiar, suspendeu o poder familiar em relação às menores V.S.C. e L.S.C., determinando a inscrição no Cadastro Nacional de Adoção (CNA).

Alega o agravante que a suspensão do poder familiar é medida excepcional e não poderia ser decretada no procedimento de reavaliação. Aduz que existem dúvidas quanto à paternidade de L., estando pendente resultado de exame de

DNA, e que caso comprovado o vínculo paterno possui interesse na guarda da criança.

Sustenta que a inscrição no CNA Apenas seria possível após o trânsito em julgado, conforme ato executivo do TJERJ.

Pede a reforma da decisão para que, sendo constatado o vínculo de parentesco, seja afastada a colocação de L. no cadastro de adoção.

Decisão (ind. 14) indeferindo efeito suspensivo ao recurso.

Contrarrazões no ind. 25.

Parecer do Ministério Público (*custos legis*) no ind. 34, pelo desprovimento do recurso

É o relatório, decido.

Voto

A decisão não merece modificação. Com efeito, a suspensão do poder familiar foi decidida em processo submetido ao contraditório, tendo o agravante sido ouvido em audiência, com a oportunidade de produzir provas referentes a sua capacidade de assumir a guarda do menor.

É sabido que a constituição Federal de 1988 consagrou a doutrina da proteção integral do menor, que obriga a coletividade (Estado, sociedade e família) a empregar esforços para permitir e proporcionar o desenvolvimento sadio da criança e do adolescente.

Quanto ao poder familiar, é um conjunto de direitos e obrigações que o Estado incumbe aos pais, competindo-lhes o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, bem como de tê-los em sua companhia.

Este poder, contudo, não é ilimitado, po-

dendo ser suspenso ou extinto por decisão judicial. No tocante à suspensão (art. 1.637 do Código Civil) impede, temporariamente, o exercício do poder familiar, podendo ser revista quando superados os fatores que a provocaram.

E o art. 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente autoriza a aplicação liminar da decretação da suspensão, ficando a criança confiada a pessoa idônea, mediante assinatura de termo de responsabilidade.

Sob essa ótica, a menor L. é nascida em 23/08/2015 e, *in casu*, a demanda foi ajuizada com fundamento em denúncia de violência familiar contra as crianças (inclusive irmãos de L.) e a genitora, praticadas pelo padrasto.

Vale ressaltar, L. e V. já se encontram recolhidas na Instituição Casa dos Niños.

Nesse diapasão, restou constatada a falta aos deveres legais por parte dos pais de L.. Com efeito, a decisão agravada foi expressa ao afirmar que os genitores “não reúnem condições de fornecer o mínimo necessário ao desenvolvimento físico e psicológico saudável das menores”.

Ora, referida conclusão tem respaldo no relatório psicológico que consta de f. 70/72 do anexo destes autos, que entendeu que as crianças se encontram em situação de risco na presença da genitora e do marido da mesma (R.).

Já no estudo social (f. 88/92, realizado em fevereiro de 2017) o ora agravante afirma estar

desempregado e ter dificuldades em providenciar o sustento das crianças, fazendo, inclusive, uso de drogas.

E no relatório produzido pela instituição de acolhimento (ind. 172) afirma-se que o recorrente nunca visitou L.. Recomenda-se a destituição do poder familiar.

Ora, a suspensão do poder familiar, *in casu*, é necessária e busca resguardar o interesse da menor, garantindo sua segurança e proteção.

Inclusive, a colocação em Cadastro Nacional de Adoção, por se tratar de criança de tenra idade, busca precisamente facilitar a colocação em família substituta, restabelecendo laços familiares.

Ademais, o interesse do agravante em ter a guarda de L. foi deduzido sob condição, posto que o mesmo afirma ainda aguardar o resultado de exame de DNA para atestar a paternidade. Este é mais um elemento que milita contra a pretensão recursal, já que o bem-estar da infante não pode ficar indefinidamente no aguardo de situação incerta.

Assim, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 1º de fevereiro de 2018.

DES. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA
Relator

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Jurisprudência Cível

CONSUMIDOR. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE IMPÕE AO COMÉRCIO INFORMAR NA MÍDIA O VALOR DE VENDA À VISTA EM DESTAQUE EM RELAÇÃO AO VALOR DA PARCELA. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO FORMAL. AUSÊNCIA DE INVASÃO À COMPETÊNCIA LEGISLATIVA FEDERAL. REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA CONCORRENTE. REJEIÇÃO DE ARGUIÇÃO.

EMENTA

Arguição de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 6.419, de 21 de março de 2013, que “estabelece normas para a divulgação de preços ao consumidor nas vendas a prazo”. A legislação impugnada impõe que o comércio varejista informe, em qualquer tipo de mídia veiculada no estado do rio de janeiro, o valor do preço de venda à vista em destaque em relação ao valor da parcela. Alegação de que o ato normativo em exame invade a competência privativa da união, prevista no artigo 22, inciso xxix, da Constituição Federal que não merece prosperar. Lei Estadual nº 6.419/2013 que versa sobre matéria relativa à proteção do consumidor, inserida na competência legislativa concorrente dos estados pelo artigo 24, incisos v e viii, e parágrafos 1º e 2º, da Constituição Federal. Trata-se de regramento específico que encontra abrigo nas normas gerais já disciplinadas pela união no código de defesa do consumidor. Inexistência de inconstitucionalidade formal. Rejeição do incidente.

Vistos, relatados e discutidos esta Arguição de Inconstitucionalidade nº 0445191-10.2014.8.19.0001, em que é Arguente a 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado

do Rio De Janeiro e são Interessados a CVC Brasil Operadora e Agência de Viagens S.A.; Lojas CEM S/A; Dell Computadores do Brasil LTDA. e Autarquia de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado do Rio de Janeiro PROCON RJ.

Acordam os Desembargadores que compõem o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em rejeitar a Arguição de Inconstitucionalidade suscitada, declarando a constitucionalidade da Lei Estadual nº 6.419, de 21 de março de 2013, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Trata-se de Arguição de Inconstitucionalidade, tendo por Arguente a 21ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, órgão onde tramitam os recursos de Apelação interpostos contra a sentença proferida nos autos da ação civil pública movida pela Autarquia de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado do Rio de Janeiro PROCON RJ em face de CVC Brasil Operadora e Agência de Viagens, Dell Computadores do Brasil LTDA. e Lojas CEM S.A., na qual pleiteia a parte autora a condenação das rés na obrigação de informar o valor da parcela sempre inferior ao tamanho destacado para a divulgação do preço à vista, em todas as publicidades veiculadas, sob pena de multa; indenização por danos materiais e morais causados aos consumidores individualmente considerados; bem como a publicação da parte dispositiva da sentença em dois jornais de grande circulação pelas rés, obedecidas determinadas condições de formato.

O juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados, condenando as rés na obrigação de informar em todas as publicações veiculadas na TV, mídia impressa ou qualquer outro meio publicitário, que alcance o território do Estado do Rio de Janeiro, o valor do preço de venda à vista, sempre em destaque em relação ao va-

lor da parcela, que deverá apresentar tamanho inferior, na forma do art. 1º da Lei Estadual nº 6.419/2013, com a fixação de multa diária para assegurar o cumprimento da obrigação no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada ré que descumprir a determinação imposta, a contar do 5º dia após a publicação.

Inconformadas, as partes interpuseram quatro Apelações, distribuídas para a 21ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, que, por unanimidade de votos, suspendeu o julgamento dos referidos recursos, suscitando o presente incidente de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 6.419/2013, submetendo a questão ao exame do Órgão Especial, tendo em vista a possível violação ao artigo 22, inciso XXIX, da Constituição Federal.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer opinando pela rejeição da presente arguição.

É o relatório.

Voto

A questão constitucional remetida a este Colegiado cinge-se, em síntese, à apreciação da constitucionalidade da Lei Estadual nº 6.419, de 21 de março de 2013, que “estabelece normas para a divulgação de preços ao consumidor nas vendas a prazo”.

Por oportuno, cumpre transcrever o teor da lei impugnada, a qual dispõe, nos seguintes termos:

LEI Nº 6.419, DE 21 DE MARÇO DE 2013. ESTABELECE NORMAS PARA A DIVULGAÇÃO DE PREÇOS AO CONSUMIDOR NAS VENDAS A PRAZO.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Faço saber que a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. Nos cartazes de preços de produtos expostos à venda em lojas, ou em qualquer tipo de mídia veiculada no Estado do Rio de Janeiro, o tamanho destacado para a divulgação do valor da parcela deverá ser sempre inferior ao tamanho destacado para a divulgação do seu preço de venda à vista.

Parágrafo único. O valor total da venda a prazo deverá sempre estar presente, bem como o número de parcelas, e em tamanho destacado igual ou superior ao tamanho destacado da parcela, nos cartazes de preço ou em qualquer tipo de mídia veiculada no Estado do Rio de Janeiro.

~~Art. 2º. Aos lojistas infratores desta Lei será aplicada pena de multa de 1000 UFIRS, a ser revertida para o Fundo especial de Apoio a Programas de Proteção e Defesa do Consumidor – FEPROCON, aplicada em dobro, ocorrendo reincidência e em caso de contribuinte, cassação da inscrição estadual independentemente de outras penalidades cabíveis.~~

* Art. 2º - O não atendimento do previsto nesta Lei sujeitará o responsável ao pagamento de multa nos termos do Código de Defesa do Consumidor. * Nova redação dada pela Lei nº 7.395/2016.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Rio de Janeiro, 21 de março de 2013.

SÉRGIO CABRAL
Governador

Da leitura da Lei Estadual nº 6.419, de 21 de março de 2013, verifica-se que a legislação impugnada impõe que o comércio varejista in-

forme, em qualquer tipo de mídia veiculada no Estado do Rio de Janeiro, o valor do preço de venda à vista em destaque em relação ao valor da parcela, nas vendas a prazo.

Não se pode olvidar que o artigo 22, inciso XXIX da Constituição Federal confere competência legislativa privativa à União para legislar sobre propaganda comercial. Entretanto, a lei sub examine versa sobre matéria relativa à proteção do consumidor, inserida na competência legislativa concorrente dos Estados pelo artigo 24, incisos V e VIII, e parágrafos 1º e 2º, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

...

V - produção e consumo;

...

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;” (grifei)

...

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.”

Sobre o tema, ALEXANDRE DE MORAES, *in Direito Constitucional*, décima segunda edição, Ed. Atlas, p. 298, esclarece que “A Constituição brasileira adotou a competência concorrente não-cumulativa ou vertical, de forma que a competência da União está adstrita ao estabelecimento de normas gerais, devendo os Estados e Distrito Federal especificá-las, através de suas respectivas leis. É a chamada competência suplementar dos Estados-membros e Distrito Federal (CF, art. 24, § 2º).

E continua o renomado jurista: “Essa

orientação, derivada da Constituição de Weimar (art. 10), consiste em permitir ao governo federal a fixação das normas gerais, sem descer a pormenores, cabendo aos Estados-membros a adequação da legislação às peculiaridades locais.”

Com efeito, a Lei Estadual nº 6.419/2013, cria tão somente regramento específico que encontra abrigo nas normas gerais já disciplinadas pela União no Código de Defesa do Consumidor, conforme se depreende dos dispositivos da lei consumerista em destaque:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012)

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.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicida-

de discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Assim, considerando que a norma em comento versa sobre defesa do consumidor, e não sobre propaganda comercial, não há que se falar em vício formal, posto que a Lei Estadual nº 6.419/2013 não invade a competência legislativa federal prevista no artigo 22, inciso XXIX da Constituição Federal, estando amparada pela competência concorrente dos Estados, prevista no artigo 24, inciso V e VIII, e parágrafos, da Constituição Federal, norma repetida no artigo 74 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Neste sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, nos seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSUMIDOR. COMPETÊNCIA CONCORRENTE. UNIÃO, ESTADOS E DISTRITO FEDERAL. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direitos do consumidor. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 590.015 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO - AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator: Min. EROS GRAU - Julgamento: 28/04/2009)

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 3.874, de 24 de junho de 2002, do Estado do Rio de Janeiro, a qual disciplina a comercialização de produtos por meio de vasilhames, recipientes ou embalagens reutilizáveis. In-

constitucionalidade formal. Inexistência. Competência concorrente dos estados-membros e do Distrito Federal para legislar sobre normas de defesa do consumidor. Improcedência do pedido. 1. A Corte teve oportunidade, na ADI nº 2.359/ES, de apreciar a constitucionalidade da Lei nº 5.652/98 do Estado do Espírito Santo, cuja redação é absolutamente idêntica à da lei ora questionada. Naquela ocasião, o Plenário julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, por entender que o ato normativo se insere no âmbito de proteção do consumidor, de competência legislativa concorrente da União e dos estados (art. 24, V e VIII, CF/88). 2. As normas em questão não disciplinam matéria atinente ao direito de marcas e patentes ou à propriedade intelectual - matéria disciplinada pela Lei federal nº 9.279 -, limitando-se a normatizar acerca da proteção dos consumidores no tocante ao uso de recipientes, vasilhames ou embalagens reutilizáveis, sem adentrar na normatização acerca da questão da propriedade de marcas e patentes. 3. Ao tempo em que dispõe sobre a competência legislativa concorrente da União e dos estados-membros, prevê o art. 24 da Carta de 1988, em seus parágrafos, duas situações em que compete ao estado-membro legislar: (a) quando a União não o faz e, assim, o ente federado, ao regulamentar uma das matérias do art. 24, não encontra limites na norma federal geral - que é o caso ora em análise; e (b) quando a União edita norma geral sobre o tema, a ser observada em todo território nacional, cabendo ao estado a respectiva suplementação, a fim de adequar as prescrições às suas particularidades locais. 4. Não havendo norma geral da União regulando a matéria, os estados-membros estão autorizados a legislar supletivamente no caso, como o fizeram os Estados do Espírito Santo e do Rio de Janeiro, até que sobrevenha disposição geral por parte da União. 5. Ação direta julgada improcedente.

(ADI 2818/RJ – RIO DE JANEIRO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Relator: Min. DIAS TOFFOLI

Julgamento: 09/05/2013 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Desta forma, conclui-se que inexistente inconstitucionalidade formal na edição da referida lei estadual, eis que em consonância com a repartição constitucional de competências.

Por tais razões, voto no sentido de rejeitar a Arguição de Inconstitucionalidade suscitada, declarando a constitucionalidade da Lei Estadual nº 6.419, de 21 de março de 2013.

Rio de Janeiro, 26 de fevereiro de 2018.

DES. LUIZ ZVEITER
Relator

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ALEGAÇÃO DE POSSE DO IMÓVEL. VIAGEM AO EXTERIOR. FALCIMENTO DE TIA COM QUEM MORAVA. PRÁTICA DE ESBULHO NÃO DEMONSTRADA. NECESSIDADE DE COMPROVAR O FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. RECURSO NEGADO.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. AUTOR QUE NÃO DETINHA A POSSE DO IMÓVEL. INEXSTÊNCIA DE ESBULHO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

1. Cuida-se de ação de reintegração de posse, na qual o autor sustenta que é legítimo possuidor do imóvel.

2. A sentença rejeitou o pedido inicial, ao fundamento de que não houve comprovação nem da posse anterior do demandante, nem do esbulho praticado pelos réus.

3. A tese recursal é no sentido de que as testemunhas ouvidas corroboraram a alegação do autor de que residia com sua tia no

imóvel em tela e que tinha a intenção de retornar ao Brasil quando viajou para a Espanha, reiterando a existência de esbulho possessório praticado pelos réus, bem como sua posse sobre o bem antes da viagem ao exterior.

4. Os requisitos para cabimento das possessórias estão previstos no artigo 927, do Código de Processo Civil, sendo eles: a posse anterior, a turbação praticada, a data de sua ocorrência e a continuação da posse, ainda que turbada.

5. A ação de reintegração de posse é o remédio processual hábil à restituição da posse àquele que a tenha perdido em razão de um esbulho (total ou parcial), sendo privado do poder físico sobre a coisa.

6. Ao compulsar os autos, depreende-se que o ora apelante apenas residiu no imóvel em tela com sua mãe de criação e tia biológica antes de viajar para a Espanha, contudo não detinha a respectiva posse.

7. Também não restou demonstrado que houve a prática de esbulho pelos recorridos.

8. Assim, tem-se que o ora recorrente não se desincumbiu do ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito, conforme estabelece o art. 333, I, CPC, restando evidenciado nos autos que não houve esbulho por parte dos apelados a justificar a demanda reintegratória de posse.

9. Improcedência mantida.

10. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos os autos de apelação cível nº 0410986-91.2010.8.19.0001 em que é apelante Valdecir Rodrigues e apelados Jorge Marcos Alves de Souza e Outros.

Acordam os Desembargadores que integram a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Valdecir Rodrigues ajuizou ação de rein-

tegração de posse em face de Mario Luis Ribeiro de Oliveira, Paulo Fernando da Cunha, Jorge Leidiane. Relata, em síntese, que o autor e sua mãe de criação, e também sua tia biológica, viveram no imóvel localizado à TV Cunha atos, 4, apt. 201 - Saúde/RJ. Prossegue aduzindo que viajou em junho de 2005 para a Espanha, para procurar trabalho, retornando ao Brasil no ano de 2008. Assinala que dentro deste intervalo de tempo sua mãe de criação faleceu, e os sobrinhos desta, ora réus, ingressaram de forma ilegítima no imóvel, fato ocorrido em meados de 2007. Pede a reintegração na posse do bem, requerendo para tanto o deferimento de liminar, indenização por danos materiais, consistentes no pagamento de aluguel após retornar ao Brasil, além de indenização por danos morais.

Contestação apresentada a f. 70/76 pelos terceiro e o quarto réus. Afirmam que não são responsáveis pelo esbulho, mas locatários, pelo que arguem preliminar de ilegitimidade passiva. Destacam que residem no imóvel há mais de dois anos, de forma justa, custeando regularmente as despesas do bem.

Defesa ofertada pelo primeiro e segundo réus a f. 142/146. Sustentam que o autor somente retornou ao Brasil em 2010. Afirmam que não houve esbulho, devendo o autor aguardar o término do prazo da locação para retomar o bem. Ponderam que não há prova da intenção do autor de retornar da Espanha. Assinalam que apenas pediram ao autor que aguardasse o término do prazo da locação. Formulam pedido contraposto cuja causa de pedir consiste nas falsas alegações do autor de que teria sido expulso da casa em questão quando na realidade fora bem recebido. Entendem que não há violação a bem integrante da personalidade apto a subsidiar o pedido de dano moral.

Audiência de conciliação realizada conforme ata de f.165, ocasião em que não foi obtida composição entre as partes, ratificando as

partes os pedidos de provas formuladas.

A sentença de f. 173/177 julgou improcedentes os pedidos, condenando a parte autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 1.500,00, observada a gratuidade de justiça, consoante o artigo 12 da Lei nº 1.060/50. Fundamentou o julgador que a via possessória não é o meio adequado para a retomada do bem, haja vista a ausência de comprovação do esbulho, cabendo ao autor buscar seus direitos pessoais, ou mesmo o despejo do imóvel, mas pela via própria.

Recurso de apelação do autor a f. 178/182. Preliminarmente, defende a necessidade de anulação da sentença, em virtude da ocorrência de cerceamento do direito de defesa, tendo em vista o julgamento antecipado da lide. No mérito, afirma que o anterior exercício da posse por parte do recorrente restou incontroverso, uma vez que os primeiro e segundo apelados não negaram tal fato em sua peça de bloqueio, reconhecendo que pediram que o apelante aguardasse o término do contrato de locação firmado com os terceiro e quarto recorridos para que pudesse retornar ao imóvel. Conclui que, ao se negarem a devolver o imóvel ao apelante, após cientes do seu retorno ao país e de sua intenção de residir no local, caracterizou-se o esbulho.

Contrarrazões a f. 189/191 e f. 192/197.

Decisão monocrática que anulou a sentença para que seja produzida prova oral requerida pelo autor (f. 231/237).

Realizada audiência de instrução e julgamento a f. 443/447, com a oitiva de duas testemunhas.

A sentença de f. 587/489 julgou improcedente o pleito inicial, condenando o autor nas custas processuais e honorários de advogado

fixados em 10% sobre o valor da causa, cuja exigibilidade fica suspensa em virtude da gratuidade de justiça deferida.

Interposto recurso de apelação pelo demandante a f. 495/503, repisando os argumentos lançados na petição inicial. Acrescenta que as testemunhas ouvidas corroboraram a tese de que residia com sua tia no imóvel em tela e que tinha a intenção de retornar ao Brasil quando viajou para a Espanha. Reitera a existência de esbulho possessório praticado pelos réus, bem como sua posse sobre o bem antes da viagem ao exterior.

Apresentadas contrarrazões a f. 519/522 e 551/555.

É o relatório.

Voto

O recurso é tempestivo, estando satisfeitos os demais requisitos de admissibilidade.

Na origem, cuida-se de ação de reintegração de posse, na qual o autor sustenta que é legítimo possuidor do imóvel localizado à Rua TV Cunha Matos, 4, apt. 201 - Saúde/RJ.

A sentença rejeitou o pedido inicial, ao fundamento de que não houve comprovação nem da posse anterior do demandante, nem do esbulho praticado pelos réus.

A tese recursal é no sentido de que as testemunhas ouvidas corroboraram a alegação do autor de que residia com sua tia no imóvel em tela e que tinha a intenção de retornar ao Brasil quando viajou para a Espanha, reiterando a existência de esbulho possessório praticado pelos réus, bem como sua posse sobre o bem antes da viagem ao exterior.

Não lhe assiste razão.

Inicialmente, deve ser ressaltado que o julgamento se dará à luz das regras previstas no CPC de 1973, uma vez que a demanda foi proposta em 2014, ou seja, anterior à vigência do Diploma Processual de 2015, que ocorreu em 18/03/2016.

Os requisitos para cabimento das possessórias estão previstos no artigo 927, do Código de Processo Civil, sendo eles: a posse anterior, a turbação praticada, a data de sua ocorrência e a continuação da posse, ainda que turbada.

Com arrimo no art. 1196 do Código Civil, considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes a propriedade.

A ação de reintegração de posse é o remédio processual hábil à restituição da posse àquele que a tenha perdido em razão de um esbulho (total ou parcial), sendo privado do poder físico sobre a coisa.

Ao compulsar os autos, depreende-se que o ora apelante apenas residiu no imóvel em tela com sua mãe de criação e tia biológica antes de viajar para a Espanha, contudo não detinha a respectiva posse.

Verifica-se que os réus, Mário Luis Ribeiro e Paulo Ribeiro, passaram a cuidar do bem e arcar com as despesas, e, posteriormente, firmaram locação do imóvel com os requeridos Jorge e Leidiane.

Embora o depoimento de uma das testemunhas tenha apontado para reforçar a tese do autor de que seus pertences continuaram no imóvel (f. 445/447), tal fato não enseja a conclusão de que detinha a posse do bem.

Outrossim, também não restou demonstrado que houve a prática de esbulho pelos recorridos.

Conforme bem salientado pelo juízo *a quo*, em virtude do imóvel ter ficado vazio, o primeiro e segundo réus passaram a cuidar dele e arcarem com as respectivas despesas, o que não caracteriza posse clandestina e nem nova.

Assim, tem-se que o ora recorrente não se desincumbiu do ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito, conforme estabelece o art. 333, I, CPC, restando evidenciado nos autos que não houve esbulho por parte dos apelados a justificar a demanda reintegratória de posse.

Impende destacar que o apelante poderá, se assim pretender, buscar eventual reconhecimento de propriedade decorrente de direito de herança por via adequada.

Por isso, outro caminho não há senão a improcedência do pedido, tal como lançado na sentença.

O art. 85, § 1º, dispõe expressamente que são devidos honorários “nos recursos interpostos, cumulativamente”.

Com efeito, tendo sido a parte autora vencida na sentença e no julgamento deste recurso, há que se “majorar” a verba honorária, como dispõe o artigo 85, § 11, a fim de remunerar o advogado da parte vencedora pelo trabalho adicional desenvolvido na fase recursal.

Portanto, devem ser majorados os honorários de sucumbência para 12% sobre o valor atribuído à causa, de acordo com o art. 85, § 2º, do CPC/2015.

Face ao exposto, nega-se provimento ao recurso.

Honorários sucumbenciais recursais majorados para 12% sobre o valor da causa, na forma do artigo 85, § 11 c/c § 2º, do CPC/2015,

cuja exigibilidade fica suspensa em virtude da gratuidade de justiça deferida ao autor (art. 98, § 3º, do CPC/2015).

Rio de Janeiro, 24 de abril de 2018.

DES. MÔNICA MARIA COSTA
Relatora

AÇÃO INDENIZATÓRIA. COLETA E ARMAZENAMENTO DE CÉLULAS TRONCO DO CORDÃO UMBILICAL DE RECÉM-NASCIDO. ALEGAÇÃO DE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. NASCIMENTO PREMATURO DO BEBÊ. CIÊNCIA DA POSSIBILIDADE DE INSUCESSO NA FASE DE EXECUÇÃO DO PROCEDIMENTO. INCERTEZA DO SERVIÇO POR CONTA DE ESTÁGIO CIENTÍFICO. LEI CONSUMERISTA. ROMPIMENTO DE NEXO CAUSAL. RECURSO NEGADO.

CIVIL. CONSUMIDOR. SERVIÇO DE COLETA E ARMAZENAMENTO DE CÉLULAS-TRONCO. FALHA NA PRESTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. Ação indenizatória fundada na falha da prestação do serviço de coleta e armazenamento de células-tronco extraída do cordão umbilical de recém-nascido. A relação jurídica entre as partes é de consumo, motivo por que a responsabilidade civil do prestador de serviço possui natureza objetiva, da qual apenas se exime pela prova da inexistência de defeito no serviço ou culpa exclusiva do consumidor ou fato de terceiro. A prova nos autos revela que a coleta e o transporte do sangue do cordão umbilical foram regularmente realizados, certo que o armazenamento do material não foi possível em vista da reduzida quantidade de sangue e células-tronco extraídos do cordão, inferior ao nível exigido pela Agência Nacional de Vigilância Sa-

nitária. Os Autores imputam a inviabilidade do processamento e do armazenamento a erro na coleta, mas a impossibilidade de execução do contrato decorreu do nascimento prematuro do bebê como informa a prova pericial. A relação jurídica das partes envolve conhecimento científico sujeito a desenvolvimento, e sob esse aspecto sem dúvida a Ré atendeu aos ditames da política orientadora das relações de consumo, pois desde a celebração do negócio jurídico deixou claro todo o iter a seguir na fase de execução do contrato, inclusive quanto à possibilidade de insucesso no armazenamento da célula tronco. Manifesta, portanto, a compatibilidade entre o direito do consumidor e a incerteza do serviço por conta do estágio científico exigida no artigo 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor. Ausente à falha na prestação do serviço, inviável condenar a Ré na reparação dos danos morais postulados na inicial, porque rompido o nexo causal. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0289991-15.2011.8.19.0001, originários da 39ª Vara Cível da Comarca da Capital, em que figuram como Apelante B.T.F., L.C.T. e J.L.T.F., Apelada C.C.LTDA.,

Acordam os Desembargadores da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

B.T.F., L.C.T. e J.L.T.F. movem ação indenizatória contra C.C.LTDA. porque contrataram a Ré para coletar e armazenar células-tronco do cordão umbilical da nascitura 3ª Autora, filha dos 1º e 2º Autores, mas ela falhou na sua atividade ao extrair material insuficiente, impossível de ser guardado. O comportamento da Ré causou danos morais nos

Autores, cujas reparações postulam.

A contestação nega falha na prestação do serviço e os danos, certo que volume coletado se relaciona com aspectos biológicos da recém-nascida.

A sentença de f. 350/354 (pasta 374) julgou improcedente o pedido.

Na apelação de f. 364/379 (pasta 388), os Autores reiteram a ocorrência de defeito do serviço e dos danos morais, motivo por que requerem a reforma da sentença para julgar procedente o pedido.

Sem contrarrazões conforme certidão publicada no sítio de consulta processual eletrônica desta Alta Corte.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Voto

Ação indenizatória fundada na falha da prestação do serviço de coleta e armazenamento de células-tronco de recém-nascido.

A relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo, motivo por que a responsabilidade civil da Apelada possui natureza objetiva, da qual apenas se exime pela prova da inexistência de defeito no serviço ou culpa exclusiva do consumidor ou fato de terceiro, como disciplina o artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

Conforme a prova produzida nos autos, em especial a perícia de f. 307/317 (pasta 327), a coleta e o transporte do sangue do cordão umbilical da recém-nascida foram regularmente realizados, mas se tornou inviável armaze-

nar o material por conta da reduzida quantidade de sangue e células tronco extraídos do cordão (31,8 ml com 360,3 milhões de células viáveis), abaixo do nível exigido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa (70 ml de sangue e mais de 500 milhões de células-tronco).

Os Apelantes imputam a inviabilidade do processamento e do armazenamento a erro na coleta, mas a impossibilidade de execução do contrato não decorreu do alegado defeito no serviço prestado pela Apelada, e sim do fato de o bebê ter nascido prematuramente, com apenas 34 (trinta e quatro) semanas, conforme esclarece o laudo pericial.

A informação prestada aos Apelantes no sentido de que a coleta havia sido “viável” em nada altera essa conclusão, pois a afirmação a diz respeito exclusivamente à extração do material do cordão umbilical, sem qualquer referência à quantidade de sangue coletada ou sua viabilidade para armazenar, o que somente é possível verificar após os exames laboratoriais, conforme cláusula 3.1.4 do contrato de prestação de serviços (f. 15, pasta 14).

Além disso, de acordo com essa mesma cláusula, os Apelantes tinham ciência da possibilidade de o sangue do recém-nascido não ser processado e armazenado se por acaso o volume e a concentração do material fossem menores do que os indicados pela ANVISA, como de fato ocorreu.

Por outro lado, vale acrescentar que o artigo 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor prevê como política orientadora a “harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico,... sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

Ora, na hipótese dos autos se aplica o referido princípio, uma vez que o ajuste das partes consubstancia novidade ainda em franco desenvolvimento científico, com grandes perspectivas de avanço tecnológico.

Sob esse aspecto, a conduta da Apelada atendeu à intenção da norma, pois desde a celebração do negócio jurídico deixou claro todo o iter a seguir na fase de execução do contrato, inclusive quanto à possibilidade de insucesso no armazenamento da célula tronco.

Manifesta, portanto, a compatibilidade entre o direito do consumidor e a incerteza do serviço por conta do estágio científico exigida na lei consumerista.

Para surgir o dever de indenizar, indispensável à presença dos elementos basilares da responsabilidade civil, a conduta, o nexo causal e o dano.

O conjunto probatório dos autos demonstra a total inexistência de falha no serviço prestado pela Apelada, de modo que inviável condená-la a reparar os danos morais postulados pelos Apelantes, pois rompido o nexo causal.

Nestes termos, nega-se provimento ao recurso e majoram-se os honorários de advogado para 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

Rio de Janeiro, 20 de março de 2018.

DES. HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE FIGUEIRA
Relator

AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. EXUMAÇÃO DE FILHO EM CEMITÉRIO ANTES DA DATA AGENDADAÇ. RESTOS MORTAIS NUNCA LOCALIZADOS. MAJORAÇÃO DA IN-

DENIZAÇÃO. OBSERVÂNCIA DA RAZOABILIDADE E DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. MODIFICAÇÃO DOS PARÂMETROS DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

Apelação cível. Ação indenizatória. O filho dos autores foi sepultado no cemitério municipal tanque do anil, administrado pelo réu. O primeiro autor compareceu ao cemitério e agendou a exumação, contudo, na data marcada, foram informados de que a exumação já havia ocorrido e que foi feito o sepultamento de outra pessoa no local. Os restos mortais do filho dos demandantes nunca foram localizados. Dano moral. Indenização arbitrada na quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada um dos autores, contra a qual ambas as partes se insurgiram. Considerando-se a gravidade dos fatos e as consequências lesivas havidas, a indenização deve ser majorada para o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), para cada um dos autores, em observância aos parâmetros impostos pelos princípios da razoabilidade e da vedação ao enriquecimento sem causa. Precedentes desta egrégia corte estadual de justiça. Juros de mora e correção monetária. Declaração de Inconstitucionalidade pelo Excelso Supremo Tribunal Federal Recurso Extraordinário nº 870.947 com repercussão geral. Os juros de mora deverão ser calculados na forma do artigo 1º - f, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela lei nº 11.960/2009. A correção monetária observará o IPCA-E. Recurso dos autores ao qual se dá provimento para majorar a indenização por dano moral. Recurso do réu ao qual se dá parcial provimento para modificar os parâmetros de juros e correção monetária.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 2227289-36.2011.8.19.0021, em que são apelantes 1

Ruy de Souza Macedo e Marluce de Oliveira Macedo, é apelante 2 Município de Duque de Caxias e apelados os Mesmos.

Acordam os Desembargadores da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar provimento ao primeiro recurso e dar parcial provimento ao segundo recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Trata-se de ação proposta por Ruy de Souza Macedo e Marluce de Oliveira Macedo em face de Município de Duque De Caxias.

Adoto, na forma regimental, o relatório da sentença proferida a f. 98/100 (e.doc 103), nos seguintes termos:

“Trata-se de ação de Indenização por Danos Morais e Restituição do Valor proposta por Ruy de Souza Macedo e Marluce de Oliveira Macedo em face do Município de Duque de Caxias, alegando que são genitores de Jonathan de Oliveira Macedo, falecido em 03/08/2008, tendo sido sepultado no Cemitério Municipal Tanque do Anil, administrado pelo Município, sepultura nº 787, quadra 08, mas a exumação dos restos mortais, agendada para 20/09/2011, com pagamento da taxa de R\$ 165,85, não se realizou, eis que, no local, outro corpo fora sepultado desde 06/09/2011. O Coveiro que realizou a exumação lembrou-se do fato, tendo em vista que seu filho foi enterrado com o uniforme completo do Flamengo e bandeira. Requer a procedência do pedido para que o valor seja reembolsado, em dobro, sendo compensados os danos morais no valor correspondente a sessenta salários mínimos. Contestação a f. 36/43, aduzindo que os Autores não juntam provas de suas alegações, sendo que o prazo de exumação é de três anos, o qual foi comunicado na data do enterro, tendo o prazo sido expirado, em 04/08/2011, ou seja, a exumação ocorreu no tempo legal permitido. Por outro

lado, o sepultamento em cova rasa, tem prazo de ocupação pré-determinado. Impugna os documentos, constando no referido documento a responsabilidade dos requerentes de solicitarem a renovação até trinta dias, antes do vencimento do período de aluguel, tendo sido os ossos encaminhados ao denominado ‘ossário geral’, requerendo a improcedência do pedido.

Réplica A f. 50/59, mantendo-se a lide inalterada.

Manifestação do Ministério Público a f. 65/67 sobre seu desinteresse no feito.

Deferidas as provas na decisão a f. 68, realizou a Audiência a f. 93/94, ocasião em que foram ouvidas duas testemunhas arroladas pelos Autores, vindo os autos conclusos para sentença.”

A referida sentença tem o seguinte dispositivo:

“Pelo Exposto, Julgo Procedentes os pedidos dos Autores, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC. Condene o Réu a pagar a quantia de R\$ 10.000,00, a cada um dos Autores, para compensar os danos morais experimentados pelos mesmos, com juros de 1 % ao mês, desde a data da citação e correção monetária, desde a data da sentença. Condene o Réu a reembolsar aos autores a quantia de R\$ 165,85, com juros e correção monetária desde 15/09/2011, data do pagamento da taxa. Condene o Réu no pagamento dos honorários advocatícios de 10 % sobre o valor da condenação atualizado, no entanto, deixo de condená-lo no pagamento das custas processuais, tendo em vista a isenção prevista no art. 17, IX, da Lei nº 3.350/90.”

Apelação dos autores a f. 102/111 (e.doc 108), que reeditaram os fatos narrados na petição inicial e pugnaram pela majoração da indenização por danos morais.

Apelação do réu a f. 112/118 (e.doc 118),

que se insurgiu em relação ao valor arbitrado a título de indenização por danos morais. Alegou que, em relação aos juros, deveria ser aplicado o artigo 1º- F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09. Sustentou que os juros e a correção monetária dos danos morais deveriam incidir a partir da sentença. Requereu a redução da indenização por danos morais e a modificação dos juros e correção monetária da verba indenizatória.

Contrarrazões dos autores a f. 121/126 (e.doc 127).

É o relatório.

Voto

A controvérsia recursal cinge-se ao *quantum* arbitrado pelo juízo de origem a título de indenização por danos morais, na quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada um dos autores, contra o qual ambas as partes se insurgiram, e aos critérios de cálculo de juros e correção monetária, que foram impugnados pela municipalidade.

A fixação da verba pelo dano moral orienta-se pelo princípio da razoabilidade à luz do exame das peculiaridades do caso concreto, caso em que ao juiz não se impõe padrão rígido de atuação, conferindo-se a ele ampla liberdade. Desse modo, o órgão revisor deve modificar o que foi decidido apenas se desatendido aquele parâmetro.

Portanto, a indenização do dano moral deve ser fixada de acordo com os parâmetros impostos pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que se atenda ao caráter preventivo-pedagógico-punitivo da reparação, mas não se permita o enriquecimento sem causa.

Na hipótese dos autos, o filho dos autores

faleceu no dia 03/08/2008 e foi sepultado no Cemitério Municipal Tanque do Anil, administrado pelo réu. O primeiro autor compareceu ao Cemitério e a exumação foi agendada para o dia 20/09/2011, pelo que efetuou o pagamento das taxas respectivas.

Contudo, na data marcada, foram informados de que a exumação já havia ocorrido e que foi feito o sepultamento de outra pessoa no dia 06/09/2011, sendo que os restos mortais do falecido filho nunca foram localizados.

É imensurável a dor dos genitores em razão do desaparecimento dos restos mortais do filho dos autores, que foram privados prestar as últimas homenagens ao falecido.

Considerando-se a gravidade dos fatos e as consequências lesivas havidas, a quantia fixada pelo juízo *a quo* deve ser majorada para o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), para cada um dos autores, em observância aos parâmetros impostos pelos princípios da razoabilidade e da vedação ao enriquecimento sem causa, bem como à jurisprudência desta Egrégia Corte Estadual de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. SANTA CASA DE MISERICÓRDIA. RESTOS MORTAIS DESAPARECIDOS. DANO MORAL CONFIGURADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. - Insurge-se o réu pretendendo ilidir sua responsabilidade pelos fatos narrados na inicial, sustentando que o dano sofrido pelo autor decorre de exercício regular de direito, eis que em se tratando de sepultura temporária após o prazo de 3 anos pode promover a exumação de restos mortais. - Réu concessionária de serviço de cemitério, possui o dever de guarda de restos mortais e responde objetivamente pelos danos causados, na forma do art.37, § 6º, da Constituição Federal. - O réu

não logrou demonstrar qualquer causa excludente de sua responsabilidade, bem como a inexistência de falha na prestação do serviço. - Destarte, inequívoco o nexo causal entre a conduta do apelante e o dano sofrido pelo autor com o desaparecimento dos restos mortais de sua filha, configurando, assim, a responsabilidade do réu. - Dano moral caracterizado e fixado consoante parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade. Aplicação da S.343 do TJRJ. NEGATIVA DE PROVIMENTO AO RECURSO. (0001938-63.2013.8.19.0036 - APELAÇÃO - 1ª Ementa - Des. TEREZA CRISTINA SOBRAL BITTENCOURT SAMPAIO - Julgamento: 01/11/2017 - Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor).

INDENIZATÓRIA. DIREITO PÚBLICO. EXUMAÇÃO DOS RESTOS MORTAIS DA GENITORA DA AUTORA SEM A SUA PRESENÇA E FORA DO PRAZO FIXADO EM NORMA LOCAL. REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, COMPROVANDO QUE O MATERIAL ENTREGUE À DEMANDANTE NÃO SE REFERE À SUA MÃE. SITUAÇÃO QUE CAUSOU TRISTEZA E ABORRECIMENTOS, QUE DEVEM SER COMPENSADOS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL FIXADA EM R\$ 15.000,00. MANUTENÇÃO. - Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais, em razão do descumprimento do contrato para exumação dos restos mortais da genitora da postulante. - Sem que houvesse intimação ou notificação prévia consumou-se a exumação e os restos mortais foram colocados em sacos plásticos misturados com os de outras pessoas. - Perícia que constatou de forma inequívoca não serem da genitora os restos mortais entregues à autora. - Seria justificável o equívoco na antecipação da exumação dos restos mortais da genitora da autora, por uma interpretação imprecisa da norma local. No entanto, não é aceitável a postura daquele que é o guardião de fato e que deveria zelar pela inte-

gridade e guarda dos restos mortais da mãe da genitora, no local em que a mesma foi sepultada. - O sentido de dignidade, enquanto princípio básico do ordenamento jurídico constitucional, aproxima-se das noções de respeito à essência, às características e sentimentos que os familiares nutrem pela memória afetiva daqueles que faleceram. - Responsabilidade objetiva da municipalidade, na forma do artigo 37, § 6º da Constituição Federal. Conduta ilícita que impõe o dever de indenizar. Danos morais que ocorreram *in re ipsa*. RECURSOS AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO. (0009742-12.2010.8.19.0061 Apelação/Remessa Necessária - 1ª Ementa - Des. FLÁVIA ROMANO DE REZENDE - Julgamento: 30/08/2017 - Décima Sétima Câmara Cível)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. EXUMAÇÃO PRECOCE E DESAPARECIMENTO DOS RESTOS MORTAIS DA GENITORA DA AUTORA. FALHA EVIDENTE. APLICAÇÃO DO ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR INDENIZATÓRIO QUE MERECE SER MAJORADO. INOBSERVÂNCIA DAS PECULIARIDADES DO CASO. EXTENSÃO DO DANO QUE JUSTIFICA A MAJORAÇÃO. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. VERBA HONORÁRIA DE SUCUMBÊNCIA CORRETAMENTE FIXADA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. DESPROVIMENTO DO PRIMEIRO RECURSO E PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO AUTORAL. (0037657-81.2008.8.19.0004 - Apelação - 1ª Ementa - Des. LUIZ HENRIQUE OLIVEIRA MARQUES - Julgamento: 28/06/2017 - Décima Primeira Câmara Cível)

No que se refere aos juros de mora e à correção monetária, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI nº 4.357, declarou a inconstitucionalidade parcial e por arastamento do artigo 5º da Lei nº 11.960/2009, que modificou o artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/97.

Por consequência, assentou a inaplicabilidade dos índices ali previstos no tocante à correção monetária, mantida a eficácia do dispositivo relativamente ao cálculo dos juros de mora, com exceção de débitos oriundos de relação jurídico-tributária.

Tal entendimento foi reforçado quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947, em relação à atualização das dívidas da Fazenda Pública ainda não inscritas em precatório, consoante ementa abaixo transcrita:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, *CAPUT*). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da

Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado. 2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. 3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIW, N.G. *Macroeconomia*. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. *Macroeconomia*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. *Macroeconomia*. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29). 4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços. 5. Recurso extraordinário parcialmente provido.

Por ocasião do referido julgamento, o

Excelso Supremo Tribunal Federal fixou as seguintes teses, em sede de repercussão geral:

1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

Assim, os juros de mora deverão ser calculados na forma do artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, e devem incidir a partir da citação.

Já a correção monetária observará o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), que é o índice que melhor reflete a inflação acumulada do período, conforme entendimento consolidado do Colendo Superior Tribunal de Justiça - em relação ao reembolso da taxa de exumação, incidirá desde a data do desembolso; já no que tange ao dano moral,

deverá incidir da data do presente julgamento.

Ante todo o exposto, voto no sentido de se dar provimento ao recurso dos autores para majorar a indenização por dano moral para a quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para cada demandante e dar parcial provimento ao recurso do réu para modificar os parâmetros de juros e correção monetária, conforme acima especificado.

Advirta-se desde já, que eventual recurso interposto contra esta decisão estará sujeito a multa com fundamento no artigo 1.026, §2º, do Código de Processo Civil.

Rio de Janeiro, 27 de março de 2018.

DES. AUGUSTO ALVES MOREIRA JUNIOR
Relator

AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. NÃO REGULARIZAÇÃO NO PRAZO. EMENDA DA INICIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

Ação rescisória. Pretensão de desconstituir acórdão prolatado nos autos de ação civil pública. Inobservância à regra do litisconsórcio passivo necessário. Oportunização do prazo para a emenda da inicial, o autor quedou-se silente. Polo passivo do feito não regularizado. Indeferimento da demanda. Inteligência do art. art. 321, parágrafo único do CPC/2015. Jurisprudência deste Tribunal e do STJ. Extinção do processo sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, I do CPC/2015.

DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de ação rescisória ajuizada por

Jorge do Valle em face do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com fundamento no art. 485, IV, VII e VIII do Código de Processo Civil de 2015, na qual pretende o demandante a desconstituição de acórdão prolatado na 12ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, nos autos de Ação Civil Pública, processo nº 0096991-89.2007.8.19.0001.

Em decisão de f. 57/59 (index 57), foi determinada a emenda à inicial, no prazo de 15 dias, para regularização do polo passivo do feito, ante a inobservância à regra do litisconsórcio passivo necessário.

Consoante certidão de f. 61 (index 61), o autor quedou-se inerte acerca da determinação de f. 57/59 (index 57).

É o relatório. Passo a decidir.

A Ação Civil Pública originária, cujo julgado se busca rescindir, foi ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face do Estado do Rio de Janeiro, Paulo Gomes dos Santos Filho, Jorge do Valle, ora autor, Valdeir Dias Pinna e Sidnei Gomes Pio, tendo como causa de pedir ingresso fraudulento, sem concurso, de pessoa que sequer fez inscrição para o certame que visava o provimento de cargos para o Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro.

O acórdão rescindendo confirmou a condenação, dentre outros réus, do autor, às seguintes penas: perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por 03 (três) anos, pagamento de multa civil no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de três anos.

Considerando que o autor pertencia ao quadro funcional do ERJ, é certo que os efeitos

da decisão a ser aqui proferida repercutiriam diretamente na esfera jurídica da Fazenda Pública.

Nesse passo, tratando-se de litisconsórcio passivo necessário unitário, foi determinada a inclusão da pessoa jurídica de direito público na presente demanda.

Acerca do tema, NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY com maestria lecionam:

“4. Legitimidade passiva. Todos os partícipes da relação processual oriunda da ação matriz devem ser citados, como litisconsortes necessários, para a ação rescisória, porque o acórdão que será nela proferido atingirá a esfera jurídica de todos. Quanto ao juízo rescindendo, o litisconsórcio passivo é unitário, pois o tribunal manterá ou rescindirá a decisão, atingindo a todos, indistintamente, de maneira uniforme; quanto ao juízo rescisório, o litisconsórcio passivo pode ser simples ou unitário, pois o tribunal rejudgará a lide dependendo da maneira como deduzida na petição inicial da ação rescisória”. (“Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante”, Ed. Revista dos Tribunais, 7ª edição, p. 838).

E ALEXANDRE FREITAS CÂMARA acrescenta:

“De outro lado, a legitimidade passiva para a demanda rescisória é de todos aqueles que, tendo sido partes no processo original, não figurem como autores da ação rescisória. Isto pode levar, então, à existência de litisconsórcio necessário passivo, no processo da ação rescisória, entre pessoas que, no processo original, ocuparam posições antagônicas.

Basta pensar que, proposta a ação rescisória por um terceiro juridicamente interessa-

do, serão litisconsortes passivos necessários no processo da ação rescisória o autor e o réu da demanda original.” (**O Novo Processo Civil Brasileiro**, Ed. Gen Atlas, 1ª edição, p. 470/471).

Como se vê, em regra, a legitimidade passiva para a ação rescisória é de todos aqueles que foram partes no processo original, mas que não figuraram como autores na demanda rescisória.

Na hipótese vertente a decisão rescindenda comportaria rescisão subjetivamente parcial, apenas no que tange ao autor, razão pela qual só seria necessária a inclusão do ente fazendário.

Resta evidente, destarte, a necessidade de inclusão do ERJ no polo passivo do feito.

Ocorre que, como se vê da certidão de f. 61 (index 61), oportunizado prazo de 15 dias para a emenda da inicial, o autor ficou-se silente, deixando de sanar a irregularidade da demanda.

Impõe-se, *in casu*, o indeferimento da inicial, consoante previsão no art. 321, parágrafo único do CPC/2015, *in verbis*:

Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

A jurisprudência deste Tribunal de Justiça segue a mesma linha de raciocínio. Confirmam-se as ementas:

0046654-65.2008.8.19.0000. AÇÃO RESCISÓRIA. REL. DES. MIGUEL ÂNGELO BARROS - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ÓRGÃO ESPECIAL.

Ação rescisória. Observância de ser caso de litisconsórcio passivo necessário, visto que a lide primitiva foi demandada pelo casal. Necessidade de emenda da inicial. Não atendimento. A prova do trânsito em julgado do aresto rescindendo é, por lei, obrigatória, mas sua falta não provoca, desde logo, a carência da ação, devendo, o Relator, determinar que, no prazo do art. 284 do CPC, seja feita, a mesma, pelo autor. Assim foi feito, nos autos. E, tendo o requerente descumprido mais uma vez, o apontado requisito do art. 485 da lei processual civil, não sendo possível, pelos elementos dos autos, deduzir-se a tempestividade da propositura da ação, o resultado há de ser a declaração da carência acionária, nos termos do art. 267, VI. Decisão pela extinção do processo, sem exame de mérito, que se profere, nas circunstâncias, o que leva ao arquivamento do processo.

0027587-41.2013.8.19.0000 - Ação Rescisória - 1ª Ementa - Des(a). PEDRO FREIRE RAGUENET - Julgamento: 08/07/2013 - Vigésima Primeira Câmara Cível.

Ação Rescisória. Não cumprimento dos requisitos do artigo 282 e 283 do CPC. Determinação para emenda da inicial. Não atendimento nos termos regulares. Inépcia que se reconhece. Extinção do processo sem resolução do mérito. Precedente do E. STJ.

0010692-15.2012.8.19.0202 - Apelação - 1ª Ementa -Des(a). MARIO GUIMARÃES NETO - Julgamento: 27/05/2015 - Décima Segunda Câmara Cível.

Apelação cível. Indeferimento da petição inicial. Litisconsórcio passivo necessário.

Descumprimento da decisão que determinou a emenda da inicial a fim de que fossem incluídas no polo passivo todas as pessoas constantes do RGI. Artigo 557, *caput*, do CPC. Negativa e seguimento ao recurso.

0010770-28.2015.8.19.0000 - Mandado de Segurança - 1ª Ementa - Des(a). CHE-RUBIN HELCIAS SCHWARTZ JÚNIOR -Julgamento: 05/05/2015 - Décima Segunda Câmara Cível Mandado de segurança originário. Emenda a inicial. Não atendimento. Indeferimento da inicial. Extinção. Na espécie, cuida-se de *writ* impetrado face a autoridade que teria praticado ato supostamente ilegal consistente na alteração da ordem de colocação de concurso público. Eventual concessão da segurança que é apta a atingir esfera jurídica de terceiro. Litisconsórcio necessário. Determinação de emenda da inicial. Não atendimento. Indeferimento da inicial. Inteligência dos artigos 267, I, c/c 284, parágrafo único, ambos do CPC. Extinção do processo sem resolução do mérito.

0325528-09.2010.8.19.0001 - Apelação - 1ª Ementa Des(a). MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO - Julgamento: 30/07/2013 - Primeira Câmara Cível

Indeferimento da petição inicial. Ação declaratória em que se pretende a decretação de nulidade do registro comercial de alteração contratual, com base na alegação de fraude. Litisconsórcio passivo necessário. Descumprimento da decisão que determinou a emenda da inicial a fim de que fossem incluídas no polo passivo todas as pessoas envolvidas na fraude. A regularização da alteração o contrato social repercutirá na esfera jurídica de todos os envolvidos, e a sentença somente produzirá efeitos se proferida em face de todos os partícipes da relação jurídica material. Merece ser mantida a sentença que indeferiu a petição inicial com alicerce no artigo 284, parágrafo único,

do CPC diante da inércia do apelante, que não cumpriu a diligência determinada pelo Juízo *a quo*, deixando de sanar a irregularidade que impedia o julgamento de mérito. Nega-se provimento à apelação, e declara-se prejudicado o agravo retido.

Nesse sentido a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça, ora reproduzida:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. EXTINÇÃO. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 284 DO CPC. OPORTUNIDADE DE EMENDA. OBRIGATORIEDADE. Pacífico é o entendimento sobre obrigatoriedade de o juiz conceder ao autor prazo para que emende a inicial e, somente se não suprida a falha, é que poderá o juiz decretar a extinção do processo.

Ademais, ofende o art. 284 do CPC o acórdão que declara extinto o processo, por deficiência da petição inicial, sem intimar o autor, dando-lhe oportunidade para suprir a falha. Recurso provido.

(REsp 617.629/MG, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2005, DJ 18/04/2005, p. 372)

AGRAVO REGIMENTAL. INDEFERIMENTO LIMINAR DE PETIÇÃO INICIAL DE AÇÃO RESCISÓRIA PELO JUÍZO MONOCRÁTICO DO RELATOR. INÉPCIA. RECURSO IMPROVIDO.

Cabe agravo regimental da decisão do relator que indefere liminarmente a inicial processo da competência originária do STJ. Art. 258, do RISTJ. O recorrente não logrou demonstrar a aptidão da peça vestibular da ação rescisória nem da emenda a inicial. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg na AR 2.938/TO, Rel. Ministro PAULO MEDINA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2004, DJ 05/04/2004, p. 198)

Ante o exposto, com fundamento no art. 321, parágrafo único do CPC/2015, indefiro a inicial, julgando extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, I do CPC/2015.

Condeno o autor ao pagamento das custas processuais, devendo ser observado, no entanto, os benefícios da gratuidade de justiça que ora concedo ao demandante.

Rio de Janeiro, 05 de abril de 2018.

DES. CLAUDIA TELLES
Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MUNICÍPIO DE ITATIAIA. CIRCULAÇÃO DE QUADRICICLOS NO TRÂNSITO. NECESSIDADE DE PLACA NO VEÍCULO. OBSERVÂNCIA À RESOLUÇÃO DO CONTRAN. ALEGAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE EMPLACAMENTO SEGUNDO O FABRICANTE. JUSTIFICATIVA INSUFICIENTE. RECURSO DESPROVIDO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO - RESOLUÇÃO CONTRAN - CIRCULAÇÃO DE QUADRICICLOS NO TRÂNSITO - NECESSIDADE DE EMPLACAMENTO - VEÍCULOS APREENHIDOS - LEGÍTIMA ATUAÇÃO DE FISCALIZAÇÃO DO MUNICÍPIO - TUTELA ANTECIPADA OBJETIVANDO A LIBERAÇÃO - INDEFERIMENTO.

- Preliminar de nulidade que se afasta por ausência de prejuízo à defesa do recorrente. “

- “Somente a nulidade que sacrifica os fins da justiça é que deve ser declarada, baseada no princípio *pas des nullités sans grief*.” Precedentes do Superior Tribunal de

Justiça.

- **Normas de segurança no trânsito que devem prevalecer, não tendo restado evidenciada a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*).**

- **Ausência dos requisitos do artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015, necessários à concessão da tutela de urgência.**

- **Recurso conhecido e desprovido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0052998-47.2017.8.19.0000 em que é Agravante Agência de Passeio de Quadriciclos Águia de Penedo Ltda-Me e Agravada Município de Itaitiaia,

Acordam os Desembargadores da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos em conhecer e negar provimento ao recurso nos termos do voto do Desembargador Relator.

Cuida a hipótese de Agravo de Instrumento interposto contra a decisão que acolheu em parte os Embargos de Declaração e reconsiderou decisão anterior para determinar a Autora, aqui Agravante, que se enquadre aos termos da Resolução CONTRAN nº 575/15, bem como as demais normas para circulação de veículos no trânsito, para continuidade do exercício da referida atividade empresarial, com o devido emplacamento dos veículos.

Sustenta a Agravante, em preliminar, a nulidade da decisão agravada por ofensa ao disposto no § 2º. do artigo 1023 do Código de Processo Civil eis que não teve oportunidade de contrarrazoar os embargos de declaração. No mérito alega que, além de não lhe ter sido conferido o direito à ampla defesa e ao contraditório ao interditar o estabelecimento a pretexto de supostamente não cumprir o estabelecido pela Res. 573 do CONTRAN, não seria exigível a sua adequação ao referido ato normativo porque não é necessário emplacar

os quadriciclos Honda TRX 420 Fourtrax.

Pugna assim pelo provimento do Agravo, com a revogação da decisão agravada, restabelecendo-se os efeitos das decisões de f. 150, 210/211 proferidas anteriormente no sentido de determinar a abstenção da apreensão dos veículos irregulares.

Foi indeferido o efeito suspensivo (f. 21).

Foram prestadas as Informações (f. 29/30) pelo Juízo de 1º grau informando que manteve a decisão por seus próprios fundamentos.

Não foram apresentadas as contrarrazões conforme certificado a f. 31.

A Procuradoria de Justiça (f. 33/37) opina no sentido de que seja acolhida a preliminar de cerceamento de defesa arguida pela agravante, com a anulação da decisão ou, caso assim não se entenda, opina, no mérito, pelo desprovidimento do agravo interposto.

É o relatório.

Voto

Diante da presença dos requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, merece ser conhecido o presente recurso.

Não merece acolhida a preliminar de nulidade da decisão agravada por ofensa ao disposto no § 2º. do artigo 1023 do Código de Processo Civil.

Há inclusive entendimento doutrinário no sentido de ser desnecessário contraditório em sede de embargos de declaração porque

“nesse caso não haverá a alegação de uma nova matéria no processo, mas tão somente o pedido de saneamento de omissão de uma matéria já alegada e, presumidamente, já

impugnada pela parte contrária. O embargante somente aponta matéria já alegada anteriormente, não havendo razão para abrir prazo para o embargado ser ouvido para repetir a impugnação também realizada anteriormente. Ainda que o provimento dos embargos de declaração nesse caso possa reformar a decisão impugnada, não se tratando de matéria nova no processo, entendo ser dispensável o contraditório.”

Neves, Daniel Amorim Assunção. **Novo Código de Processo Civil Comentado** - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, P.1718

O fato de não ter sido o Embargado, ora Agravante, intimado para apresentar contrarrazões aos Embargos de Declaração opostos não trouxe prejuízo algum para sua defesa eis que interpôs o presente Agravo.

Registre-se que comunicado ao juízo a quo sobre este recurso, mesmo tomando conhecimento de seus argumentos, manteve a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Eventual nulidade quanto à ausência de intimação somente seria declarada se efetivamente demonstrado o prejuízo, o que não ocorreu.

Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CARGA HORÁRIA SEMANAL. TRIBUNAL DE ORIGEM. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. REDISCUSSÃO DA CONTROVÉRSIA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS NÃO PROVIDOS. NULIDADE PROCESSUAL E AUSÊNCIA DE PREJUÍZO 1. Esclareça-se que o STJ já firmou o entendimento de que somente a nulidade que sacrifica os fins da justiça é que deve ser declarada, baseada no princípio

pas des nullités sans grief.

2. Assim, eventual nulidade quanto à ausência de intimação da decisão que converteu o Agravo em Recurso Especial somente seria declarada se efetivamente demonstrado o prejuízo.

3. Enfim, “só produz nulidade quando demonstrado evidente prejuízo para uma das partes” (EDcl no AgRg no REsp 724.059/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, DJ 3.4.2006, p. 252). Nesse sentido: AgRg na MC 25.519/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 8/3/2016, AgRg no REsp 1.435.627/BA, Rel. MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe 14/11/2014, e AgRg no REsp 1.336.055/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 14/8/2014.

(...)

(EDcl no REsp 1.642.727/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 20/06/2017)

No mérito, deve ser mantida a decisão agravada que resguarda as normas de segurança no trânsito.

Conforme acentuado no parecer

Da leitura das decisões acima, vê-se que com acerto entendeu o magistrado *a quo* ao considerar legítima a atuação de fiscalização do Município e a conseqüente apreensão. Como informou o Município nos embargos (não havendo elementos nestes autos que demonstrem o contrário), os veículos teriam sido apreendidos por razões outras. Ademais, como ressaltado na decisão, “verifica-se pelas guias de recolhimento e autos de infração (f. 206/209) que referidos documentos foram lavrados pelo Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro, ato este alheio ao ente municipal ora réu”.

Parece-nos, no entanto, que a determinação contida na decisão, para que se enquadre aos termos da Resolução CONTRAN nº 573/15, com o devido emplantamento dos veículos, contradiz o que consta nas demais decisões, em que se observou a necessidade de notificação da ora agravante, pela administração, para tal exigência. Ao menos nestes autos, não foi possível verificar se tal notificação, efetivamente, se deu.

Observa-se, todavia, que nas informações do juízo (doc. 28), consta que “a parte autora oferecera petição informando que foi publicado o decreto municipal nº 2.888/17 no dia 05/09/2017, dispondo que a atividade de exploração de passeios de quadriciclo teria 90 dias para se adequar à Resolução nº 573/2015 do CONTRAN. Contudo, no dia 15/09/2017 novamente o réu teria apreendido os quadriciclos por inobservância das regras da Resolução nº 573/2015 do CONTRAN, f. 232/234” (f. 30).

Em outro viés, entendemos não haver elementos suficientes para analisar o argumento da agravante de que a fabricante dos quadriciclos Honda informou ser inexigível o emplantamento, não se aplicando a Resolução nº 573/15 do CONTRAN. Com efeito, soa-nos razoável a consideração do juízo *a quo* no sentido de que tal assertiva não seja justificativa suficiente, ao menos por ora, a embasar o descumprimento da Resolução, não havendo qualquer manifestação do Órgão Público competente sobre o tema. Deve prevalecer, portanto, a cautela, a fim de que se observem as normas de segurança no trânsito.

Portanto, ao que tudo indica, em uma análise perfunctória os elementos trazidos a estes autos, própria do recurso em questão, não ficou evidenciada a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*), necessária à concessão da antecipação de tutela (CPC, art. 300, *caput*). (f. 36/37)

Diante dessas considerações, voto pelo

conhecimento e desprovimento do recurso.

Rio de Janeiro, 11 de abril de 2018.

DES. CAETANO E. DA FONSECA COSTA
Relator

CONTRATO DE SEGURO PRESTAMISTA. FALECIMENTO DO SEGU-RADO. PAGAMENTO DE DÍVIDA DE EMPRÉSTIMO. ALEGAÇÃO DE DES-CONHECIMENTO DO CONTRATANTE. FINALIDADE DIVERSA DO SEGURO DE VIDA. BENEFICIÁRIA NÃO COM-PROVOU O DIREITO ALEGADO. RE-CURSO IMPROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CO-BRANÇA. SEGURO PRESTAMISTA. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO IMPRO-VIDO.

1- Ação de cobrança de seguro presta-mista ajuizada por herdeira do falecido.

2- O seguro prestamista é importante garantia para desenvolvimento do crédito, cuja finalidade é, no caso de falecimento do segurado, garantir a liquidação do saldo devedor do contrato de empréstimo pactuado junto à empresa estipulante.

3- Inexistência de prova de que o falecido foi induzido a erro quanto à verdadeira finalidade do seguro.

4- Restou comprovado que, em razão do falecimento, a indenização securitária foi usada pelo banco para pagamento de dívida de empréstimo.

5- Improcedência mantida.

6- Recurso conhecido e improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível o Processo nº 0057620-73.2016.8.19.0205, onde é apelante Helena do Espírito Santo Tâbara, sendo apelados Itaú Seguros S.A. e outro,

Acordam os integrantes desta Quarta Câmara Cível, em sessão realizada nesta data e por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao apelo, nos termos do voto do Sr. Relator.

Helena do Espírito Santo Tábara ajuizou ação de cobrança em face do Itaú Seguros S.A. e Marcep Corretagem de Seguros S.A, alegando ser única herdeira de seu filho, Eduardo Tábara da Cunha. Narra que, após seu falecimento, tomou conhecimento de duas apólices de seguro de vida, tendo as rés encerrado o processo administrativo sem pagar nada a autora.

Após regular processamento o feito culminou com a r. sentença de f. 173/174, peça nº 173 que julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que se tratava de seguro prestamista, destinado a cobrir saldo devedor de financiamentos, que inexistia na data do óbito.

Apelou a autora na peça eletrônica 184, asseverando a aplicabilidade do digesto consumerista. Salienta que o falecido contratou sem distinguir qual serviço estava sendo ofertado.

Certidão de tempestividade e deferimento de gratuidade de justiça na peça nº 193.

Contrarrazões na peça eletrônica nº 198.

Voto

Trata-se de ação de cobrança de contrato de seguro prestamista.

O seguro prestamista é importante instrumento de facilitação do crédito para quem não pode oferecer outras garantias, pois tem a finalidade de, no caso de falecimento, morte, invalidez ou até mesmo desemprego involuntário do segurado, garantir a liquidação do saldo devedor de contrato de empréstimo pactuado junto à empresa estipulante. A propósito, ob-

serve-se que o destino do seguro era a quitação total ou parcial de dívida de crediário (f. 20).

Não há provas, mesmo se aplicando ao caso o Código do Consumidor, que o falecido tenha sido induzido a erro quanto à finalidade do seguro.

Os apelados trouxeram aos autos o contrato, cuja cláusula 1ª assim dispõe:

1. OBJETIVO DO SEGURO

Respeitadas as condições contratuais, este seguro garante ao beneficiário o pagamento de indenização correspondente ao saldo devedor do LIS na data do sinistro, em caso de ocorrência de evento, coberto pelas garantias contratadas, envolvendo o segurado que estiver utilizando o LIS., ainda que contratado o seguro, a não utilização do LIS durante o mês não gera cobrança do prêmio no mês, não havendo, conseqüentemente, pagamento de indenização em caso de sinistro neste período, tendo em vista a ausência de saldo devedor.

Nessa direção, como consta do resumo de f. 52, a dívida garantida pelo seguro foi paga ao banco. Era esse o destino da indenização.

Ao que tudo indica, a autora nutriu a falsa impressão de que seria beneficiária de um seguro de vida comum, em que o segurado contrata para dar suporte ao beneficiário em caso de sua morte. Nestes casos, sim, o valor apontado na apólice é integralmente destinado ao(s) beneficiário(s).

Diante do que nele consta, está claro que não se trata dessa modalidade de seguro o contrato alvo da presente ação, e, portanto, não há direito a ser reclamado, pois o seguro servia para apenas a quitação das parcelas vincendas até o limite ali estipulado.

Desta forma, o demandante não logrou

êxito em comprovar minimamente o fato constitutivo do direito alegado, no sentido de que houve vício no instrumento de empréstimo celebrado com a ré, a justificar uma revisão contratual, consoante a regra do artigo 373, inciso I, do novo Código de Processo Civil, veja-se:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; (...).”

Em resumo, o seguro cobriria apenas eventual saldo devedor de empréstimo ou financiamento devido pelo falecido, o que foi feito, conforme explicado na contestação, às f. 51/52.

Por tais fundamentos, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 25 de abril de 2018.

DES. ANTÔNIO ILOÍZIO BARROS BASTOS
Relator

DIREITO ADMINISTRATIVO. INCONFORMISMO COM INDEFERIMENTO PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÃO. MODALIDADE CARTA-CONVITE. NÃO OCORRÊNCIA DO CERTAME LICITATÓRIO. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL. DESISTÊNCIA DO RECURSO. DESNECESSIDADE DE ANUÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA.

EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INDEFERIMENTO DE LIMINAR PARA PERMITIR A PARTICIPAÇÃO DA PARTE AUTORA EM CERTAME LICITATÓRIO, NA MODALIDADE CARTA-CONVITE. DESISTÊNCIA DO RECURSO. DESNECESSIDADE DE ANUÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA. RECURSO PREJUDICADO.

DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Vinil Serviços e Manutenção de Caldeiraria LTDA em face da decisão proferida pelo Juízo da 36ª Vara Cível da Comarca da Capital, que indeferiu liminar para permitir a participação da parte autora em certame licitatório, na modalidade Carta-Convite tombado sob o nº 005.8.051.18.0 (f. 70/89), a ser realizado pela Agravada, PETROBRAS TRANSPORTE S.A. TRANSPETRO.

Requer seja atribuído efeito suspensivo ativo ao presente recurso, deferindo o pleito liminar originariamente almejado para determinar a suspensão do certame, até que se dê regular e ampla publicidade ao instrumento convocatório, mediante a afixação em local apropriado e a sua disponibilização aos interessados, e ainda, que seja compelida a Agravada a encaminhar convite a Agravante, a incluindo no rol de empresas convidadas a participar do certame licitatório, concedendo-lhe prazo para apresentação de proposta e documentos.

Sustenta, em suma, os seguintes argumentos: (i) a Agravante é a atual contratada da Agravada para prestação dos serviços de manutenção complementar e manutenção de aparelhos de refrigeração no Terminal de Campos Eliseos, Terminais e Estações Adjacentes, nos termos do contrato nº 4600010755 celebrado em 07/02/2014, que findou em 08/02/2017 (f. 33/64), e foi prorrogado por diversas vezes, sendo a última prorrogação realizada no dia 19/03/2018 pelo prazo de 45 (quarenta e cinco dias) (f. 128/137); (ii) a Agravante, possuía a expectativa de participar da licitação, que seria realizada em 15/03/2018 através da modalidade Carta-Convite nº 005.8.051.18.0 (f. 70/89), para definir quem responderá pela prestação dos referidos serviços nos próximos anos, no entanto, para sua surpresa, não foi convidada a participar, vindo a tomar conhecimento do cer-

tame em virtude de visitas técnicas realizadas por outras empresas interessadas aos locais da prestação de serviço; (iii) surpreendida pela ausência do aludido convite, à míngua de qualquer óbice que impeça a Agravante de contratar com a Agravada, tampouco participar do certame, em data de 08/03/2018 questionou-a por e-mail, em 12/03/2018 formalizou correspondência e protocolou reiterando ainda por e-mail, e por fim, em 13/03/2018, através de nova correspondência suplicou a Agravada pela oportunidade de participar da licitação. Em resposta, a Agravada afirmou que “Um dos critérios básicos para selecionar empresas para participar de certames licitatórios na Transpetro, é estar com o CRCC válido na família de serviços selecionada, à época da instauração do processo. Essa avaliação é feita exclusivamente pela Gerência de Contratação da Transpetro e, a época, a Vinil não atendia integralmente tais requisitos.”; (iv) a Agravante possui o cadastro do Certificado de Registro e Classificação Cadastral - CRCC devidamente validado, cujo GRI é baixo, ou seja, sob o jargão de “bandeira verde”, demonstrando total atendimento aos critérios exigidos pela Agravada, sendo que a Agravada mensalmente atesta que a Agravante tem executado os serviços contratados com excelência durante a vigência contratual, honrando regularmente com todas as exigibilidades contratuais impostas, conforme é possível observar através dos já noticiados Boletins de Avaliação e Desempenho - BAD, emitidos pela Agravada que vincula Conceito E - Excelente, a Agravante. Afirma que o fato de a Agravada ter prorrogado o contrato com a Agravante denota que esta atende aos requisitos; (v) em 19/03/2018, a Agravante instou a Agravada no sentido de obter informações acerca do desfecho do referido certame licitatório para fins de desmobilização do seu pessoal (f. 126/127), e vindo a descobrir que o certame não ocorreu haja vista que somente 2 (dois) licitantes atenderam o convite, razão pela qual, nova data será marcada para a respectiva assentada; (vi) sintomaticamente, a Agravada solicitou a

contratação emergencial da Agravante, por 45 (quarenta e cinco) dias, para execução destes mesmos serviços licitados (f. 128/137), contudo não convida a Agravante para participar do certame licitatório, ainda que inexistir qualquer óbice para tanto; (vii) há que se assegurar a Agravante amplo acesso a Carta-Convite e demais documentos, ainda, com tempo razoável para que possa estudá-la e formular sua proposta, nos termos do disposto no artigo 22, § 3º, da Lei nº 8.666/93.

Indeferimento do efeito suspensivo (index nº 017).

Requerimento de desistência do recurso, ante a perda do objeto.

É o relatório. Passa-se a decidir.

Cuida-se de inconformismo manifestado em face de decisão que indeferiu liminar para permitir a participação da parte autora, ora agravante, em certame licitatório, na modalidade Carta-Convite tombado sob o nº 005.8.051.18.0 (f. 70/89), a ser realizado pela Agravada, PETROBRAS TRANSPORTE S.A. TRANSPETRO.

O recorrente manifesta-se nos autos, informando que desistiu do recurso.

A desistência do recurso produz efeitos desde logo, independentemente anuência da parte contrária e implica, nesta hipótese, a extinção do procedimento recursal.

Ante o exposto, tendo em vista a desistência manifestada, homologo a desistência e julgo prejudicado o agravo de instrumento.

Rio de Janeiro, 24 de abril de 2018.

DES. MARIO GUIMARÃES NETO
Relator

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO SOB A ÉGIDE DO NCP. JAZIGOS PERPÉTUOS. COBRANÇA DE TAXA DE MANUTENÇÃO. ILÍCITA E ABUSIVA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. RECURSOS NEGADO.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. JAZIGOS PERPÉTUOS. COBRANÇAS INDEVIDAS. O PONTO CENTRAL DA DEMANDA DIZ RESPEITO À RELAÇÃO EXCLUSIVA MANTIDA ENTRE AS PARTES, CONSISTENTE NA COBRANÇA DE TAXA DE MANUTENÇÃO PELA PARTE RÉ. DESTARTE, VÊ-SE QUE MERECE ACOLHIMENTO A PRETENSÃO DA PARTE AUTORA, DEVENDO-SE PRIVILEGIAR O FATO DE QUE SE DEPARA COM ATO JURÍDICO PERFEITO, NÃO PODENDO SER IGNORADO O DIREITO ADQUIRIDO DA PARTE AUTORA À CONCESSÃO PERPÉTUA NO CASO CONCRETO, RESSALTANDO-SE QUE A AQUISIÇÃO OCORREU EM 1903, 1932 E 1936, RESPECTIVAMENTE, DE FORMA ONEROSA, CONSTRUINDO-SE MAUSOLÉU E CAPELA, SEM ESTABELECIMENTO DE QUALQUER COBRANÇA, TAXA OU TARIFA, TENDO RAZÃO A PARTE AUTORA AO SALIENTAR O DISPOSTO NO DECRETO Nº 2.812/61, INEXISTINDO PREVISÃO LEGAL PARA COBRANÇA SOB DISCUSSÃO. COMO BEM RESSALTOU O JUÍZO A QUO, NÃO PODE SER IGNORADO O DISPOSTO NO ARTIGO 5º, INCISO XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, SENDO A MESMA, FUNDAMENTO DE VALIDADE E INFORMADORA DE TODA ATUAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL, ACRESCENTANDO-SE POR OUTRO LADO AS

CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM OS ATOS CELEBRADOS ENTRE AS PARTES, NOTADAMENTE SOB O ASPECTO TEMPORAL E A QUESTÃO DA SUCESSÃO DAS LEIS. SENTENÇA IRRETOCÁVEL. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0029419-04.2016.8.19.0001 em que é apelante: Consórcio Rio Pax S.A.; e apelados: Espólio de J.L.M.A.B. Rep/p/ E.G.A.B.N. e outros.

Acordam, os desembargadores que integram a 27ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão realizada no dia 11 de abril de 2018, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Na forma do permissivo regimental, adoto o relatório do Juízo sentenciante.

Trata-se de ação declaratória proposta por Espólio de J.L.M.A.B., J.E.A.B., P.M.A.B. e P.M.A.B., em face de Consorcio Rio Pax, pois, na petição inicial de f. 03/19, a parte autora se insurge contra cobrança de uma “taxa de manutenção”, manifestamente ilícita e abusiva, a qual vem sendo imposta pela parte ré que, se não paga, esta vem ameaçando remover restos mortais dos parentes dos autores, presentes nos seus jazigos perpétuos, localizados no Cemitério São João Batista, frisando-se que a parte ré é a nova concessionária do cemitério São João Batista, destacando-se que o primeiro autor é senhor de reputação ilibada, Desembargador aposentado, Ex-Corregedor do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o qual foi impedido por funcionários do Cemitério São João Batista de providenciar o reparo do tempo de mármore do túmulo de seu falecido filho, sob o argumento de que deveria regularizar o cadas-

tro dos jazigos e pagar a taxa de manutenção anual, repita-se, abusiva e ilícita, sendo no início do século XX outorgada aos ascendentes dos autores a concessão perpétua dos carneiros nº 5.429, 5.430, 5.461 e 5.462, localizados na Quadra Jardim 1º daquele cemitério e em 01/07/2014.

O Município do Rio de Janeiro celebrou contrato de concessão com o Consórcio Rio Pax, trazendo em sua cláusula 1.1, definição de serviços cemiteriais e funerários, mas desde que assumiu tal concessão, a parte ré vem cobrando taxa de manutenção de túmulos, mausoléus, carneiros, terrenos, nichos, condicionando-se a realização de qualquer serviço, tal como sepultamento, exumação, ao pagamento da referida taxa, pretendendo assim inclusive em sede de antecipação de tutela que a parte ré se abstenha de cobrar taxa ou tarifa de manutenção, relativas aos carneiros nº 5.429, 5.430, 5.461 e 5.462, confirmando-se a mesma ao final, declarando-se a ilegalidade e inexistência da cobrança de taxa ou tarifa de manutenção, relativas aos carneiros nº 5.429, 5.430, 5.461 e 5.462, promovida pela Rio Pax, permitindo-se à parte autora que usufrua de seu direito à concessão perpétua dos referidos jazigos, juntando os documentos de f. 20/1111.

Decisão a f. 1126/1128, indeferindo a antecipação da tutela.

Contestação a f. 1212/1227, com preliminar de litisconsórcio passivo necessário, pela ausência do Município do Rio de Janeiro no pólo passivo da presente demanda, e no mérito defende a improcedência do pedido, pois o Poder Judiciário não pode adentrar no mérito do ato administrativo produzido pelo Poder Executivo, em especial de ato administrativo vinculado ao processo da concorrência pública, frisando-se que a parte ré venceu concorrência pública, no processo administrativo licitatório de concorrência internacional, frisando-se que

direito à sepultura (*jus sepulchri*) consiste no direito de sepultar que é conferido a pessoa física (e seus sucessores) ou jurídicas por meio de contrato de concessão de uso especial do terreno, ou seja, trata-se de direito de uso com finalidade específica e terreno sepulcral concedido às famílias nos cemitérios públicos tem a natureza de concessão pública especial, portanto, não estão vinculadas as normas de direito privado, esclarecendo-se que perpetuidade adquirida se refere ao direito de uso sobre o sepulcro, sendo certo que a sepultura não se situa isolada do cemitério, lembrando-se que existe área comum do cemitério, e que a tarifa de manutenção é destinada exatamente à administração, manutenção e conservação do cemitério, bem como à remuneração dos serviços gerais prestados pela respectiva concessionária, sendo regular e lícita sua cobrança, juntando os documentos de f. 1228/1288.

Réplica a f. 1305/1322.

Despacho a f. 1384, recebendo habilitação dos herdeiros, diante do falecimento do primeiro autor.

Decisão a f. 1407, intimando-se a parte ré para integral cumprimento da tutela provisória concedida por decisão proferida em sede do agravo de instrumento nº 0029419-04.2016.8.19.000.

Informa a parte autora a f. 1451 que não pretende produção de outras provas, quedando-se inerte a parte ré, conforme certidão de f. 1453.

Sentença do Juízo a quo julgando procedente o pedido, na forma do inciso I do artigo 487 do CPC, declarando-se a ilegalidade da taxa ou tarifa de manutenção, devendo a parte ré se abster da referida cobrança, no que se refere aos carneiros nºs 5.429, 5.430, 5.461 e 5.462, fixando-se multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois

mil reais) para cada cobrança indevida efetuada em desrespeito ao ora determinado.

Condeno, ainda, a parte ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes no percentual de 10% sobre o valor da causa.

Inconformada, a ré interpôs recurso de apelação visível a f. 1497/1510, pugnando, em síntese, pelo provimento ao presente recurso, com o fim de julgar improcedente todos os pedidos contidos no requerimento inicial.

Contrarrazões do apelado a f. 1606/1622.

É o relatório.

Voto

Preambularmente, cabe esclarecer que o julgamento do presente recurso se ará sob as normas regidas pelo NCPC, tendo em vista que a publicação da decisão ora recorrida se deu após 17 de março de 2016, observando-se, portanto, a orientação prevista no enunciado administrativo de número 2 do STJ.

Encontram-se presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

A relação jurídica entre as partes é de consumo, sendo impositiva a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. A parte autora é destinatária final dos serviços fornecidos pela parte ré, mediante remuneração, no mercado de consumo.

Ressalta-se, ainda, que se tratando o presente caso de relação de consumo, deve ser adotada a Teoria do Risco do Empreendimento, incidindo a responsabilidade objetiva do réu.

Compulsando os autos, verifica-se que o ponto central da demanda diz respeito à relação

exclusiva mantida entre as partes, consistente na cobrança de taxa de manutenção pela parte ré.

Destarte, vê-se que merece acolhimento a pretensão da parte autora, devendo-se privilegiar o fato de que se depara com ato jurídico perfeito, não podendo ser ignorado o direito adquirido da parte autora à concessão perpétua no caso concreto, ressaltando-se que a aquisição ocorreu em 1903, 1932 e 1936, respectivamente, de forma onerosa, construindo-se mausoléu e capela, sem estabelecimento de qualquer cobrança, taxa ou tarifa, tendo razão a parte autora ao salientar o disposto no Decreto nº 2812/61, inexistindo previsão legal para cobrança sob discussão.

Como bem ressaltou o Juízo a quo, não pode ser ignorado o disposto no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, sendo a mesma, fundamento de validade e informadora de toda atuação infraconstitucional, acrescentando-se por outro lado as considerações acerca dos princípios que regem os atos celebrados entre as partes, notadamente sob o aspecto temporal e a questão da sucessão das leis.

No que diz respeito ao fato objeto do presente feito, impõe-se a consideração do princípio da irretroatividade, só sendo cabível cobrança de taxa de manutenção para aqueles contratos celebrados após a vigência do Regulamento já apontado.

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, CUMULADA COM PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS. Parte autora que ajuizou a presente demanda contra a concessionária ré, alegando a ocorrência de cobranças indevidas a título de consumo de energia elétrica. Termo de ocorrência de irre-

gularidade que não possui presunção absoluta de veracidade, conforme enunciado de súmula nº. 256, deste Tribunal, cabendo à ré comprovar nos autos, por meio de perícia técnica, as mencionadas irregularidades no consumo e a exatidão das cobranças dirigidas à consumidora. Concessionária ré que, todavia, não pugnou pela produção da prova pericial, única capaz de demonstrar a efetiva irregularidade do medidor de energia elétrica instalado na residência da autora, bem como o acerto dos valores cobrados a título de recuperação de consumo. Não cumprimento da norma disposta no artigo 373, inciso II, do CPC. Valor da compensação por danos morais que, todavia, se revela excessivo, pois, inobstante os abalos psíquicos gerados em razão do excesso de cobrança, não se pode depreender dos autos que a autora teria sofrido danos tão intensos a ponto de justificar a condenação fixada pelo magistrado *a quo*. Redução do montante para R\$ 2.000,00, em observância aos precedentes deste Tribunal. Inaplicabilidade dos honorários advocatícios recursais na espécie, eis que não presente a hipótese descrita no artigo 85, § 11º, do novo CPC/15. CONHECIMENTO E PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. Apelação Cível nº. 0019029-46.2015.8.19.0021 - Vigésima Sétima Câmara Cível - Consumidor - Relatora: Des. TEREZA CRISTINA SOBRAL BITTENCOURT SAMPAIO - Julgamento em 13/09/2017.

Por tais razões e fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso, condenando o recorrente em honorários recursais, que ora majoro em 5% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, c/c 11 do NCPC.

Rio de Janeiro, 11 de abril de 2018.

DES. ANTONIO CARLOS DOS SANTOS BITTENCOURT
Relator

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO

DE FAZER, CUMULADA COM PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS. Parte autora que ajuizou a presente demanda contra a concessionária ré, alegando a ocorrência de cobranças indevidas a título de consumo de energia elétrica. Termo de ocorrência de irregularidade que não possui presunção absoluta de veracidade, conforme enunciado de súmula nº. 256, deste Tribunal, cabendo à ré comprovar nos autos, por meio de perícia técnica, as mencionadas irregularidades no consumo e a exatidão das cobranças dirigidas à consumidora. Concessionária ré que, todavia, não pugnou pela produção da prova pericial, única capaz de demonstrar a efetiva irregularidade do medidor de energia elétrica instalado na residência da autora, bem como o acerto dos valores cobrados a título de recuperação de consumo. Não cumprimento da norma disposta no artigo 373, inciso II, do CPC. Valor da compensação por danos morais que, todavia, se revela excessivo, pois, inobstante os abalos psíquicos gerados em razão do excesso de cobrança, não se pode depreender dos autos que a autora teria sofrido danos tão intensos a ponto de justificar a condenação fixada pelo magistrado *a quo*. Redução do montante para R\$ 2.000,00, em observância aos precedentes deste Tribunal. Inaplicabilidade dos honorários advocatícios recursais na espécie, eis que não presente a hipótese descrita no artigo 85, § 11º, do novo CPC/15. CONHECIMENTO E PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. Apelação Cível nº. 0019029-46.2015.8.19.0021 - Vigésima Sétima Câmara Cível - Consumidor - Relatora: Des. TEREZA CRISTINA SOBRAL BITTENCOURT SAMPAIO - Julgamento em 13/09/2017.

Por tais razões e fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso, condenando o recorrente em honorários recursais, que ora majoro em 5% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §

2º, c/c 11 do NCPD.

Rio de Janeiro, 11 de abril de 2018.

DES. ANTONIO CARLOS DOS SANTOS BITENCOURT
Relator

DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR PATERNO C/C RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PAI BIOLÓGICO QUE ALEGA ALIENAÇÃO PARENTAL. ACORDO DE VISITAÇÃO NÃO CUMPRIDO. TENTATIVA DE EXERCER SEU PAPEL DE PAI QUE LHE É DE DIREITO. COEXISTÊNCIA DA RELAÇÃO SOCIOAFETIVA. RECURSO DESPROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL. INFÂNCIA E JUVENTUDE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR PATERNO C/C RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM PROL DO PADRASTO (ADOÇÃO UNILATERAL). SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR. A constituição federal determina a proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, destacando-se, como corolário, o princípio do melhor interesse do menor também em hipóteses de colocação deste em família substituta ou de destituição do poder familiar. No caso, o conjunto probatório evidencia que os pais de P.H., descobriram a gravidez logo após o término do namoro quando já estavam convivendo com seus companheiros atuais, havendo um convívio circunstancial entre o pai biológico e o menor. Contudo, o apelado buscou a Justiça para obter o reconhecimento de sua paternidade, alegando que o afastamento se deu em decorrência da dificuldade de relacionamento com a genitora bem como pelo desentendimento entre as famílias. Estudo

psicológico que atesta que o menor só tomou conhecimento de sua real história, aos 13 anos, no decorrer da demanda, tendo de fato no padrasto a figura paterna. Com efeito, o reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo e indisponível do menor e está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana. Entretanto, a sua manifestação de vontade deve ser interpretada *cum grano salis*, isto é, precisa ser sopesada de acordo com o grau de maturidade. Na hipótese, o menor foi ouvido, pela última vez, em Juízo quando tinha apenas 15 anos, sendo certo que o mesmo está em vias de completar a maioridade no dia 21 de novembro do corrente. Diante do quadro fático delineado nos autos, a intervenção do Estado no estágio atual é, totalmente, desaconselhável, sobretudo se considerar que, em três meses, o adolescente poderá, por si, tomar as providências que entender necessárias para solução da questão, podendo, inclusive, buscar a adoção, independentemente da vontade de seu pai biológico, se for este o seu real desejo. Precedente do STJ. Ressalta-se que a destituição do poder familiar é medida extrema, que só poderia ser declarada após a comprovação cabal de qualquer das faltas elencadas no art. 1.638 do CC/02, o que não ocorreu. Por outra senda, nas premissas do Direito impera o dogma da verdade, que é única e deve ser perseguida pelo julgador, não havendo que se falar em meia verdade ou verdade aparente, pois só assim poderá se aproximar de um ideal de justiça por todos perseguidos. Ao mesmo tempo, a simples manifestação de vontade do adolescente, considerada a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 6º do ECA), não tem o condão de se sobrepor e vulnerar o ordenamento jurídico e a condição do pai biológico sem motivo justificável. Sentença de improcedência que se mantém. **DESPROVIMENTO DO RECURSO.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0003931-14.2011.8.19.0004, onde figura como Apelante: M.C.G.N. e Apelado: D.A.C.

Acordam os Desembargadores que integram a Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Voto

Cuida-se de apelação contra sentença proferida nos autos da Ação de Destituição de Poder Familiar c/c Reconhecimento de Paternidade Socioafetiva ajuizada por M.C.G.N. em face de D.A.C., em relação ao menor P.H.V.A.C., filho de sua esposa.

Para tanto, alegou o autor que, no ano de 1999, iniciou um romance com a genitora do menor, ainda, quando ela estava grávida de Z., destacando que sempre adotou a postura de pai perante a criança e a sociedade, tratando-o como seu filho biológico.

Esclareceu que, em 15/02/2001, o réu moveu ação de reconhecimento de paternidade alegando ser o pai biológico e requerendo que no registro civil do menor constasse o seu nome. Informou que, na ocasião, fora feito acordo em juízo onde a genitora do menor não negou a paternidade biológica do réu, sendo, então, estipulado direito de visitação, pensionamento e a providência do novo registro civil do menor.

Afirmou que, apesar de o réu ter postulado o reconhecimento de sua paternidade, o mesmo nunca exerceu seus direitos e deveres de pai, pois, permaneceu sem procurar seu filho por anos.

Destacou, ainda, que para o menor não

existe outra família senão aquela constituída por sua mãe, o pai socioafetivo e a irmã que acabara de nascer, tendo como avós os pais do autor e os pais de sua genitora, estando acolhido em uma família bem estruturada tanto no âmbito financeiro como no psicológico.

Ao final, requereu a procedência do pedido para determinar a destituição do poder familiar do réu sobre o infante P.H.V.A.C., com base no art. 1.638, H, do CC/2002, bem como seja reconhecida a paternidade socioafetiva do autor em relação ao menor, com as alterações necessárias no registro civil.

Contestação (doc. 0054), pretendendo o réu a improcedência do pedido, na qual arguiu, em preliminar, a conexão existente entre a presente demanda e a ação de investigação de paternidade por ele movida, ante a existência de ação de execução de acordo (Processo nº 01617893-38.2011.8.19.0004), pendente de julgamento. No mérito, sustentou, em síntese, a ocorrência de alienação parental por parte do réu e da genitora do menor, destacando que se viu impedido de reconhecer a paternidade do seu filho pela mãe; que registrou a criança somente em seu nome, sendo obrigado a mover ação judicial para ver seu direito garantido.

Aduziu que sempre cumpriu com a obrigação alimentar, informando que, em determinado momento, a conta fornecida pela genitora ficou inválida e, mesmo depois de várias tentativas, não foi informada nova conta; enfatizando que os descontos são realizados em folha de pagamento, mas os valores não são recebidos pelo infante em razão da conduta de sua mãe; o que corrobora a versão de que ela tenta a todo tempo privar o seu convívio com o filho.

Argumentou, ainda, que a genitora da criança nunca cumpriu o acordo de visitação, observando que, em razão do forte vínculo de amizade que existia entre os avós paternos e

maternos, não tomou atitude a pedido de seu familiar e, após restarem infrutíferas todas as tentativas de entendimento, requereu a execução do referido ajuste.

Destacou, também, que a destituição do poder familiar é medida excepcional que deve ser decretada, somente, para beneficiar a criança e, ainda, quando houver descumprimento grave dos deveres inerentes ao poder familiar; o que não ocorreu.

Réplica (doc. 086).

Estudo psicológico (doc. 0096/0098), realizado em 31/07/2012, com parecer contrário ao reconhecimento da paternidade, sob o fundamento de que não conseguiram contato com menino que, aos 12 anos de idade, ainda, não tinha o conhecimento de sua real história.

Parecer social (doc. 099/0102), realizado em 31/07/2012, nos autos da ação movida pelo réu (Execução do Acordo de Visitação), atestando que: “Sem a convivência e a efetiva participação no sustento do filho, de acordo com o que foi trazido, não se pode falar que o autor tenha exercido a paternidade de P.H. nos últimos anos.”

Estudo psicológico (doc. 0155/0157), realizado em 13/03/2013, noticiando que o adolescente teve conhecimento da existência de seu biológico, considerando que “qualquer convivência entre os dois deva ser arbitrada pelas partes, deixando-a a critério dos dois, como será a construção deste vínculo e se esta ocorrerá”.

Decisão (doc. 0162/0163), determinando a emenda da inicial para incluir o menor no polo passivo da demanda; o que foi cumprido a f. 144 (doc. 0166).

Contestação (doc. 0174/0175).

Manifestação do Curador Especial (doc. 0193/0195), sem oposição ao pedido inicial.

Pedido de sobrestamento do feito formulado pelo réu (doc.0213/0214), fundamentado em parecer do Ministério Público, proferido nos autos da ação de visitação, para que as partes fossem encaminhadas ao setor de Mediação daquele órgão.

Audiência de instrução e julgamento realizada, conforme assentada (doc. 0254), na qual foi ouvido informalmente o menor.

Parecer do Ministério Público (doc. 0256), pela improcedência do pedido.

Sobreveio a sentença (doc. 0263), que julgou improcedente o pedido inicial, extinguindo o processo com apreciação do mérito com base no art. 269, I, do Código de Processo Civil de 1973, fundamentada nos seguintes termos:

“(…). Verifica-se que o autor pleiteia a destituição do poder familiar do réu sob o argumento de que o mesmo teria abandonado seu filho desde recém nascido.

Entretanto, não há provas do alegado e os elementos de convicção levam à conclusão de que o genitor do infante nunca deixou de procurar o filho e tenta efetivamente exercer o seu papel de pai que lhe é de direito.

Ademais, o conteúdo dos autos e a impressão pessoal extraída na audiência realizada em sede judicial deixam transparecer que o réu foi cerceado no seu direito de estabelecer/manter aproximação com o filho e exercer sua função de genitor.

Observa-se que o réu contesta persistentemente a presente demanda e insiste que seja mantido o seu poder familiar, ressaltando-se que ajuizou demanda de regulamentação de visitas no intuito de regularizar o exercício do seu direito/dever de pai.

O estudo psicológico realizado revela que a genitora do menor e o autor estariam escondendo do adolescente a existência do pai biológico, vindo à tona a questão da paternidade só após o ajuizamento da ação de regulamentação de visitas pelo pai biológico. Sinalizando contrariamente ao pedido autoral.

O parecer social de f. 86.188 informa que P.H. só teve conhecimento de sua primeira certidão de nascimento, onde não consta o nome do pai biológico, indicando não ser recomendável o reconhecimento da paternidade social, pois se estaria negando o direito do menor conhecer sua verdadeira história.

Neste norte, não há nada que justifique a pleiteada destituição do seu poder familiar.

Os estudos sociais e psicológicos constantes dos autos trazem a informação de que o menor está muito bem adaptado ao convívio familiar do requerente, que o mesmo dispensa todos os cuidados necessários ao menor e que este o reconhece como seu único pai. Contudo, é importante observar que a improcedência da ação não irá impedir que o requerente mantenha o carinho e amor pelo menor, bem como seja responsável pelo mesmo, uma vez que se possa pleitear a guarda do infante.

Sendo assim, o fato de o requerente não fazer constar seu nome nos registros civis do menor, não impede que P.H. o considere como um pai em caráter afetivo.

Porém, não se faz adequado o impedimento de o menor possuir o vínculo com seu pai biológico, sendo que a sua idade ainda permite a construção de laços familiares e a aproximação entre pai e filho, sobretudo, tendo em vista a disposição do genitor para tanto.

É perfeitamente compreensível que por ora o menor reconheça apenas o requerente como pai, pois não lhe foi possibilitado o convívio com o pai biológico.

Como se observa da análise de tudo que consta deste feito, a despeito de P.H. estar sendo bem assistido pelo autor, fato incontestado, não há qualquer motivo que possa ensejar a

destituição do poder familiar, vez que o réu não praticou nenhuma das condutas previstas no artigo 1.638 do Código Civil.

Pelo exposto, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, extinguindo o processo com apreciação do mérito com base no art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Face à sucumbência, condeno o Réu nas custas processuais e honorários que fixo em 10% (dez por cento) do valor da causa. ”.

Inconformado, apela o autor (doc. 0267), pretendendo a reforma da sentença, sob a alegação de que esta foi proferida com imprecisão e em contrariedade ao entendimento jurisprudencial.

Destaca o recorrente que nunca foi escondido do adolescente a existência de um pai biológico, diverso de quem o criou, tanto que foi afirmado por P.H. “que tem algumas vagas recordações de visitar seu pai biológico quando era pequeno”.

Argumenta que somente após a propositura da presente demanda, é que o apelado resolveu se movimentar novamente, propondo a execução do acordo firmado com a genitora do menor, no ano de 2001, para finalmente, exercer seu direito de visitação, destacando que, passados mais de 05 anos desde que promovida a referida execução, o apelado nunca teve a hombridade de procurar pelo seu filho.

Aduz que não é verídico o entendimento adotado na sentença de que o apelado vem procurando exercer o seu direito de visitação ao longo dos anos, informando que no processo em que se discute a visitação (Processo nº.1617893 38.2011.8.19.0004), foi determinada a intimação do recorrido para se manifestar em, 48 horas, sob pena de extinção.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso, a fim de que seja julgado procedente o

pedido inicial.

Contrarrazões (doc. 0276), pela manutenção da sentença.

O Ministério Público, em atuação no primeiro grau, deixou de se manifestar, ante o disposto no art. 1.010, §3º, do NCPC. (doc. 0280).

Parecer da douta Procuradoria de Justiça (doc. 0288), oficiando pelo conhecimento e provimento do recurso.

Distribuído o recurso este Relator proferiu despacho (doc. 0012), determinado a retificação da autuação para incluir a genitora como representante legal do menor, bem como a atuação da Curadoria Especial, devendo esta ser intimada da sentença; o que foi cumprido conforme documentos insertos nas pastas nº. 0315/0322.

É o Relatório.

Voto

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Como visto, trata-se de apelação contra sentença de improcedência, proferida nos autos da Ação de Destituição de Poder Familiar c/c Reconhecimento de Paternidade Sociofativa, movida pelo apelante em face do apelado, através da qual objetiva a adoção unilateral do adolescente P.H.V.A.C., filho de sua esposa.

De imediato, insta salientar que a Constituição Federal determina a proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, destacando-se, como corolário, o princípio do melhor interesse do menor também em hipóteses de colocação deste em família substituta ou de destituição do poder familiar.

Nessa toada, o contexto fático apresentado, indica que a sentença deu a correta solução ao litígio e, portanto, não merece reforma. Senão, vejamos.

Da análise dos autos infere-se que os pais de P.H., que conta hoje com 17 anos de idade (nascimento em 21/11/1999 - doc. 0019), descobriram a gravidez logo após o término do namoro quando já estavam convivendo com seus companheiros atuais, havendo um convívio circunstancial entre o recorrido e o menor.

Entretanto, cumpre destacar que, após dois anos de seu nascimento, o apelado buscou a Justiça para obter o reconhecimento de sua paternidade - a qual não foi rechaçada pela genitora - tendo as partes firmado acordo, inclusive, sobre o pensionamento e a visitação do infante, que restou homologado em 16/03/2002 (docs. 0063/0070).

A despeito disso, o apelado permaneceu afastado de seu filho, em decorrência das dificuldades com a genitora do menor, alegando, ainda, a existência de desentendimento entre as famílias que, anteriormente, tinham relações de amizade; fato este que determinou a sua inércia por quase nove anos, até a propositura da ação de execução do acordo de visitação, distribuída em 28/04/2010 (doc. 074/075).

Assim, em que pesem as alegações do recorrente, o fato é que o recorrido vem resistindo a presente demanda, empreendendo esforços para exercer o seu direito de pai, bem como manter a convivência com seu filho.

Da mesma forma, restou comprovado nos autos que a genitora de P.H. e o apelante deixaram de revelar para o adolescente a sua verdadeira história, vindo este a tomar conhecimento de seu pai biológico apenas no curso da ação; o que corrobora a versão do apelado de que o apelante e a genitora do menor cria-

vam dificuldades para uma reaproximação.

Por oportuno, veja-se o seguinte trecho do Parecer Social, realizado em 31/07/2012, *verbis*:

“Estes autos tratam do pedido do Sr. D. que deseja reaver a convivência com seu filho, P.H., do qual se encontra afastado por cerca de nove anos.

(...).

Os relatos trazidos a estudo apontam que os Srs D. e J. mantiveram relacionamento de namoro que foi interrompido antes de o casal ter ciência da gestação de P.H. Ao perceber se grávida a Sr^a. J. teria comunicado o fato ao Sr. D., quando ambos já haviam iniciado novo relacionamento de namoro com os atuais esposos.

(...)

Na narrativa dos avós paternos percebe se que a tentativa de aproximação e convivência entre o Sr. D. e P.H. gerou desgaste e sofrimento entre as famílias de origem dos genitores da criança, que mantinham fortes vínculos de amizade até então. Associado a isto, o adoecimento da Sr^a A., avó paterna, levou ao recuo do Sr. D. que acabou, assim como seus pais, se afastando definitivamente do P.H., não obstante residirem em bairros vizinhos.”(doc. 0100).

Em outra passagem, constou do parecer social que:

“Segundo informam, P.H. somente teria conhecimento de sua primeira certidão de nascimento onde não consta o nome o Sr. D.. Com esta versão pretendem fazer crer que o jovem não tem lembranças e sua primeira infância, quando teria convivido com o Sr. D. e seus avós paternos, conforme pode ser observado em fotos apresentadas pela família paterna.

Corroborando com esta versão, tanto o Sr. D. como seus pais afirmam que após os três anos de P. não mais buscaram contato com o jovem, aguardando que o tempo iria curar as má-

goas e ressentimentos que ficaram no passado. Durante o estudo social os Srs. M. e J. foram esclarecidos sobre a importância de conversarem com P.H. sobre sua origem, até para que possam falar sobre o reconhecimento de sua paternidade pelo Sr. M. Apesar dos reiterados esclarecimentos, não foi possível nosso contato com o jovem ante a resistência do Sr. M. e de sua esposa em abordar a questão da paternidade biológica do jovem e sua convivência com o Sr. D..

Tal fato limitou nossa intervenção por acreditarmos que sob o ponto de vista técnico a preservação das relações familiares e do bem-estar emocional do jovem requer que o conhecimento sob sua história seja dado por aqueles que ao longo de sua vida ocuparam o lugar de pais. Sem o quê, não nos parece recomendável falar em adoção/reconhecimento de paternidade socioafetiva, pois desta forma estaríamos negando a P.H. o direito de conhecer sua história e fazer suas escolhas, não obstante o distanciamento afetivo imposto pela ausência de convivência com a família paterna. (...).” (doc.100/101).

Impende, ainda, observar que o reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo e indisponível do menor e está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana.

Sem embargo, tratando-se de menor - cuja vontade deve ser manifestada - a sua opinião há que ser interpretada cum grano salis, ou seja, sua forma de expressão deve ser sopesada de acordo com o grau de maturidade.

No caso, conforme já consignado anteriormente, P.H. veio a tomar conhecimento de sua verdadeira história aos 13 anos, no curso da demanda e, por certo, deve ainda experimentar vários sentimentos em relação aos fatos aqui apurados, a saber: o motivo do afastamento do pai biológico, a conduta da genitora, bem como a

necessidade de o padrasto mover uma ação para obter o reconhecimento judicial daquilo que já possui de fato; o que poderá (ou não) fazer com que ele reveja a sua posição no futuro.

Este, aliás, foi o entendimento que restou declinado no Estudo Psicológico, realizado em 13/03/2013. Confira-se:

(...). Este estudo é uma nova tentativa de encontrar uma alternativa mais construtiva para a situação de P., hoje com 13 anos. (...)

Percebemos um adolescente muito identificado com sua família, tendo de fato em M. (como já era de se esperar) a figura paterna que desejou e deseja para si.

Certamente que, por ser esta situação toda muito recente, muitos sentimentos podem surgir; com o decorrer do tempo, mas é importante que se dê este tempo a P., e o direito de escolher quando - e se - fará os movimentos que vão ao encontro da intenção manifesta do autor. (...)

D. demonstrou satisfação por saber que P. já sabe de toda a verdade, e foi orientado a ter cautela em relação aos seus próximos passos, (...).

Consideramos, assim, que qualquer convivência entre os dois deva ser arbitrada pelas partes, deixando-se a critério dos dois como - será esta construção deste vínculo - se é que ocorrerá. (doc. 0156/0157).

Neste trilha, cumpre destacar que P.H. foi ouvido, pela última vez, em Juízo quando tinha apenas 15 anos. Entretanto, por questões intrínsecas ao próprio processo, a demanda que fora ajuizada em 2011 perdura por longos 6 anos, estando o menor em vias de completar a maioridade no dia 21 de novembro do corrente, conforme certidão de nascimento acostada às f. 19.

De tal modo, tenho que a intervenção do Estado no estágio atual é, totalmente, desaconselhável, sobretudo se considerar que, em três

meses, P.H. poderá, por si, tomar as providências que entender necessárias para solução da questão, podendo, inclusive, buscar a adoção, independentemente da vontade de seu pai biológico, se for este o seu real desejo.

Nesse sentido, cite-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART.45 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DEMONSTRADA COM O ADOTANTE. MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO. DESNECESSIDADE DE DO CONSENTIMENTO DO PAI BIOLÓGICO.

1. Cinge-se a controvérsia a definir a possibilidade de ser afastado o requisito do consentimento do pai biológico em caso de adoção de filho maior por adotante com quem já firmada a paternidade socioafetiva.

2. O ECA deve ser interpretado sob o prisma do melhor interesse do adotando, destinatário e maior interessado da proteção legal.

3. A realidade dos autos, insindivável nesta instância especial, explicita que o pai biológico está afastado do filho por mais de 12 (doze) anos, o que permitiu o estreitamento de laços com o pai socioafetivo, que o criou desde tenra idade.

4. O direito discutido envolve a defesa de interesse individual e disponível de pessoa maior e plenamente capaz, que não depende do consentimento dos pais ou do representante legal para exercer sua autonomia de vontade.

5. O ordenamento jurídico pátrio autoriza a adoção de maiores pela via judicial quando constituir efetivo benefício para o adotando (art. 1.625 do Código Civil).

6. Estabelecida uma relação jurídica paterno-filial (vínculo afetivo), a adoção de pessoa maior não pode ser refutada sem justa causa pelo pai biológico, em especial quando existen-

te manifestação livre de vontade de quem pretende adotar e de quem pode ser adotado.

7. Recurso especial não provido.

(Resp. 1444747 / DF; Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA; TERCEIRA TURMA; Julgamento: 17/03/2015; DJe: 23/03/2015).

Vale, ainda, ressaltar que a destituição do poder familiar é medida extrema, que só poderia ser declarada após a comprovação cabal de qualquer das faltas elencadas no art. 1.638 do Código Civil, sendo de todo pertinente consignar que as provas produzidas nos autos não conduzem a certeza quanto ao alegado abandono voluntário pelo pai biológico.

A propósito:

0058484-61.2004.8.19.0002 - APELAÇÃO - Des (a). GILBERTO DUTRA MOREIRA Julgamento: 20/06/2007 - DÉCIMA CÂMARA CÍVEL - Apelação Cível. Ação de destituição do pátrio poder cumulada com pedido de adoção. Improcedência do pedido. Invocação de cerceamento de defesa e pretensão de nulidade do julgado. Estudos sociais suficientes para demonstrar a inexistência do fato constitutivo do direito do autor (art. 1.638 do Código Civil), inexistindo qualquer fato que justifique a destituição do pátrio poder e a retificação do registro civil da criança. Cerceamento de defesa inexistente. Vínculo de filiação. Direito indisponível do menor. Efeitos da revelia, decorrente da ausência de resposta, que não podem ser aplicados. Possibilidade de mácula ao direito do próprio menor e não do pai registral, que discordou da adoção no Estudo Psicológico e Social. Perda do pátrio poder. Medida extrema que só poderia ser declarada após a comprovação cabal de qualquer das faltas elencadas no art. 1.638 do Código Civil. Avaliação psicológica do pai informando a desnecessidade da destituição do poder familiar para que o autor-apelante exerça a função

paterna, sem que tal situação represente em interferência na identidade da criança. Adoção que só pode ser deferida por motivos legítimos e desde que comprovadas as reais vantagens para o adotando, não demonstradas na situação *in quaestio*. Desprovemento do recurso.

Ademais, não se pode olvidar que nas premissas do Direito impera o dogma da verdade, que é única e deve ser perseguida pelo julgador, não havendo que se falar em meia verdade ou verdade aparente, pois só assim poderá se aproximar de um ideal de justiça por todos perseguidos.

In casu, a verdade nada mais é que a real identidade da qual P.H. se originou; não havendo demérito a justificar que a simples manifestação de vontade do adolescente, considerada a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, sob os aspectos dados pelo art. 6º do ECA¹, possa se sobrepor e vulnerar a lei, o ordenamento jurídico e a condição do pai biológico sem motivo justificável.

Por outro lado, como bem pontuado pelo magistrado de primeiro grau, a paternidade biológica não impede nem exclui a relação socioafetiva existente entre o adolescente e seu padrasto, podendo coexistir com a relação paterna; o que é, nos dias atuais, assaz frequente em nosso país.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 22 de agosto de 2017.

DESEMBARGADOR ANDRÉ RIBEIRO
Relator

1 Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

INDENIZAÇÃO. COMPRA E VENDA. PRODUTO DE VESTUÁRIO. SOLICITAÇÃO DE TROCA. PRAZO LONGO. CANCELAMENTO. DEVOUÇÃO DO VALOR. NÃO ATENDIMENTO. DANO MORAL. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE VESTUÁRIO.

Autor ingressou em juízo afirmando demora excessiva da Ré em efetuar a troca do bem, razão pela qual pretendeu o cancelamento da compra. Após diversas reclamações, as quais colaciona, teve notícia de que o cancelamento sequer foi registrado. A Ré também não se manifestou nestes autos, apesar de regularmente citada. Danos morais que não são *in re ipsa*, mas restaram comprovados nestes autos. Desídia com o consumidor e demora excessiva que provocam danos extrapatrimoniais e devem ser indenizados, ressaltando-se que na hipótese dos autos o consumidor havia devolvido o bem para a Ré. Verba que se fixa em R\$ 1.500,00, na esteira da jurisprudência, destacando-se que a compensação não pode provocar o enriquecimento indevido do consumidor. Verba honorária que deve ser fixada com base no valor da condenação e não no valor da causa, como pretende o Demandante. A condenação do Autor no pagamento de honorários deve ser afastada, ante a procedência total de seus pedidos e ausência de atuação de patrono em nome da Ré.

PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0004349-64.2016.8.19.0007 em que é Apelante Alex de Carvalho Leonardis Lima e Apelada Nike do Brasil Comércio e Participações LTDA;

Acordam os Desembargadores que compõem a Vigésima Quinta Câmara Cível do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Trata-se de Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais proposta por Alex de Carvalho Leonardis Lima em face de Nike do Brasil Comércio e Participações Ltda., com quem celebrou contrato de compra e venda de um short tamanho G. Afirma ter solicitado a troca, encaminhando o produto, mas, entendendo ser muito o longo o prazo informado para a troca, requereu o cancelamento da compra, com a devolução do valor, o que não foi efetuado pela Ré. Pede a devolução do valor pago de R\$ 149,00 e compensação moral com R\$ 10.000,00.

Por decisão de f. 52 foi deferida a gratuidade de justiça ao Autor.

A f. 72 foi decretada a revelia da Ré.

Por sentença de f. 86/89, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes para condenar a Ré na devolução do valor pago no total de R\$ 149,00, com correção do desembolso e juros da citação, bem como no pagamento de multa por ato atentatório à dignidade da justiça, prevista no artigo 334, § 8º do Código de Processo Civil, fixada em 0,5% sobre o valor da causa. O Autor foi condenado a arcar com 30% do valor das despesas processuais por ele devidas ante a revogação parcial da gratuidade de Justiça deferida inicialmente ao Autor. Custas rateadas e honorários advocatícios de R\$ 300,00 ao patrono da parte adversa.

Apelo Autoral a f. 96/103, reiterando o pleito de gratuidade de Justiça e pretendendo a condenação da Ré a indenizar por danos morais, além da majoração da verba honorária.

Sem contrarrazões (f.110).

É o Relatório.

Defiro a gratuidade de Justiça ao Autor.

O Autor ingressou em juízo narrando ter adquirido produto de vestuário junto ao Réu, mas necessitou efetuar a troca após o recebimento.

Após ter enviado a mercadoria para a Ré, verificando que o prazo de troca era muito extenso, optou pelo cancelamento da compra, o que não foi efetuado pelo Demandado.

Por isso, requer o recebimento do valor pago pelo bem e indenização por danos morais, pedidos julgados parcialmente procedentes pelo Juízo *a quo*, nos seguintes termos.

Agora o Autor se insurge pretendendo a condenação da Ré a indenizá-lo pelos danos morais sofridos, além da majoração da verba honorária.

O Autor demonstrou ter enviado o produto para o Réu, conforme confirmado pela assistência *on line* da Ré:

Em razão do longo prazo informado para troca, ele solicitou o cancelamento:

Mas, a despeito do pedido, a Ré sequer fez constar o cancelamento de seu sistema:

Logo, correta a sentença ao rescindir o contrato e determinar a devolução do valor pago.

A hipótese por si só não é apta a provocar danos morais, mas o Autor comprovou que a falha no atendimento pela Ré extrapolou o mero aborrecimento, ao ignorar suas reclamações, prestar informações equivocadas e em

nenhum momento demonstrar efetiva solução do problema do Autor, ressaltando que o bem adquirido havia sido devolvido.

É o que se verifica da seguinte conversa:

A Ré não apenas deixou de atender as reclamações administrativas do Autor, como também a judicial, considerando que, regularmente intimada para comparecimento em audiência de conciliação, não se manifestou.

Logo, merece reforma a sentença para condenar a Ré no pagamento de indenização por danos morais de R\$1.500,00, na esteira da jurisprudência, em hipótese na qual o fornecedor também atuou com morosidade na solução de troca de produto e cancelamento da compra:

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DANO MORAL. DEFEITO DO PRODUTO. RESISTÊNCIA DO FORNECEDOR. A ocorrência de defeito no produto não é por si só causa à caracterização de dano moral indenizável. No entanto, alegado e não provado excludente por culpa de terceiro; e tendo havido demora injustificada na devolução de valores a situação pode ultrapassar o mero dissabor e ensejar reparação moral -Circunstância dos autos em que no ponto se impõe manter a decisão recorrida. DANO MORAL. QUANTIFICAÇÃO. MINORAÇÃO. O valor da condenação por dano moral deve observar como balizadores o caráter reparatório e punitivo da condenação. Não há de que incorrer em excesso que leve ao enriquecimento sem causa, tampouco em valor que descure do caráter pedagógico-punitivo da medida. A condenação em valor excessivo impõe minoração - Circunstância dos autos em que se impõe minorar o valor fixado na sentença. RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO. RECUR-

SO DA AUTORA PREJUDICADO. “

(TJ-RS - AC: 70076206374 RS, Relator: JOÃO MORENO POMAR, Data de Julgamento: 27/02/2018, Décima Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/03/2018) (R\$1.500,00)

O valor mostra-se razoável e adequado, eis que a reparação moral não deve ser utilizada como meio de enriquecimento indevido do consumidor, considerando ainda o pequeno valor pago pelo produto.

O valor deverá ser corrigido monetariamente a partir do arbitramento, na forma da súmula nº 362 da Corte Superior e com juros de mora para a data da citação, por se tratar de relação contratual, nos termos do artigo 405 do Código Civil.

Também deve ser afastada a condenação da parte Autora no pagamento de honorários advocatícios, ante a procedência total dos pedidos, não configurando sucumbência o arbitramento de verba indenizatória inferior ao requerido, conforme súmula nº 326 da Corte Superior, bem como por inexistir atuação de patrono em nome do Réu, que foi declarado revel.

Por fim, não assiste razão ao recorrente ao pretender a majoração da verba honorária para 20% do valor da causa, eis que o valor da condenação deve ser considerado, na forma disposta no artigo 85, § 2º do Código de Processo Civil.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DE CONVERSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA EM AUXÍLIO-ACIDENTE. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE ESTIPULOU A VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL EM 10% SOBRE O VALOR DA CAUSA. HONORÁRIOS QUE DEVEM SER FIXADOS SOBRE

O VALOR DA CONDENAÇÃO. HIPÓTESE PRECONIZADA NO ART. 85 DO NCP. APELO CONHECIDO E PROVIDO.

(TJBA - Apelação nº 0000261-90.2010.8.05.0036, Relator(a): LIDIVALDO REAICHE RAIMUNDO BRITTO, Primeira Câmara Cível, Publicado em: 06/03/2018)

Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para condenar a Ré no pagamento de indenização por danos morais de R\$1.500,00, com os acréscimos acima, e para afastar a condenação do Recorrente no pagamento de honorários advocatícios, mantidos os demais termos da sentença.

Rio de Janeiro, 25 de abril de 2018.

DES. LEILA ALBUQUERQUE
Relatora

OBRIGAÇÃO DE FAZER COM TUTELA ANTECIPADA. TRANSFERÊNCIA PARA UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA. FALECIMENTO DA AUTORA NO CURSO DO PROCESSO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM MÉRITO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. INCONTROVERSA A CONDUTA DA MUNICIPALIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA NOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSFERÊNCIA PARA UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA. FALECIMENTO DA AUTORA NO CURSO DO PROCESSO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DO MUNICÍPIO. PRETENSÃO DO RECORRENTE DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM O JULGAMENTO DO MÉRITO EM RAZÃO DA PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL. ART. 485, IX DO CÓDIGO DE PROCESSO. 1. 4. A parte autora veio a falecer no curso do feito, em

momento anterior à prolação da sentença, implicando na extinção do processo sem mérito. 5. Para garantir seu direito constitucional à saúde, a autora foi obrigada a buscar o concurso do judiciário, sendo certo que a internação pretendida somente se efetivou após o provimento jurisdicional. 2. Sendo assim, permanece o interesse processual no que se refere à verba honorária advocatícia, em atenção ao princípio da causalidade. PROVIDIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

DECISÃO MONOCRÁTICA

Tratam-se de Apelação Cível nº 0054572-30.2013.8.19.0038, em que é Apelante Município de Duque de Caxias e Apelado é Nilca de Souza das Dores Rep/P/S/Curador Denilson Mizael das Dores, interposta contra a respeitável sentença que, nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, julgou procedente o pedido de transferência da autora para Unidade de Terapia Intensiva, confirmando a tutela antecipada deferida.

Nas razões recursais, o Município apelante sustenta a perda superveniente do objeto da demanda, o que conduziria o processo à extinção sem o julgamento do mérito.

Recurso tempestivo e isento de preparo.

Contrarrazões apresentadas a f. 99/102.

Parecer da D. Procuradoria de Justiça de índice eletrônico 000126 no sentido de que seja dado provimento ao recurso do Município mantendo a condenação dos ônus sucumbenciais.

É o relatório. Passa-se a decidir.

De início, cumpre mencionar que se encontram presentes os requisitos de admissibilidade dos recursos, que devem ser, por conseguinte, conhecidos.

Quanto ao mérito, o direito à vida e à saúde são assegurados a todos pelos artigos 5º, 6º e 196 da CRFB/88, não podendo o Município ou o Estado se recusar a providenciar a transferência necessária ao tratamento da paciente em estado grave de saúde ou custeá-lo em hospital particular, em caso de ausência de vagas, visando cessar os riscos de maior dano, e o restabelecimento da saúde da apelada.

Ademais, a Constituição Federal, em seu artigo 198, não coloca como responsabilidade exclusiva do Município, do Estado ou da União o Sistema Único de Saúde, que deve ser da atribuição e responsabilidade do Estado em todas as suas esferas de atuação, objetivando assegurar o cumprimento de princípio inserido no aludido artigo de que a saúde é direito de todos, tornando-se inócuo o argumento apresentado.

Na hipótese dos autos, resulta demonstrada pela parte autora a necessidade de obtenção da internação postulada por meio dos documentos acostados, consignando-se que o atestado médico apresentado afigura-se como prova mais que suficiente a evidenciar a alegação expendida.

Importa notar que a autora veio a falecer no curso do feito, em momento anterior à prolação da sentença, conforme noticiado nos autos, implicando na extinção do processo sem mérito, diante da intransmissibilidade do direito material discutido em juízo e não na procedência do pedido como decidiu o juízo *a quo*.

Ressalte-se que, com base no princípio da causalidade deve responder pelas despesas processuais aquele que deu causa à propositura da demanda ou instauração do incidente, restando incontroversa a conduta da Municipalidade ré em não fornecer de imediato o tratamento mais adequado à parte autora, razão pela qual foi necessária a intervenção do Poder Judiciário.

Nesse sentido, destaca-se a jurisprudência do E. STJ acerca do tema:

“A verba sucumbencial deve ser arcada pela parte que eu causa à lide, nos termos do princípio da causalidade.” (AgInt nos EDcl no

REsp 1.383.165/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 6/03/2017, DJe 28/03/2017)

“O Tribunal *a quo* está em sintonia com a jurisprudência do STJ no sentido de que extinta a Execução Fiscal, por cancelamento da CDA, após a citação do devedor e apresentação de defesa, deve-se perquirir quem deu causa à demanda, a fim de imputar-lhe o ônus de pagar os honorários, em face do princípio da causalidade.” (REsp 1.659.645/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN

O valor fixado encontra-se dentro dos parâmetros fixados no Verbete Sumular n.º 182 deste Tribunal de Justiça.

Diante do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso para extinguir o feito na forma prevista no inciso IX do art. 485 do Código de Processo Civil, mantendo-se a condenação no ônus sucumbenciais.

Rio de Janeiro, 18 de abril de 2018.

DES. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JÚNIOR
Relator

PARCELAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS. INDEFERIMENTO. PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS. NÃO CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORA DO ROL EXAUSTIVO PREVISTO NO ART. 1.015 DO NCPC. RECURSO NÃO RECONHECIDO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECORRENTE QUE SE INSURGE CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU O PARCELAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. NÃO CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO RECORRI-

DA QUE NÃO FIGURA NO ROL TAXATIVO CONSTANTE DO ART. 1.015 DO CPC. RECURSO QUE NÃO SE CONHECE.

DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão proferida pelo juízo da 7ª Vara Cível do Fórum Regional de Jacarepaguá (anexo I - índice 2), nos autos nº 0048896-52.2017.8.19.0203, por meio da qual foi indeferido o parcelamento das custas requeridas pelo autor, nos seguintes termos:

“Indefiro o parcelamento das custas. O autor é pessoa jurídica com fins lucrativos e tomou recentemente um empréstimo de mais de um milhão de reais, revertido em seu benefício. A possibilidade de parcelamento das custas ou pagamento ao final é deferida a pessoas necessitadas, que não possuem condições de arcar com os custos do processo, o que não é o caso do autor.

A regra é o pagamento e a gratuidade de justiça, exceção, sendo certo que o deferimento do benefício àquele que passa por dificuldades financeiras (o que é a regra no país) implicará num enorme desequilíbrio dos Fundos do TJRJ.

Venham os recolhimentos devidos, em 15 dias, sob pena de cancelamento da distribuição.

Emende o autor a inicial para cumprir o disposto no § 1º do art. 330 do NCPC e para comprovar o pagamento dos valores incontroversos, nos termos do § 2º do referido dispositivo legal.

Intimem-se.”

O agravante afirma, em síntese, que juntou nos autos originários declaração de pobreza, além de outros documentos que comprovam a carência de recursos necessários para arcar com as despesas de uma só vez e, portanto, requereu o parcelamento das custas judiciais, uma vez que sofre uma grave crise

financeira. Desse modo, requer seja concedido o benefício do pagamento parcelado das custas, antes da sentença.

O Banco do Brasil, ora agravado, apresentou contrarrazões no índice 14, alegando, inicialmente o não cabimento do agravo de instrumento por não haver previsão da hipótese no rol do artigo 1.015, do CPC. No mérito, sustenta que o artigo 98, §6º, do CPC apresenta a concessão do parcelamento das despesas processuais apenas como uma possibilidade e não uma obrigatoriedade, sendo que o agravante não teria se desincumbido do seu ônus de comprovar a situação financeira adversa capaz de impedir o integral recolhimento das custas.

Examinados. Decide-se.

Diante da sistemática adotada pelo NCPC, somente é possível interpor agravo de instrumento nas hipóteses previstas do art. 1015 do NCPC. Trata-se de norma que prevê um rol exaustivo, o que por consequência, determina-se a adoção de uma interpretação restritiva, sob pena de se transmutar o novo tratamento dado a esta espécie recursal, mormente ante o sistema de preclusão estabelecido pelo novel diploma, retirando-se a eficácia do art. 1.009, §1º, que transferiu para o julgamento da apelação a discussão sobre outras decisões interlocutórias não sujeitas ao agravo de instrumento.

A taxatividade do mencionado rol se adequa à Carta Constitucional na medida em que atende ao princípio da razoável duração do processo. Ademais, admitir interpretação diversa ocasionaria um esvaziamento da norma processual, na qual há previsão de que o referido recurso será admissível em outras hipóteses expressamente referidas em lei (art. 1.015, XIII).

A respeito do tema, este E. Tribunal já teve oportunidade de se manifestar, conforme

se pode vislumbrar dos arestos abaixo colacionados:

“0014931-47.2016.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - 1ª Ementa Des. CUSTÓDIO TOSTES - Julgamento: 31/03/2016 - Primeira Câmara Cível - AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO APÓS 17/03/2016. MATÉRIA NÃO CONTEMPLADA NO ART. 1.015 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VÍCIO IMPOSSÍVEL DE SANEAMENTO, NA FORMA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 932 DO NCPC. HIPÓTESE DE NÃO CONHECIMENTO, EM RAZÃO DE MANIFESTA INADMISSIBILIDADE. PROVIMENTO MONOCRÁTICO DO RELATOR, NA FORMA DO ART. 932, III DO NOVO CPC. RECURSO NÃO CONHECIDO.

0014354-69.2016.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - 1ª Ementa - Des. MÔNICA FELDMAN DE MATTOS - Julgamento: 05/04/2016 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSURGÊNCIA EM RELAÇÃO À VERBA HONORÁRIA PERICIAL. DECISÃO QUE NÃO FIGURA NO ROL DO ART. 1.015 DO NCPC. QUESTÃO QUE DEVE SER SUSCITADA EM PRELIMINAR DE APELAÇÃO OU EM SEDE DE CONTRARRAZÕES, NÃO SUJEITA À PRECLUSÃO, CONFORME PRECEITUA O § 1º DO ART. 1.009 DO NCPC. MANIFESTA INADMISSIBILIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, NA FORMA DO DISPOSTO NO ART. 932, III DA NOVEL CODIFICAÇÃO.”

Assim, não é cabível o requerimento de reforma da decisão que indeferiu parcelamento das custas, tendo em vista que a hipótese dos autos não se insere nos incisos do artigo 1.015, do CPC, razão pela qual é manifestamente inadmissível o presente recurso.

Por tais fundamentos, com fulcro no art.

932, III, do CPC, não se conhece do recurso.

Rio de Janeiro, 17 de abril de 2018.

DES. FERNANDO FERNANDY FERNANDES
Relator

PENSÃO POR MORTE. PAGAMENTO FEITO À NETA DO SEGURADO. CANCELAMENTO. SERVIDOR MUNICIPAL. DECRETO Nº 1.484/89 VIGENTE À ÉPOCA. LIMITAÇÃO DE IDADE. BENEFÍCIO CANCELADO.

ACÓRDÃO

Apelação Cível. Cancelamento de pensão por morte paga à neta do segurado. Servidor público municipal aposentado. Declaração de inconstitucionalidade do art. 220, da LOM, e do art. 6º, da Lei Municipal nº 1.484/89, pelo Órgão Especial. Irrelevância para o caso concreto. Óbito anterior a tais diplomas. Benefício instituído com base no Decreto Municipal nº 8.275/88 vigente à época da morte. Limitação de idade para a beneficiária mulher até os 25 anos. Benefício previdenciário cancelado pelo alcance daquele limite etário. Inaplicabilidade das disposições da Lei Estadual nº 959/85 que disciplina as pensões de servidores estaduais. Servidor municipal sujeito às regras específicas da edilidade. Precedente deste Tribunal. Improcedência da pretensão. Recurso desprovido com majoração da verba honorária.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0351613-90.2014.8.19.0001 em que é Apelante L.E.S.S. e Apelado Instituto de Previdência e Assistência do Município do Rio de Janeiro - Previrio.

Acordam os Desembargadores que com-

põem a Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, majorada a verba honorária para R\$ 1.200,00.

Trata-se de ação proposta por L.E.S.S. em face do Instituto de Previdência e Assistência do Município do Rio de Janeiro - Previrio. A demandante alega que recebe pensão por morte de seu avô, ocorrida em 25/07/1989, na qualidade de legatária. Salienta que percebia o benefício previdenciário há 22 anos, mas o demandado interrompeu abruptamente o pagamento da pensão, sem observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Destaca que está fora do mercado de trabalho e necessita do benefício para seu sustento. Pede a condenação do demandado ao restabelecimento da pensão e ao pagamento dos atrasados e de indenização por dano moral.

Em resposta, o demandado afirma que as regras que autorizavam o pagamento de pensão ao legatário foram declaradas inconstitucionais pelo Órgão Especial deste Tribunal, na linha de julgamento anterior pelo Supremo Tribunal Federal acerca das normas estaduais que previam o pagamento de pensão ao legatário. Destaca que a Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade, daí por que não podia manter o pagamento de pensão fundada em norma inconstitucional. Salienta que a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc* e em face dela não há direito adquirido.

A sentença julgou improcedente o pedido e condenou a autora ao pagamento das custas e de honorários de R\$ 1.000,00, observada a gratuidade de justiça.

Inconformada com a sentença, a demandante recorre, pugna reforma e reedita, nas razões de apelo, o que deduziu na inicial. Salienta que os dispositivos municipais declarados

inconstitucionais pelo Órgão Especial, art. 220, da LOMRJ, e 6º, da Lei municipal nº 1.484/89, não eram os que fundamentaram a concessão da pensão à autora, pois são posteriores à morte do segurado. Assevera que o benefício foi concedido com base no Decreto nº 8.275/88, o qual não teve sua validade impugnada.

Contrarrazões na pasta 468.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

De fato, o Órgão Especial deste Tribunal declarou inconstitucionais os artigos 220, da Lei Orgânica Municipal do Rio de Janeiro de 1990, e o art. 6º, da Lei municipal nº 1.484/89, no julgamento da Representação por Inconstitucionalidade nº 1999.001.00020, cujo aresto foi assim ementado:

“Representação por Inconstitucionalidade. Art. 220 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro e 6º da Lei nº 1.484/89. Faculdade concedida a servidor de indicar beneficiário de pensão por morte, que não seja cônjuge, companheira ou dependente. Inconstitucionalidade que se declara por vício formal, em relação à iniciativa do processo legislativo e por ir de encontro ao disposto no art. 201, V, da Constituição Federal” (Des. LINDBERG MONTE-NEGRO – Julgamento em 20/03/2000).

Assiste razão à apelante, quando argumenta que sua pensão não foi concedida com base naquelas normas declaradas inválidas, porquanto elas são posteriores ao óbito do segurado ocorrido em 25/07/1989.

O avô da autora era servidor público municipal, daí por que, conforme consta no documento da pasta 349, f. 350, a pensão foi instituída de acordo com a legislação municipal que regia a matéria, isto é, o Decreto mu-

nicipal nº 8.275/88.

No pertinente a esta demanda, aquele diploma previa o seguinte:

“Art. 34. Não existindo quaisquer dos dependentes previstos no art. 30 e seus parágrafos, poderá o segurado, em habilitação prévia no PREVI-RIO, indicar um ou mais netos que vivam sob sua dependência econômica, os quais só terão direito ao recebimento da pensão, enquanto satisfeitas as condições previstas, para filhos e filhas mencionadas no inciso I do art. 30.

Art. 30. A pensão será concedida por morte do segurado, aos seus dependentes na seguinte ordem de preferência

I - a esposa, ou ao marido inválido, enquanto durar a invalidez e aos filhos solteiros de qualquer condição inclusive os póstumos; se varões, enquanto menores de 21 anos, não emancipados ou maiores interditos ou inválidos, ou estudantes de curso superior menores de 25 anos; se mulheres, enquanto menores de 25 anos, desde que solteiras e não emancipadas, ou interditas, ou inválidas, observado o disposto no art. 64.

No caso dos autos, verifica-se que a autora nasceu no ano de 1980 (pasta 17, f. 20), daí por que completou os 25 anos em 2005, quando deixou de fazer jus à pensão por morte e este foi o real fundamento para o cancelamento da pensão (pasta 189, f. 295/296).

Vero que a Lei estadual nº 959/1985, também vigente à época do óbito do segurado estabelecia, em seu art. 2º, o pagamento de pensão por morte à neta mulher solteira, viúva, desquitada, separada judicialmente ou divorciada sem qualquer limitação de idade.

Entretanto, as disposições deste diploma não se aplicam ao caso dos autos, na medida

em que ele tinha caráter estadual e se dirigia aos segurados do Instituto de Previdência do Estado do Rio de Janeiro – IPERJ e seus beneficiários, ao passo que, como visto, o avô da autora era servidor municipal e, portanto, submetido a regras municipais específicas.

Por outro lado, o processo administrativo, juntado na pasta 189, mostra que a autora foi intimada para exercer o contraditório na esfera administrativa, razão por que não se cogita de nulidade no cancelamento da pensão.

Neste sentido, confira-se precedente deste Tribunal sobre hipótese análoga a destes autos:

“Apelação. Pensão por morte concedida a neta. Condições de manutenção do benefício não preenchidas. Sentença de improcedência mantida. 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. Trata-se, pois, de uma das mais antigas e importantes técnicas de proteção social da pessoa humana e da família, que tem como base fundamental a solidariedade social, sendo certo que a contraprestação dessa solidariedade alicerça-se no critério da necessidade. Sobre a pensão a legatários, no contexto anterior à Constituição de 1988, o art. 283, da Constituição Estadual, facultava ao servidor que não tivesse cônjuge, companheiro ou dependente, legar pensão por morte a beneficiários de sua indicação. Ocorre que, o artigo 6º da Lei nº 1.484/89 e o artigo 220 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro foram declarados inconstitucionais em controle concentrado e com efeitos *ex tunc*, pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, na Representação nº 20/99, formulada pelo então Prefeito. Logo, determinou-se, em alguns casos, o cancelamento de tais benefícios, considerando-se a eficácia *ex tunc* das declarações de inconstitucionalidade. Permaneceram, porém, os pensionamento mais antigos, em homenagem à

segurança jurídica, havendo, inclusive, precedentes jurisprudenciais nesse sentido. Ocorre, porém, que o caso da autora não se consubstancia em pensão legada, porquanto a pensão foi concedida à apelante na condição de neta da ex-servidora. Logo, as questões referentes à aplicação ou modulação de efeitos, em razão da representação de inconstitucionalidade nº 20/99 não se aplicam à hipótese. Em verdade, a autarquia previdenciária adotou o entendimento de que a mencionada representação não alcançou o art. 34, do decreto nº 8.275/88 (pensão concedida a neto), porquanto a norma prevista neste artigo cuida de habilitação administrativa de dependente econômico não preferencial, e não, propriamente, de legado de pensão. Nessa toada, compulsando os documentos constantes dos autos, mormente os referentes ao cancelamento da pensão da autora, verifica-se que o motivo invocado pelo réu foi o advento da idade de 25 anos, pela autora. Muito embora sustente a apelante que as netas equiparam-se às filhas e que somente com o advento do matrimônio seria possível o cancelamento da pensão, fato é que o decreto municipal, específico ao caso dos autos, por ser a instituidora da pensão servidora pública municipal, não prevê tal condição. O art. 30, I, do referido decreto é claro ao limitar o pensionamento à idade. Nesse passo, a idade é uma das condições para manutenção do benefício, de forma que ao estado civil de solteira, deve-se acrescer a idade inferior a 25 anos, tal como ocorreu com a autora. Ora, a apelante continuou recebendo o pensionamento, com lastro no citado art. 34, do decreto 8.275/88, em decorrência do falecimento da avó, fato ocorrido em 1991, quando tinha 10 anos idade, sendo certo que o direito só persistiria enquanto satisfeitas as condições previstas para filhos e filhas, constantes do inciso I, do art. 30. Sendo assim, não há que se falar em ilegalidade no cancelamento perpetrado pela Administração Pública, porquanto intimou a autora para manifestar-se sobre o cancelamento do benefício em 2006, ou seja,

exatamente quando completou 25 anos de idade. Por fim, destaca-se que não há que se falar, *in casu*, em decadência administrativa, pois o fato de o cancelamento definitivo ter ocorrido em 2011 apenas se deu em razão da demora do procedimento administrativo, que garantiu à recorrente ampla defesa e contraditório. Desprovimento do recurso' (Apelação Cível nº 0284133-61.2015.8.19.0001 – 3ª Câmara Cível – Des. RENATA MACHADO COTTA – Julgamento em 18/10/2017).

Por fim, em face do disposto no verbete nº 161, da Súmula deste Tribunal (“questões atinentes a juros legais, correção monetária, prestações vincendas e condenação nas despesas processuais constituem matérias apreciáveis de ofício pelo Tribunal”), majora-se a verba honorária devida pela apelante em R\$ 500,00, na forma 85, §11, do CPC, e considerada a data de prolação da sentença.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 24 de janeiro de 2018.

DES. CARLOS EDUARDO DA FONSECA PASSOS
Relator

PROPRIEDADE COMPARTILHADA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL DE MAIS DE 20 ANOS. RECUSA DE UMA DAS PARTES EM ARCAR COM DESPESA DE CUSTEIO. ALEGAÇÃO QUE OS ANIMAIS FORAM ADQUIRIDOS ANTES DA UNIÃO ESTÁVEL. IRRESIGNAÇÃO. RESPONSABILIDADE DE AMBOS. DEVER DE CUIDAR. VALOR ARBITRADO PARA CADA UM DOS EX-COMPANHEIROS EM FAVOR DE CADA ANIMAL.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IN-

DEFERIMENTO DE GASTOS PROVISÓRIOS DESTINADOS À MANUTENÇÃO DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO, DIANTE DA ALEGAÇÃO DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DA REQUERENTE. IRRESIGNAÇÃO. PROVA DA CONTRIBUIÇÃO DO AGRAVADO COM O CUSTEIO DOS ANIMAIS MESMO APÓS O FIM DA CONVIVÊNCIA.

1. Verificando-se a propriedade compartilhada dos animais, adquiridos no curso da união estável, bem como a impossibilidade da agravante de sustentá-los integralmente, imperioso o deferimento da tutela de urgência requerida.

2. Os animais de estimação, ainda que não titularizem direitos alimentares, geram despesas que devem ser suportadas por ambos os proprietários, mesmo após a dissolução da relação em comum.

RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0056698-31.2017.8.19.0000 em que é Agravante M.G.C. e Agravado J.A.Q.F.

Acordam os Desembargadores que integram a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso, pelas razões que se seguem.

Trata-se de agravo de instrumento desferido contra decisão prolatada pelo Juízo da 1ª Vara de Família do Foro Regional de Itaipava - Petrópolis - RJ, que indeferiu o pedido liminar de prestação alimentar em favor da autora com destinação aos animais de estimação. Diante do argumento de que estes seriam de sua propriedade exclusiva, proferiu-se decisão de que não haveria obrigação legal de custeio por parte do agravado.

Irresignada, pleiteia a reforma da decisão.

Sustenta que as partes conviveram em união estável por mais de vinte anos, período em que adquiriram seis cachorros e uma gata, cuja manutenção era realizada de forma compartilhada por ambos. Ocorre que, a partir de 2016 o agravado se recusou a concorrer com as despesas para custeio dos animais, razão pela qual requer o deferimento da antecipação da tutela negada pelo juízo *a quo*.

Não foi concedido efeito suspensivo ao agravo, pela decisão constante do indexador 13.

Contrarrazões ao agravo (indexador 20) em que se pleiteia a manutenção da decisão recorrida, por seus próprios fundamentos.

Agravante juntou declaração da veterinária dos animais, no indexador 27.

É o relatório.

Voto

O recurso encontra-se revestido dos pressupostos de admissibilidade, devendo ser conhecido. Passa-se ao seu exame.

Cinge-se o presente recurso à discussão quanto à obrigação de prestação de verbas para manutenção de animais de estimação. O agravado pretende afastar sua responsabilidade sobre o sustento desses animais com a alegação de que pertenceriam exclusivamente à requerente, que os adquiriu em data anterior ao início da união estável.

Assim, importante constatar que, ainda que haja divergência quanto ao início do período de convivência, admitem as partes que conviviam em união estável a partir de 2005. Verifica-se, pelos documentos de f. 860 e 883/884, que nenhum dos animais foi adquirido antes do ano de 2006. Portanto, é certo afirmar que todos foram adquiridos em período no

qual ambas as partes coabitavam.

Ademais, torna-se possível inferir, especialmente pelo teor dos documentos de f.850/851 e 875, que o agravado contribuiu efetivamente para a manutenção dos animais pelo menos até o ano de 2015.

Em consequência, deduz-se de forma segura que os animais eram de propriedade das partes, sendo ambas responsáveis por seu sustento e conservação.

Aqui, é de ser observado que os animais não são titulares de direito alimentar, mas tal fato não retira a ideia de responsabilidade primária, de seus titulares, para com o sustento e a manutenção destes.

Como ensina a Dra. Lucia Frota Pestana de Aguiar, In **A Tutela Preventiva na Proteção dos Animais**, São Paulo: Editora Max Limonad, 2015, p.181: “A falta de personalidade não inibe a proteção dos seres vivos de todas as espécies. Apesar do Código Civil tratar os animais como coisas nada impede que eles sejam protegidos, (...) como espécie do gênero bem ambiental.”

Neste plano, não seria muito lembrar que a Lei nº 9.605/98, em seu artigo 32, estabelece a pena de detenção, de três meses a um ano, e multa, para quem “Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”. Ou seja, o simples desprever, acarretando o abandono, importaria em maus tratos, a tipificar um ilícito penal.

Por conseguinte, é correto afirmar que se põe latente nesta regra, o dever de cuidar, onde está o de arcar com os ônus da subsistência do animal.

Somando-se os princípios de direito civil

e de direito ambiental, não há como ver recusado este dever.

Logo, tais quais os bens amealhados pelo casal, no curso do período de convivência, geraram despesas ao longo de sua vida útil, o que implica na demanda de recursos para sua manutenção, os animais domésticos merecem, no mínimo, igual tratamento, seja por igual natureza, ou por possuírem valor social maior.

Restaria saber, então, o montante a ser despendido por cada um dos ex-companheiros.

No caso, verifica-se que as despesas apresentadas pela agravante, nos documentos de f. 95/107, excedem os gastos ordinários com os animais - valores atinentes a exames pré-operatórios, coleta de sangue, anestesia e cirurgia -, daí porque parece razoável que se fixe, provisoriamente, para cada um dos ex-companheiros, o valor de R\$150,00 (cento e cinquenta reais) para cobrir apenas as despesas nominadas de rotineiras, totalizando R\$1.050,00 (mil e cinquenta reais).

Por todo o exposto, voto no sentido de dar provimento ao presente agravo de instrumento para arbitrar o valor de R\$150,00 em favor de cada animal, no total de R\$1.050,00, consistente em metade dos custos fixos dos animais, a serem arcados pelo agravado.

Rio de Janeiro, 11 de abril de 2018.

DES. RICARDO COUTO DE CASTRO
Relator

POLUIÇÃO SONORA. AMBIENTE URBANO. BAILE FUNK. AUSÊNCIA DE TRATAMENTO ACÚSTICO EFICAZ NA QUADRA DA ESCOLA DE SAMBA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PODER DE POLÍCIA PARA COIBIR O

NÍVEL DE RUÍDO EXCESSIVO. OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA PARA REPARAÇÃO DE DANO AMBIENTAL DESNECESSÁRIA. INEXISTÊNCIA DE DANO PERMANENTE QUE VIOLE O EQUILÍBRIO ECOLÓGICO. PARCIAL PROVIMENTO.

APELAÇÃO CÍVEL. Ação Civil Pública. Dano ambiental. Poluição sonora. Baile Funk. Atividade sonora em quadra de escola de samba sem atendimento às normas legais, causando desconforto e intranquilidade aos moradores do bairro e adjacências. Pedido de indenização dos danos ambientais. Condenação do grêmio recreativo a cessar a atividade de sonorização até a execução de tratamento acústico e submissão às normas legais. Condenação do Estado do Rio de Janeiro a impedir, com exercício de seu poder de polícia, que a agremiação continue a praticar atividades de sonorização prejudicial ao meio ambiente. Reforma parcial. Necessidade de restauração ambiental não configurada. Com a cessação dos bailes funk, o que ocorreu principalmente em razão da boa intervenção do Ministério Público, não restou comprovada nos autos a existência de degradação ambiental permanente que possa, de alguma forma, ser restaurada. Eventuais danos materiais ou morais, coletivos ou individuais homogêneos, não se confundem com dano ao meio ambiente. Agravo retido desprovido. Apelação a que se dá parcial provimento.

Vistos, relatados e discutidos a apelação cível nº 0038152-76.2004.8.19.0001, em que é apelante o Estado do Rio de Janeiro e Apelados o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e outros.

Acordam os Desembargadores que compõem a Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unani-

midade, em negar provimento ao agravo retido e dar parcial provimento ao recurso nos termos do voto do Relator.

Trata-se de recurso de apelação que objetiva a reforma da sentença proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública (Central de Assessoramento Fazendário) da Comarca da Capital, que julgou procedentes os pedidos formulados na Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público em face do apelante e outros.

Na hipótese, a Primeira Promotoria de Tutela Coletiva do Meio Ambiente moveu a presente Ação Civil Pública em face do Grêmio Recreativo de Samba do Santa Marta, de seu Presidente e do Estado do Rio de Janeiro em defesa do meio ambiente, alegando que o primeiro réu promove eventos em desacordo com as normas federais, estaduais e municipais resultando poluição sonora e desordem; que o primeiro réu, mesmo tendo sido compelido administrativamente a encerrar a realizações de bailes funk no local, atividade não licenciada, continua a promover poluição sonora todos os finais de semana, mediante eventos que tiram o sossego e a tranquilidade dos moradores do bairro; para realização de bailes *funk* é necessário, segundo a legislação, o “nada opor” da Polícia Militar, alvará do Corpo de Bombeiros, licenciamento da Prefeitura, alvará do Juizado da Infância e da Juventude, além da apresentação de contrato previamente assinado entre os organizadores e a entidade contratante; que nas vistorias realizadas no local o Sr. Sérgio, presidente e responsável pela Escola de Samba, deixou de apresentar os documentos necessários, sendo, pois, ilegais as atividades realizadas; que tais atividades geraram danos ao meio ambiente que devem ser indenizados e como no caso concreto não é possível a indenização *in natura* dos danos ambientais, a condenação pecuniária deve contemplar a coletividade, com reversão dos valores para o FECAM; que o dano ambiental, pela sua

natureza, em regra, é ilíquido e de difícil estimativa, havendo diversos parâmetros para o estabelecimento do valor adequado, como o tempo de funcionamento, o horário, o nível de ruído emitido, o número médio de frequentadores, o lucro aferido às custas do sossego alheio, a quantidade de pessoas e residências atingidas pela poluição e poderia se continuar indefinidamente apontando incontáveis parâmetros que poderão servir de base para a liquidação.

Informou que o primeiro réu, mesmo tendo sido autuado pelo Corpo de Bombeiros e pela Inspeção Regional de Licenciamento e Fiscalização, que havia determinado o encerramento das atividades, descumpriu a determinação e continua a promover as atividades nocivas.

Aduziu que além da responsabilidade do Grêmio Recreativo de Samba Mocidade Unida, o Santa Marta e de seu presidente, não se pode negar a responsabilidade do Estado do Rio de Janeiro pela sua omissão em fiscalizar e punir a agremiação por promover eventos irregulares, omitindo-se em seu poder de polícia, deixando de tomar as providências cabíveis para fiscalizar, coibir e impedir que tal infração ambiental ocorresse de forma reiterada.

Pugnou pela concessão de liminar com a interdição temporária de quaisquer atividades que envolva sonorização, determinando que o ERJ exerça o poder de polícia garantindo a interdição mencionada no item anterior e, no mérito, pela procedência condenando-se os réus solidariamente a indenizar os danos ambientais causados, valor a ser apurado em liquidação que será revertido para FECAM, condenação da primeira ré na obrigação de fazer consistente na execução de projeto de tratamento acústico eficaz na quadra da escola de samba, antes da realização de quaisquer atividades envolvendo sonorização sob pena de multa diária a

ser fixada na sentença e condenação do ERJ na obrigação de fazer de impedir a realização de quaisquer atividades envolvendo sonorização na quadra da escola, enquanto não executado o projeto de tratamento acústico.

Instruído os autos sobreveio sentença, assim fundamentada e decidida:

“(…) A Lei Maior incumbiu ao Poder Público e à sociedade a defesa e preservação do meio ambiente para gerações presente e futura, impondo, ainda, a quem exerce atividades lesivas, sanções penais e administrativas, sem prejuízo da reparação do dano ambiental causado, nos termos do seu art. 225.

Nesta ordem de ideias, a emissão de sons e ruídos em níveis que prejudicam a saúde, a segurança e o sossego se insere no conceito de poluição sonora, merecendo a tutela judicial.

No caso concreto, os documentos acostados aos autos evidenciam que, de fato, os eventos realizados na quadra da escola de samba, ultrapassam as condições razoáveis de som, gerando danos aos moradores ao redor, conforme se observam de f. 69/72 e 79.

Ademais, os documentos de f. 50, 59 e 61 comprovam a irregularidade do funcionamento da primeira ré.

Desta feita, a fim de assegurar o direito metaindividual ao bem-estar da população, o pedido autoral merece ser acolhido.

Com efeito, diante das peculiaridades do dano ambiental coletivo, a lei da Ação Civil Pública (lei nº 7.347/85) fornece uma perfeita solução, em consonância com a necessidade de tutela ambiental do bem ambiental difuso.

O artigo 13, a referida lei institui um fundo de amparo aos bens lesados. Com isso, o dinheiro advindo com as indenizações não vai

para os cofres públicos estatais (cabe lembrar que o bem ambiental, no Brasil, não é do Estado e sim de toda a coletividade), mas vai para o Fundo a fim de ser utilizado na recuperação do bem lesado.

O art. 3º, da lei nº 7.347/85, possibilita a imputação ao poluidor de obrigação de fazer (a fim de restaurar o bem lesado) ou não fazer (para que cesse a atividade lesiva) ou condenação pecuniária.

A indenização por dano moral coletivo, o objetivo principal é a compensação da perda de qualidade de vida da sociedade proveniente da lesão ambiental, como no caso dos autos, os moradores do local em sua coletividade foram atingidos, a indenização por dano moral coletivo compensa o sofrimento da coletividade pelas más consequências da degradação, que culminaram na perda de sua qualidade de vida.

(…)

Com relação ao terceiro réu, é cediço que a ordem constitucional estabelece as competências administrativa comum e legislativa concorrente da União, dos Estados e dos Municípios relativamente à proteção meio ambiente e combate à Poluição, na forma do art. 23, VI e 24 VI e da Constituição da República, de forma que a conduta omissiva do réu deu azo aos danos aqui descritos.

Isto posto julgo procedentes os pedidos para: 1) Condenar solidariamente os réus à indenização por dano ambiental em valor a ser apurado em liquidação de sentença e revertido para FECAM, nos termos do artigo 13 da Lei nº 7.347/85; 2) Condenar primeira ré à obrigação de fazer consistente na execução de projeto de tratamento acústico eficaz na quadra da escola de samba, antes de realizar qualquer atividade envolvendo sonorização, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 em caso de descumprimento e 3) Condenar o terceiro réu a impedir, através do exercício do poder de polícia, realização de quaisquer atividades envolvendo sonorização na quadra da escola de samba, enquanto não executado o projeto de tratamento acústico

eficaz, bem como apresentadas todas as licenças necessárias para a realização deste tipo de evento, expedidas pelos órgãos públicos competentes, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 em caso de descumprimento.

Em consequência julgo extinto o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I do Código de Processo Civil. (...)”

Aduz o Estado apelante, em síntese, que Ministério Público moveu a presente ACP em face do Grêmio Recreativo Escola de Samba Ribeiro (presidente do grêmio) e do Estado do Rio de Janeiro objetivando, basicamente, cessar suposta poluição sonora decorrente da realização de bailes *funk* na quadra do Grêmio Recreativo Escola de Samba Mocidade Unida do Santa Marta, sendo requerida a condenação solidária dos réus a indenizar os danos ambientais causados pelo seu funcionamento a ser apurado em liquidação de sentença; que fora deferida liminar que determinou a interdição temporária de quaisquer atividades do Grêmio que envolvessem sonorização, liminar que foi devidamente cumprida com a apreensão dos equipamentos existentes e interdição do local; desde o primeiro momento em que interveio nos autos manifestou-se no sentido de migrar para o polo ativo da ação, entendendo que a ação deveria ter sido dirigida às pessoa responsáveis pelos atos comissivos que promoveram a poluição sonora e ao Município, ente estatal encarregado da fiscalização da realização de atividades econômicas na cidade, bem como de exercer o poder de polícia no que concerne a poluição sonora; não obstante, o Juízo *a quo*, permitiu o prosseguimento da ação sem promover a inclusão do Município na demanda.

Afirma que, no seguimento, pugnou pela produção de prova pericial para verificação da poluição sonora supostamente produzida, bem como para que se apurasse a ocorrência de eventual dano, destacando a imprescindibilidade da prova a fim de comprovar os fatos ale-

gados. O pedido foi indeferido pelo Juízo em decisão saneadora; que interposto agravo retido, não tendo o Juízo *a quo* exercido a retratação, agravo retido cujos termos reitera; que a sentença é nula vez que ao indeferir a produção de prova pericial, negou-se o exercício à ampla defesa e ao contraditório; que a questão não pode ficar adstrita a apuração do “valor”, mas em apurar-se a própria configuração da poluição sonora, sua extensão para, a partir daí apurar-se a existência de dano ambiental, ressaltando não ser qualquer festa pontual, que, eventualmente, utilizando-se de som alto, é capaz de causar ano ambiental; que sem prova do dano e do nexo de causalidade entre o suposto dano e uma atuação estatal específica, não há, como se falar em responsabilidade civil do Estado; que uma das condenações que lhe foram impostas genericamente foi a de impedir, através do poder de polícia a realização de quaisquer atividades envolvendo sonorização na quadra da escola de samba, enquanto não realizado o tratamento acústico, bem como, apresentadas todas as licenças necessárias para realização deste tipo de evento; que, não é possível saber o que seria projeto de tratamento acústico eficaz sem a realização de perícia no local e sem a comprovação da real existência de falhas e deficiências acústicas nas instalações existentes; que, por foças de determinações constitucionais e de leis infraconstitucionais, compete ao Município a realização de fiscalização de atividades econômicas urbanas, bem como, exercer o poder de polícia; que se trata de litisconsorte passivo necessário, vez que sem a participação do Município seria impossível a realização das obrigações atinentes ao licenciamento, fiscalização, controle e impedimento das atividades versadas; que o Estado não pode responder por omissão do município.

Sustenta a improcedência do pedido ante a inexistência de requisitos mínimos de responsabilidade do Estado; diz que o pedido se

funda no fato de que nos anos de 2003 e 2004 teriam sido registrados algumas reclamações de moradores vizinhos à quadra do Grêmio Recreativo alegando suposta poluição sonora decorrente de baile *funk* na referida localidade; com base nessas alegações, postula-se a condenação dos réus a fazer cessar a poluição sonora e a indenizar os danos ambientais causados a serem apurados em liquidação e sentença; que para comprovar suas alegações o Ministério Público instruiu os autos com inquérito civil instaurado para apurar reclamações dos moradores, documento processual unilateral que não foi pautado por qualquer tipo de prova técnica; que não há nos autos qualquer prova dos fatos alegados na inicial; que, não obstante, comprovou através dos diversos ofícios encaminhados pelo Comandante da Polícia Militar a inexistência de qualquer omissão específica do Estado, sendo certo que todas as vezes em que foi pontualmente instado a atuar por meio de agentes de polícia atendeu a população; que, na verdade, as reclamações pontuais atinentes ao excesso de ruído ou à esporádica utilização de som alto na localidade demonstra conflito de vizinhança e que deve ser resolvido no âmbito da responsabilidade civil entre particulares, impondo-se obrigação de fazer e não fazer e, em caso de desrespeito aos limites cabíveis, em multa e responsabilidade criminal, que descaracterizam a atuação coletiva do Ministério Público; que, mesmo que se justifique a atuação ministerial, esta deveria ser dirigida àqueles particulares que por seus atos comissivos teriam promovido a alegada poluição e, quando muito, ao Município a quem, por determinação legal, compete fiscalizar a realização de atividades econômicas no âmbito urbe, bem como exercer o poder de polícia relativo à poluição sonora; que o Estado não se furta às suas reponsabilidades, na medida em que vem exercendo repressiva policial, que, apesar de contínua, não consegue, vez ou outra, impedir carros com rádios ligados em volume excessi-

vo, trailers e outros; que não compete ao Judiciário, em razão da separação dos poderes, exigir genericamente que a administração pública venha exercer funções de polícia dispostas na legislação, muito menos ditar a forma como deverão ser adotadas; que não restou comprovado a existência de dano ambiental; que não é o caso de impor ao Estado prova da inexistência de dano que no caso seria prova impossível.

Pugna preliminarmente seja apreciado seu agravo retido reconhecendo-se a nulidade da sentença por ofensa ao devido processo legal; ii) ilegitimidade passiva do Estado e, alternativamente, nulidade da sentença em razão litisconsorte passivo necessário unitário do Município; iii) caso ultrapassadas as preliminares sejam julgados improcedentes os formulados em face do Estado.

Contrarrazões de f. 816/830 em prestígio à sentença.

A Procuradoria de Justiça oficiou a f. 847/862 pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

Voto

De início deve ser apreciado o agravo retido reiterado nas razões de apelação.

No caso, sustenta o agravante cerceamento de defesa em razão de não lhe ter sido permitida a produção de prova pericial para apuração não só do valor pedido a título de indenização como a própria existência do dano ambiental e do nexo de causalidade entre a suposta atuação estatal específica.

Não assiste razão ao agravante.

A perícia era, de fato inútil, uma vez que

a alegada poluição sonora teria supostamente ocorrida em 2003 e 2004 e cessada em maio de 2004, tendo passado mais de dez anos. Quanto a outras consequências específicas e duradouras, o ônus da prova é do autor, que dispensou sua realização.

Ante o exposto, deixo de acolher o agravo retido.

Acertada também a decisão o Juízo *a quo* em não permitir a migração do apelante para o polo ativo e não determinar a inclusão do município do Rio de Janeiro no polo passivo da ação.

Segundo o que se extrai da norma do art. 225, da Constituição da República, a responsabilidade dos entes públicos pela garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio é solidária, não se configurando caso de litisconsórcio necessário, mas de litisconsórcio facultativo.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nesse sentido:

0013380-91.2011.8.19.0037 – Apelação/ Reexame Necessário. 1ª Ementa. Des(a). JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI - Julgamento: 13/06/2017 - Décima Segunda Câmara Cível.

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. MUNICÍPIO DE NOVA FRIBURGO. LOTEAMENTO IRREGULAR. PARCELAMENTO DO SOLO E CONSTRUÇÕES ILEGAIS. DESMATAMENTO. IRRESIGNAÇÃO DA MUNICIPALIDADE COM A SENTENÇA, QUE A CONDENOU SOLIDARIAMENTE A REPARAR OS DANOS CAU-

SADOS AO MEIO AMBIENTE, QUE NÃO MERECE PROPERAR. HIPÓTESE EM QUE A RESPONSABILIDADE CIVIL É OBJETIVA E SOLIDÁRIA. MUNICÍPIO QUE ATUOU COMO POLUIDOR INDIRETO, NA MEDIDA EM QUE É RESPONSÁVEL PELA FISCALIZAÇÃO DO PROCESSO DE OCUPAÇÃO DO SOLO. APLICABILIDADE DOS ARTIGOS 30, INCISO VIII, E 225, *CAPUT*, AMBOS DA CRFB/88. DESNECESSIDADE DE INCLUSÃO DO ESTADO E DA UNIÃO DO POLO PASSIVO, POIS O LITISCONSÓRCIO PASSIVO É FACULTATIVO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 14 DA LEI 6.938/81, BEM COMO DO ARTIGO 927 DO CC/02. ISENÇÃO DO RECOLHIMENTO DE CUSTAS JUDICIAIS. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DA TAXA QUE SE MANTÉM. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO APELANTE AO PAGAMENTO DAS CUSTAS, TENDO EM VISTA A ISENÇÃO LEGAL.

0052149-17.2013.8.19.0000 – Agravo de Instrumento. 1ª Ementa Des(a). JORGE LUIZ HABIB - Julgamento: 09/06/2014 - Décima Oitava Câmara Cível.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO EM OBRIGAÇÕES DE FAZER RELATIVAS À DEFESA DO MEIO AMBIENTE, DO PLANEJAMENTO URBANO E DE OUTROS INTERESSES DIFUSOS, EM RAZÃO DE RISCO DE NOVOS DESLIZAMENTOS E CONSEQUENTES DESABAMENTOS DE IMÓVEIS EM RUA DA CIDADE DE NITERÓI, EM DECORRÊNCIA DAS FORTES CHUVAS DE ABRIL DE 2010. Interlocutória que indeferiu pedido de inclusão do Estado do Rio de Janeiro no polo passivo da demanda em litisconsórcio ou seu chamamento ao processo. Conquanto de maneira concisa, a decisão recorrida apresenta

fundamentação, declinando a razão pela qual entendeu o juízo não ser hipótese de intervenção de terceiro. Hipótese em que há responsabilidade solidária dos entes federativos, não se configurando caso de litisconsórcio necessário, mas de litisconsórcio facultativo, nos termos do disposto no artigo 46, inciso I do CPC. Cabe ao autor escolher contra quem quer demandar. Incabível também o chamamento ao processo. A solidariedade é instituto criado para beneficiar o credor e não o devedor solidário. Deferir tal modalidade de intervenção de terceiro seria admitir que o direito processual inviabilize ou retarde o exercício do direito material do qual é mero instrumento de realização. Recurso a que se nega seguimento na forma do artigo 557, *caput* do Código de Processo Civil.

Para a admissão da alteração subjetiva da demanda, deferindo-se a migrando o Estado para o polo passivo da ação, seria necessário que este reconhecesse implicitamente os ilícitos apontados na lide e demonstrasse estar tomando providências para saná-las, o que não restou configurado nos autos, na medida que o Estado nega a ocorrência e a omissão que lhe é imputada, bem como a existência do dano.

Sobre o assunto confira-se:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NULIDADE DE AUTORIZAÇÃO E LICENÇA AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO. MIGRAÇÃO DE ENTE PÚBLICO PARA O POLO ATIVO. INTERESSE PÚBLICO. POSSIBILIDADE. 1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a Fazenda Pública do mesmo Estado para discutir a declaração de nulidade de licenças ambientais expedidas pelo DEPRN que autorizaram, ilegalmente, a intervenção em Área de Preservação Permanente. 2. A jurisprudência do STJ é no sentido de que o

deslocamento de pessoa jurídica de Direito Público do polo passivo para o ativo na Ação Civil Pública é possível quando presente o interesse público, a juízo do representante legal ou do dirigente, nos moldes do art. 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/1965, combinado com o art. 17, § 3º, da Lei de Improbidade Administrativa. 3. O Estado responde - em regime jurídico de imputação objetiva e solidária, mas de execução subsidiária - pelo dano ambiental causado por particular que se valeu de autorização ou licença ilegalmente expedida, cabendo ao autor da Ação Civil Pública, como é próprio da solidariedade e do litisconsórcio passivo facultativo, escolher o réu na relação processual em formação. Se a ação é movida simultaneamente contra o particular e o Estado, admite-se que este migre para o polo ativo da demanda. A alteração subjetiva, por óbvio, implica reconhecimento implícito dos pedidos, sobretudo os de caráter unitário (p. ex., anulação dos atos administrativos impugnados), e só deve ser admitida pelo juiz, em apreciação *ad hoc*, quando o ente público demonstrar, de maneira concreta e indubitável, que de boa-fé e eficazmente tomou as necessárias providências saneadoras da ilicitude, bem como medidas disciplinares contra os servidores ímprobos, omissos ou relapsos. 4. No presente caso ficou assentado pelo Tribunal de Justiça que o Estado de São Paulo embargou as obras do empreendimento e instaurou processo administrativo para apurar a responsabilidade dos agentes públicos autores do irregular licenciamento ambiental. Também está registrado que houve manifesto interesse em migrar para o polo ativo da demanda. 5. Recurso Especial provido. (REsp 1391263/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 07/11/2016).

No que diz respeito ao mérito, assiste parcial razão ao recorrente.

A ação trata de poluição sonora e não de

simples incômodo restrito aos confinantes de parede, hipótese em que a tutela não se dirige aos direitos individuais de vizinhança, mas à defesa do meio ambiente, da saúde e da tranquilidade pública, bens de natureza difusa, sendo que a indeterminação dos sujeitos não impede a coexistência de vítimas individualizadas e individualizáveis.

Buscou o Ministério Público nesta ação a prevenção e a interrupção da poluição sonora que era praticada pela primeira ré, bem como a reparação pelos danos decorrentes.

A ocorrência dos bailes funk no período de 2003 a 2004, bailes *funk* nos finais de semana com som alto, bailes que se iniciavam às 18:00 de um dia e acabavam às 7:00 horas do outro e da poluição sonora restou bem configurada através dos documentos de f. 42/32, 69/72 e 79, o que justifica as condenações dos itens “2” e “3” da sentença.

Por outro lado, o dano ambiental também é intuitivo, eis que a poluição sonora, por si só, é capaz de abalar o equilíbrio explicitamente protegido pelo art. 225, da Constituição da República.

Tratando-se, contudo, de poluição sonora no ambiente urbano, a degradação ambiental é, em princípio, do tipo que se restaura por si só, ou seja, as coisas voltam à situação anterior tão logo haja a cessação das imissões nocivas. Não se vislumbra a existência de um dano permanente que sobreviva à conduta violadora e que enseje o restabelecimento do equilíbrio ecológico.

Com a cessação dos bailes *funk*, o que ocorreu principalmente em razão da boa intervenção do Ministério Público, não restou comprovado nos autos a existência de degradação ambiental permanente que possa, de alguma forma ser restaurada ou deva ser indenizada, eventuais danos materiais ou morais coletivos

ou individuais homogêneos não se confundem com dano ao meio ambiente.

Não se trata de reconhecer a dificuldade ou impossibilidade da reparação dos danos ambientais, mas sim reconhecer a ausência de necessidade de qualquer restauração, de modo que nada há a ser convertido em obrigação pecuniária. Questão que inevitavelmente deve ser enfrentada no processo de conhecimento e não postergada para a fase de liquidação.

Quanto aos danos morais coletivos (danos autônomos, inconfundíveis com os materiais), ainda que mencionados na sentença, não há qualquer pedido a respeito, de modo que não foram discutidos ao longo do processo, não havendo razão para apreciá-los.

Por tais fundamentos, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso, para reformar parcialmente a sentença recorrida, excluindo a condenação de seu item “1” “indenização por dano ambiental em valor a ser apurado em liquidação de sentença e revertido para FECAM, nos termos do artigo 13 da Lei nº 7.347/85”

Rio de Janeiro, 27 de março de 2018.

DES. JOSÉ ROBERTO PORTUGAL COMPASSO
Relator

REPRESENTAÇÃO. PESSOA JURÍDICA ESTRANGEIRA. MICROSOFT. IRREGULARIDADE. ALEGAÇÃO DE NÃO POSSUIR REPRESENTANTE NO BRASIL. A REPRESENTAÇÃO DEVE SER FEITA POR INTEGRANTE DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. PAGAMENTO DE CUSTAS E HONORÁRIOS.

APELAÇÃO. EMBARGOS À EXE-

CUÇÃO. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO DA EMBARGADA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REFORMA.

Apelada exequente que se encontra irregularmente representada. Em se tratando de pessoa jurídica estrangeira, deve ser representada por gerente, representante ou administrador da filial, agência ou sucursal no território nacional, na forma do inciso X, do art. 75, do CPC. Intimação da recorrida para a regularização da representação, na forma do art. 76, do CPC, mas que se limitou a alegar que não possui qualquer representante no Brasil. Informações contidas no website da MICROSOFT, dando conta de que no Brasil são mais de 900 colaboradores em 13 filiais, inclusive no Rio de Janeiro, com escritório central em São Paulo, e sede em Redmond, Washington, USA - mesmo endereço utilizado na inicial da execução. Entendimento assente na jurisprudência de que, em se tratando de pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo econômico, afasta-se a alegação de ilegitimidade em relação a qualquer outra do mesmo grupo, o que reforça o argumento de que a recorrida deve ser representada por gerente ou administrador de sua filial aqui existente, integrante do mesmo grupo econômico. Provimento do recurso, para acolher os embargos à execução, extinguindo a execução sem julgamento do mérito, por irregularidade da representação da exequente, que fica condenada ao pagamento das custas e honorários de 10% sobre o valor executado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0158690-66.2016.8.19.0001, em que é apelante Carlos Eduardo Diniz Botelho, sendo apelada Microsoft Corporation.

Acordam os Desembargadores que com-

põem a Vigésima Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em dar provimento ao recurso. Decisão unânime.

Cuida-se de embargos de devedor, opostos por Carlos Eduardo Diniz Botelho em face de Microsoft Corporation, objetivando declaração de nulidade do título em que se funda a execução.

Sustenta a irregularidade da representação processual da embargada, sendo vício insanável. Ademais, afirma que o título é nulo, pois não foi devidamente assinado, afirmando a invalidade da multa cobrada.

Em resposta (f. 118/124), alega a embargada a legitimidade de sua representação, bem como a regularidade do título, não reconhecendo qualquer pagamento pelo embargante.

A d. sentença (f. 163/165), julgou improcedentes os embargos, determinando o prosseguimento da execução, condenando o embargante ao pagamento das custas e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

Em apelação (f. 181/187), reedita o embargante as razões já expostas na inicial.

Sem contrarrazões (f. 194). É o Relatório.

Voto

Assiste razão ao apelante.

Isso porque, no que tange à representação da embargada apelada, constata-se a irregularidade.

Em se tratando de pessoa jurídica estrangeira, com filial, agência ou sucursal no território nacional, aplica-se o inciso X, do art. 75, do CPC:

Art. 75. Serão representados em juízo, ati-

va e passivamente:

(...)

X - a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil;

E, conquanto intimada para a regularização da representação, pelo despacho de f. 206, na forma do art. 76, do CPC, a recorrida se limitou a alegar que não possui qualquer filial, agência ou sucursal no Brasil.

Contudo, verifica-se que em seu website (<https://www.microsoft.com/pt-br/about/onde-estamos.aspx>) consta a informação de que possui várias filiais, inclusive no Rio de Janeiro, com escritório central em São Paulo.

Ressalte-se que no referido site consta a informação de que a sede da recorrida se encontra em Redmond, Washington, USA - mesmo endereço utilizado na inicial da execução -, e que no Brasil são mais de 900 colaboradores em 13 filiais.

Por fim, encontra-se assente na jurisprudência o entendimento de que, em se tratando de pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo econômico, afasta-se a alegação de ilegitimidade em relação a qualquer outra do mesmo grupo, o que reforça o argumento de que a Microsoft deve ser representada por gerente ou administrador de sua filial aqui existente, integrante do mesmo grupo econômico.

0007364-40.2008.8.19.0001 - APELAÇÃO 1ª Ementa Des(a). LINDOLPHO MORAIS MARINHO - Julgamento: 18/04/2017 - Décima Sexta Câmara Cível

APELAÇÃO. PROCESSUAL CÍVEL E CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. CONTRATO DE IMPORTAÇÃO.

COMPRA E VENDA DE ACESSÓRIOS PARA TELEFONES CELULARES. CONTRATO DE CÂMBIO FIRMADO COM O BANCO RURAL S/A. PAGAMENTO ANTECIPADO DA MERCADORIA. DIVISA EM DÓLARES REMETIDA AO IMPORTADOR. MERCADORIA NÃO ENTREGUE. REPATRIAÇÃO DO ATIVO NO PRAZO DE 180 DIAS. INOCORRÊNCIA. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. RECEITA FEDERAL/BANCO CENTRAL. PROCESSO PENAL INSTAURADO. JUSTIÇA FEDERAL. APLICAÇÃO DE MULTA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. DEMONSTRADO O CONTRATO DE COMPRA E VENDA E A REMESSA DE DIVISAS. INADIMPLÊNCIA DA VENDEDORA. EMPRESA ESTRANGEIRA. NOMEAÇÃO DE REPRESENTANTE LEGAL, ARTIGO 300, DA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS. LEI Nº 6.404/76. INEXISTÊNCIA. CITAÇÃO FEITA NA PESSOA JURÍDICA DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. POSSIBILIDADE. ARTIGO 12, §3º C/C ARTIGO 88 DO CPC/1973 E ARTIGO 1.138 DO CC. CITAÇÃO VÁLIDA. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO. DIREITO PESSOAL. PRAZO PRESCRICIONAL DECENAL. ARTIGO 205, *CAPUT*, DO CC. DANOS MATERIAIS E MORAIS. OCORRÊNCIA. REAPRECIÇÃO DO RECURSO HUYNDAI CORPORATION. ADMISSÃO E CONHECIMENTO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA HUYNDAI CORPORATION E NÃO CONHECIDO O RECURSO DA HUYNDAI CAO DO BRASIL. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PARA 20% DO VALOR DA CONDENAÇÃO. RECURSO/ADESIVO - PARTE AUTORA - A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. PENA DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ ATRIBUÍDA À RECORRENTE HUYNDAI CORPORATION. ACERTO DO JULGADO. Ato citatório válido. Inocorrên-

cia da alegada prescrição. Inexiste nulidade processual. Ausência de interesse processual. Acolhimento da ilegitimidade passiva. Revelia. A apelante não é parte neste processo, pois não há o concurso, mas ausência, do interesse processual composto pelo binômio necessidade-adequação, posto inexistir precisão da interposição do presente recurso, eis que não tem concernência com a sentença (art. 267, VI, CPC/1973 c/c art. 485, VI, CPC/2015), porque a mesma não foi vencida, por não ser parte, (art. 499 do CPC/1973 c/c art. 996 do CPC/2015). Recurso da HUYNDAI CAO DO BRASIL a que não se CONHECE. Reapreciação do recurso da ré, HYUNDAI CORPORATION, que arguiu ilegitimidade passiva, nulidade da citação e do processo, ocorrência da prescrição trienal, e no mérito ausência de provas dos fatos alegados. O negócio jurídico de compra e venda de componentes para telefones celulares está comprovado pelo contrato de câmbio de venda tipo importação. Comprovação dos fatos alegados pelo autor. Não há, pois, que se falar em nulidade da citação ou da necessidade de citação por carta rogatória, posto que, como demonstrado, a recorrente se comportou, como previu a doutrina acima, já que não informou nem informa a existência de qualquer representante seu em território nacional, apesar de não negar que aqui fez e faz negócios, e deseja continuar se furtando ao cumprimento do referido dispositivo, portanto a sua agregada (Hyundai Caoa) ao ser citada o foi segundo a lei processual. Esta pessoa jurídica estrangeira foi citada na pessoa de sua representante legal estabelecida em território nacional. Citação válida. Com a modificação dos prazos de prescrição do Código Civil do ano de 2003 e por intermédio da transição estabelecida pelo artigo 2028 do referido Código e considerada a relação como de direito pessoal, o prazo prescricional que se aplica é o do artigo 205, *caput*, do referido diploma, cuja pretensão se extingue no prazo de dez (10) anos. E, contado o prazo da entrada em vigor do mes-

mo, em 11 de janeiro de 2003, não se operou a alegada prescrição. Recurso da HYUNDAI Corporation a que se nega provimento. Recurso Adesivo da autora pleiteando majoração do valor arbitrado a título de dano moral e dos honorários advocatícios sucumbenciais. Valor arbitrado a título de indenização dano moral bem fixado. Consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Honorários majorados para 20% do valor da condenação. Recurso/Adesivo, Teixeira Nunes, a que se dá parcial provimento. Condenação da ré HYUNDAI Corporation nas penas da litigância de má-fé e a pagar a parte autora multa no valor de 5% do valor corrigido da causa. Recurso da HYUNDAI CAO DO BRASIL LTDA não conhecido. Recurso da HUYNDAI Corporation a que se nega provimento. Recurso/Adesivo da Teixeira Nunes a que se dá parcial provimento para majorar os honorários advocatícios.

0015401-95.2004.8.19.0001 - APELAÇÃO 1ª Ementa Des(a). LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO - Julgamento: 25/08/2010 - Terceira Câmara Cível - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL, E DA INDENIZAÇÃO PREVISTA NO ART. 27, "j", DA LEI Nº 4.886/65. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. APELAÇÕES DA RÉ E DO AUTOR. PRELIMINARES DE NULIDADE DO JULGADO, ILEGITIMIDADE PASSIVA E ATIVA NO PRIMEIRO RECURSO. REPRESENTAÇÃO PARA INTERMEDIÇÃO DE SERVIÇOS DA RÉ NA ÁREA DE SIDERURGIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE ORIGEM. ADMISSIBILIDADE DO FORO DE ELEIÇÃO NO CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELA NÃO APRECIACÃO DO REQUERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL. INADEQUAÇÃO DO OBJETO DA PROVA À ESPÉCIE PRO-

BATÓRIA APONTADA. FATOS JURÍDICOS, CUJA PROVA DEVE SE DAR, EMINENTEMENTE, POR DOCUMENTOS. FACULDADE DO JUÍZO DE INDEFERIR PROVA QUE ENTENDA NÃO SER RELEVANTE PARA O JULGAMENTO. INOCORRÊNCIA DE JULGAMENTO *CITRA PETITA*, UMA VEZ QUE O PROVIMENTO JUDICIAL GUARDA CORRELAÇÃO COM O PEDIDO, NÃO SENDO DE SE AFERIR ESTA EM RELAÇÃO A ARGUMENTOS DE DEFESA, ESPECIALMENTE SE A RÉ NÃO FORMULOU PEDIDO CONTRAPOSTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. REJEIÇÃO DA ARGUIÇÃO DE NULIDADE. LEGITIMIDADE DA RÉ POR INTEGRAR O MESMO GRUPO ECONÔMICO DA CONTRATANTE ORIGINAL, QUE É SOCIEDADE ESTRANGEIRA. PERTINÊNCIA DO AUTOR AO PÓLO ATIVO EM RAZÃO DE TER RECEBIDO O CRÉDITO POR CESSÃO. REJEIÇÃO TAMBÉM DE TAIS ARGUIÇÕES. ALEGAÇÃO INCOMPROVADA DA RÉ DE QUE CONSTAVAM DO CONTRATO OBJETO DA INTERMEDIÇÃO SERVIÇOS EXPRESSAMENTE EXCLUÍDOS DO OBJETO DO PACTO DE REPRESENTAÇÃO. PRETENSÃO FUNDADA NO ALEGADO SUCESSO DA INTERMEDIÇÃO, QUE SE CONSTATA A PARTIR DA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DA REPRESENTADA POR EMPRESA SIDERÚRGICA, EM 2000. VIGÊNCIA DO PACTO ATÉ 2004. FATURAMENTO ATIVO ATÉ 2003. COMPROVAÇÃO DA CAUSALIDADE ENTRE A REPRESENTAÇÃO E O CONTRATO OBTIDO PELA REPRESENTADA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DA DÍVIDA EM DO-

BRO COM OUTRA, CUJA EXISTÊNCIA, LIQUIDEZ E EXIGIBILIDADE NÃO FOI DEMONSTRADA. DESCABIMENTO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO PREVISTA EM LEI, EM RAZÃO DE NÃO TER HAVIDO RESCISÃO, MAS SIMPLES RESOLUÇÃO CONTRATUAL. DISPOSIÇÃO PROTETIVA DA LEI QUE NÃO SE MOSTRA ADEQUADA AO CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO FIRMADO ENTRE PARTES QUE SÃO PESSOAS JURÍDICAS. CONDENAÇÃO NA QUAL JÁ SE INCLUEM A CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. IMPOSSIBILIDADE DE REFAZER A ATUALIZAÇÃO PELO IGP-M, QUE ERA ÍNDICE DE REAJUSTE DE PREÇO, E NÃO DE CORREÇÃO DE DÍVIDA. REPARO DE PEQUENA MONTA À SENTENÇA, NO CAPÍTULO DA SUCUMBÊNCIA. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES E PROVIMENTO PARCIAL DO APELO DA RÉ, PARA REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS E DISTRIBUIÇÃO RECÍPROCA DOS ÔNUS ENTRE AS PARTES, À RAZÃO DE 20% PARA O AUTOR E 80% PARA A RÉ.

À conta de tais considerações, voto no sentido do provimento do recurso, para acolher os embargos à execução, extinguindo a execução sem julgamento do mérito, por irregularidade na representação da exequente, que fica condenada ao pagamento das custas e honorários de 10% sobre o valor executado.

Rio de Janeiro, 25 de abril de 2018

DES. MARILIA DE CASTRO NEVES VIEIRA
Relator

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Jurisprudência Criminal

ATO INFRACIONAL. INTERNAÇÃO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. EXCESSO DE PRAZO LEGAL. SEIS MESES. SISTEMA INFORMATIZADO APONTA A REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE REAVALIAÇÃO. FIM DA VIOLÊNCIA OU DA COAÇÃO ILEGAL.

***Habeas corpus.* Reclama a impetrante que o paciente respondeu a procedimento destinado à apuração de ato infracional, tendo sido apreendido em 23/03/2017, e julgada procedente a pretensão socioeducativa em 11/04/2017 e aplicada a medida de internação, sendo que até a data da impetração alega que não houve reavaliação da MSE, excedendo o prazo legal de 06 meses, conforme dispõe o art. 121, § 2º do ECA, implicando no retardamento ao direito público subjetivo do paciente de ter a medida reavaliada dentro do prazo legal, o que impede a progressão da mesma. Requereu a concessão da ordem, com pedido de liminar, para imediata transferência do paciente para a medida de semiliberdade, bem como determinar a autoridade coatora a imediata reavaliação da medida, e no mérito a convalidação da liminar deferida.**

Em consulta ao sistema informatizado de acompanhamento processual deste tribunal, verifica-se que na data de 03/04/2018 foi realizada audiência de reavaliação, sendo mantida a mse de internação conforme pleiteado pela impetrante. Razão pela qual vislumbra-se in casu a perda superveniente de objeto, tornando-se indubitável que prejudicado ficou o presente writ. Dessa forma, com base no art. 659 do cpp bem como no verbete de nº 69 da súmula predominante deste e. Tribunal de justiça julgo extinto o presente habeas corpus sem resolução do mérito,

pela perda superveniente de objeto.

DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor do paciente F.C.L. apontando como autoridade coatora o MM Juízo de Direito da Vara de Execuções de Medidas Socioeducativas da Comarca da Capital. A impetrante na peça de interposição respectiva, de f. 02/08 alega em síntese, que o paciente respondeu a procedimento destinado à apuração de ato infracional, tendo sido apreendido em 23/03/2017, e julgada procedente a pretensão socioeducativa em 11/04/2017 e aplicada a medida de internação, sendo que até a data da impetração alega que não houve reavaliação da MSE, excedendo o prazo legal de 06 meses, conforme dispõe o art. 121, § 2º do ECA, implicando no retardamento ao direito público subjetivo do paciente de ter a medida reavaliada dentro do prazo legal, o que impede a progressão da mesma. Requereu a concessão da ordem, com pedido de liminar, para imediata transferência do paciente para a medida de semiliberdade, bem como determinar a autoridade coatora a imediata reavaliação da medida, e no mérito a convalidação da liminar deferida.

A inicial veio instruída com os documentos contidos a f. 01/09 do anexo 1.

Solicitadas, as informações foram apresentadas pela autoridade apontada como coatora a f. 17/18.

Decisão deste Relator a f. 20 indeferindo a liminar.

A d. Procuradoria de Justiça a f. 23/24 opinou no sentido de ser julgado extinto o writ em razão da perda superveniente de objeto.

Relatei, decido.

Em consulta ao sistema informatizado de

acompanhamento processual deste Tribunal, verifica-se que na data de 03/04/2018 foi realizada audiência de reavaliação, sendo mantida a MSE de internação, nos seguintes termos, *in verbis*:

“Em 4 de abril de 2018, nas dependências da Escola de Gestão e Administração do De-gase, perante a MM. Juíza de Direito Dra. LUCIA MOTHE GLOICHE, o Ministério Público Dra. CAROLINA CHAVES DE FIGUEIREDO e a Defensoria Pública Dr(a) GUSTAVO CIVES SEABRA, foi realizada a audiência designada nesses autos. Presente o adolescente. Presente o responsável pelo adolescente que abaixo subscreve. Dada a palavra ao Ministério Público, foi dito: que reitera os termos da promoção já lançada aos autos, pela manutenção da medida. Dada a palavra à Defesa, foi dito: o adolescente está internado desde março de 2017 (satisfeito, portanto, o objetivo sancionatório expresso no art. 1, §2, incisos I e III, da Lei nº 12.594/12) e os relatórios acostados aos autos demonstram a sua nítida evolução. O relatório psicológico aponta comportamento satisfatório com apoio familiar estreito, reflexivo e arrependido com o ato infracional. Tal relatório também indica que o adolescente pretende ingressar no Programa Jovem Aprendiz. O relatório pedagógico deixa claro que o adolescente avançou nos estudos e que apenas repetiu de ano por ter dificuldade cognitiva (satisfeito, portanto, o objetivo pedagógico descrito no art. 1, §2, II, da Lei nº 12.594/12). A manifestação do Ministério Público destina apenas dois parágrafos para análise dos relatórios acostados. Os demais argumentos se referem ao ato infracional praticado, bem como a uma necessidade social de reprimir tais infrações cometidas. A lei do Sinase não permite que a gravidade do ato infracional seja fundamento para manutenção da internação. Diante disso, ante a evidente progressão do adolescente, deve ser a medida substituída por outra menos rigorosa para que os vínculos familiares se estreitem ainda mais.

Pela Dra. Juíza foi proferida a seguinte decisão: O plano individual de atendimento (PIA) já está homologado. Trata-se de jovem que praticou ato infracional e, em consequência, para ele foi aplicada a medida socioeducativa de internação. Essa medida já foi reavaliada, anteriormente, tendo sido mantida. Agora, novamente, foi juntado aos autos o relatório técnico interdisciplinar, nos eixos social, psicológico e pedagógico. As partes foram, regularmente, ouvidas. É o breve relatório. passo a decidir. Inicialmente, destaco que, apesar de não constar dos autos o relatório social do jovem, efetuei a reavaliação, por considerar que, em verdade, a presente decisão tem cunho jurídico, sendo possível faltar um dos eixos do relatório, porque o juízo apenas se baseia no relatório. Não é por outra razão que, inclusive, é possível que o juízo não siga a orientação que do relatório se extraia. É caso de manutenção da internação, como requerido pelo Ministério Público. Considero, ainda, prematura a reinserção do jovem em meio aberto ou em semiliberdade. Nos termos do que dispõe o artigo 1º, §2º, da Lei nº 12.594/2012, as medidas socioeducativas devem objetivar a efetiva responsabilização do adolescente, quanto as consequências lesivas do ato infracional que praticou, razão pela qual necessária sua avaliação durante o cumprimento da medida, a fim de saber se, durante este período, consegui dimensionar a gravidade da sua conduta e se adquiriu suficiente conscientização de seus atos. A medida socioeducativa não tem, apenas, função sancionatória. Ela tem viés educativo, buscando reintegrar aquele que entrou em conflito com a lei com o convívio social pacífico, de maneira a proteger sua vida futura. A análise do momento oportuno para a substituição da medida socioeducativa de internação por outra mais branda deve considerar as necessidades específicas de proteção integral de cada jovem que entrou em conflito com a lei e ter sempre em mira que a medida socioeducativa não é uma pena, e sim um meio de afastar o jovem

do convívio marginal da lei, possibilitando sua reeducação e sua reintegração na sociedade. No caso em exame, destaco que, apesar dos relatórios demonstrarem que o jovem tem apoio familiar e que estaria reflexivo, arrependido e disposto a abandonar seus hábitos anteriores, não revelando qualquer comportamento indevido do mesmo durante a internação, observo, pela folha de antecedentes infracionais de f. 98, que o jovem responde por um novo ato infracional, de natureza grave, que supostamente teria ocorrido no interior da unidade de internação e após a última reavaliação da medida efetuada por este juízo. É verdade que o fato de o jovem ter processo pendente de julgamento e da justiça ser morosa não podem servir de fundamentos para a manutenção da medida, por si só. Mas, no caso presente, uma vez que o ato infracional ocorreu no interior da unidade, considero que é importante que o relatório narre a reflexão do jovem sobre o grave episódio e traga a demonstração desse seu comportamento. Como pode o jovem praticar um ato infracional, eventualmente, no interior da unidade e os relatórios não demonstrarem para o juízo como ele se comportou, como ele pensou acerca desse episódio? Assim, a manutenção da medida de internação é a decisão que se mostra mais acertada para que o jovem retome o caminho da licitude e retorne, para a sua, sem o devido preparo, vindo a praticar novos atos ilícitos que venham a prejudicar, ainda mais, seu futuro. Isto posto, com fulcro nos arts. 121, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e 42 da Lei nº 12.594/12, mantenho a medida socioeducativa de internação, em reavaliação. Providencie a unidade de internação a emissão de todos os documentos civis que o jovem não possua, sua inclusão no jovem aprendiz e o laudo do núcleo de saúde mental. Autorizo que as partes fiscalizem diretamente com a unidade o cumprimento dessa determinação, devendo, no próximo relatório ser juntada a informação sobre o seu cumprimento. O relatório técnico

nos três eixos deverá ser juntado aos autos até o dia 03 de setembro de 2018. Com a juntada, abra-se vista ao Ministério Público pelo prazo de três dias e, em seguida, venham conclusos. Não havendo a juntada, venham os autos para a conclusão. A audiência de reavaliação será, eventualmente, designada após a juntada do relatório. Pela defesa foi dito que requer vista dos autos, bem como que o início do prazo se dê com a chegada dos autos à Defesa, de acordo com a posição do STJ. Em seguida, pelo Juízo foi dito que deferia o requerido pela Defesa, determinando a abertura de vista para a mesma. Intimados os presentes. Publicada em audiência. Cópia dessa assentada ao Degase, como ofício. Nada mais havendo, foi encerrada a presente, sendo devidamente assinada pelos presentes.”

Dessa forma, vislumbra-se *in casu* a perda superveniente de objeto, tornando-se indubitado que prejudicado ficou o presente *writ*. Assim, outra solução não resta senão julgar prejudicado o *writ*, o que ora faço fulcrado na Súmula nº 69 da jurisprudência predominante deste E. Tribunal de Justiça, que dispõe *in verbis*:

“Aplica-se ao processo penal, por analogia, o art. 557 do Código de Processo Civil.”

Ademais, não ofende o princípio da colegialidade a decisão monocrática proferida pelo Relator, na medida em que se sabe que o legislador com o intuito de gerar celeridade nas decisões proferidas no âmbito dos Tribunais, procedeu à reformulação do artigo 932 do CPC (antigo art. 557 do CPC/73), possibilitando àquele negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida, e já na redação dos incisos IV e V do mencionado dispositivo legal, é facultado ao relator, respectivamente, dar e negar provimento de forma monocrática.

A finalidade dessas alterações no Código Processo Civil, aplicável por analogia ao presente caso por força do art. 3º do CPP, foi contribuir para que, com fundamento na jurisprudência dominante, se possa reduzir a grande quantidade de processos existentes nos Tribunais, sem ofender ao princípio da coligibilidade.

Do mesmo modo, estabelece o art. 659 do CPP *verbis*: “Se o juiz ou o tribunal verificar que já cessou a violência ou coação ilegal julgará prejudicado o pedido.”

Diante do exposto, com base no art. 659 do CPP bem como no verbete de nº 69 da Súmula predominante deste E. Tribunal de Justiça julgo extinto o presente *Habeas Corpus* sem resolução do mérito, pela perda superveniente de objeto.

Rio de Janeiro, 08 de abril de 2018.

DES. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA
Relator

CONSTANGIMENTO ILEGAL. VÍTIMAS ABORDADAS NO INTERIOR DO TÁXI. USO DE ARMA DE FOGO RESTRITO E ARTEFATO EXPLOSIVO. OUSADIA DA CONDUTA CRIMINOSA VIA PÚBLICA. SOCIEDADE EM RISCO. NÃO RECONHECIMENTO DO CRIMINOSO PELAS VÍTIMAS. POLICIAIS MILITARES IDENTIFICARAM O CRIMINOSO NOS DEPOIMENTOS. VALORAÇÃO DA PROVA É LIVRE. DECISÃO BASEADA NO LIVRE CONVENCIMENTO.

Apelação Criminal.

Autoria e materialidade comprovadas. O acusado foi preso em flagrante, no interior do táxi onde estavam as vítimas, logo após os fatos, o que se constitui

em prova direta da autoria. J. e H. foram uníssonos ao afirmar que o meliante que ingressou no veículo onde as vítimas estavam foi detido pelos PMs e levado à DP. Os policiais militares, que prestaram seus depoimentos na presença do Réu, ratificaram que G. foi o criminoso que ambos viram, *in loco*, dentro do veículo, na posse dos armamentos apreendidos (pistola e granada). Sendo coerentes e seguros os depoimentos da acusação, no essencial, estando repletos de minúcias e detalhes da ação criminosa, reputo que a firmeza de tais depoimentos e a apreensão dos armamentos na posse do acusado são suficientes para afirmar que praticou os crimes de constrangimento ilegal qualificado pelo emprego de arma de fogo e porte ilegal de arma de uso restrito. No tocante à dosimetria aplicada, mantenho, integralmente, as disposições impostas pela Juíza sentenciante. Não há como fixar a pena-base do acusado no mínimo legal, diante da ousadia do Réu, que praticou a conduta criminosa para garantir sua fuga, em plena via pública, levando verdadeiro temor a duas vítimas, o que, indubitavelmente, configuram circunstâncias judiciais negativas, na forma que autoriza o art. 59 do CP. No mais, em razão do que dispõe o artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal, entendo que deve ser mantido, no presente caso, o regime semiaberto para o cumprimento das penas impostas para os delitos. Se já não bastassem as circunstâncias judiciais configuradas no delito do constrangimento ilegal, o acusado foi preso na posse de artefato explosivo de alto poder destrutivo, o que efetivamente colocou toda a sociedade em risco. Apelo desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal, processo nº 0010352-19.2017.8.19.0001, em que é Apelante G.M.Q.,

Acordam os Desembargadores que integram a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao apelo, nos termos do Voto do Relator.

Trata-se de Ação Penal Pública Incondicionada em que se imputa a G.M.Q., perante o Juízo de Direito da 21ª Vara Criminal da Comarca da Capital, a prática dos crimes tipificados nos artigos 146, § 1º, do CP e 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826/03, cujo fato encontra-se descrito na denúncia de f. 02/04.

Narra a denúncia que o acusado, empunhando uma arma de fogo, ter-se-ia aproximado de táxi que trafegava na Linha Vermelha e exigido que o motorista seguisse até a Avenida Brasil. A ação delituosa teria sido presenciada pela passageira que se encontrava no interior do veículo. Além da pistola, o acusado também estaria transportando uma granada.

Finda a Instrução Criminal, a douta magistrada julgou procedente a pretensão punitiva estatal e condenou o Réu às penas de 03 anos de reclusão e 01 ano e 06 meses de detenção, em regime semiaberto, e pagamento de 36 dias-multa, no valor mínimo legal (f. 216/221).

Inconformada com o “*decisum*”, apelou a Defesa, requerendo, nas Razões de Apelo (f. 264/272), a absolvição ante a insuficiência probatória. Subsidiariamente, pugna pela redução da pena-base e fixação de regime aberto.

O Ministério Público ofereceu Contrarrazões às f. 188/193, prestigiando a sentença.

A Procuradoria de Justiça exarou Parecer às f. 277/286, opinando pelo conhecimento e não provimento do Apelo.

VOTO

Sustenta a Defesa que não há, nos autos, provas aptas a embasar a procedência da pre-

tensão estatal pela prática dos crimes de constrangimento ilegal qualificado pelo emprego de arma de fogo e porte ilegal de arma de uso restrito.

Materialidade comprovada pelo APF de f. 07/08, pelo Auto de Apreensão de f. 30/31, pelo Laudo de Exame de Fogo e Munições de f. 109/112 e 184/187, pelo Laudo Técnico (granada) de f. 180/182, bem como pela prova oral produzida em sede policial e em Juízo.

Autoria, quanto ao acusado, certa.

A vítima H.U., em sede policial, às f. 06/06 vº, esclareceu minuciosamente os fatos. Contou que é motorista de táxi e estava com uma passageira, quando, na Linha Vermelha, na altura do Caju, o Réu bateu, com uma pistola, no vidro do veículo e exigiu que o depoente seguisse, com ele, até a Av. Brasil, na altura da Passarela 03. O Réu sentou-se no banco do carona e declarou que não faria nada com o depoente. Mais à frente, uma viatura da PM parou o veículo e realizou a abordagem. Conta que o acusado prontamente rendeu-se e indicou o local em que havia guardado uma pistola, uma granada e uma mochila.

A vítima J.L. repetiu, em linhas gerais, a dinâmica narrada pelo taxista (f. 05/05 vº).

Os PMs C.R.G.S. (f. 03/03 vº) e C.P.P.S. (f. 04/04 vº), perante a Autoridade Policial, afirmaram que prenderam o Réu em flagrante. Declararam que estavam baseados na Linha Vermelha, quando foram informados, por transeuntes, que um indivíduo que havia participado de um arrastão teria abandonado um veículo e entrado em um táxi. O táxi foi alcançado e se realizou a abordagem. Esclarecem que o Réu estava no banco do carona e, prontamente, rendeu-se. O acusado indicou aos depoentes que a pistola e a granada estavam embaixo do banco do carona. O taxista e a passageira contaram aos declarantes que Gustavo exigiu que o mo-

torista seguisse, com ele, até a Av. Brasil.

O Réu optou por se pronunciar somente em Juízo (f. 02).

Tais indícios foram ratificados e explicitados na AIJ, inexistindo divergências relevantes entre os depoimentos judiciais, ou entre tais depoimentos e aqueles do APF, onde as vítimas e as testemunhas narram a mesma dinâmica dos fatos.

J.L. e H.U. repisaram os depoimentos prestados em sede policial (f. 166 e 168). Contaram que estavam no interior do táxi. H. era o motorista e J., passageira, sentada no banco de trás. O criminoso aproximou-se, bateu com uma arma de fogo no vidro do carro e exigiu que fosse transportado até a Av. Brasil. Logo após o ingresso do meliante no veículo, policiais militares determinaram que o táxi encostasse e realizaram a abordagem. Esclarecem que o acusado rendeu-se, prontamente, foi detido e levado à DP pelos PMs.

Na AIJ, J.L. e H.U. não reconheceram o acusado, perfilado em sala própria (f. 166 e 168). J. consignou que a posição que ocupava no veículo não permitiu que observasse o rosto do meliante. Já H. registrou que, nervoso, evitou ficar olhando para o rosto do criminoso.

Os PMs C.R.G.S. (f. 163) e C.P.P.S. (f. 164) confirmaram que o Réu G., presente na sala de audiências, foi o indivíduo preso em flagrante no dia dos fatos. Contaram que foram informados de que um criminoso, portando uma arma de fogo, havia embarcado em um táxi. Os depoentes conseguiram alcançar o veículo, realizaram a abordagem e detiveram o réu, que estava no interior do carro, na posse de uma arma de fogo e uma granada.

J., no interrogatório, optou por permanecer em silêncio (f. 146).

Devemos asseverar que o acusado foi preso em flagrante, no interior do táxi, onde estavam as vítimas, logo após os fatos, o que se constitui em prova direta da autoria.

J. e H. foram uníssonos em afirmar que o meliante que ingressou no veículo onde as vítimas estavam foi detido pelos PMs no local dos fatos e levado à DP.

Os policiais militares, que prestaram seus depoimentos na presença do Réu, ratificaram que G. foi o criminoso que ambos viram, in loco, dentro do veículo.

Inexistem contradições entre os depoimentos - extrajudiciais e judiciais - das vítimas e das testemunhas.

Somado ao exposto, o Réu foi detido na posse dos armamentos apreendidos (pistola e granada).

Inexiste motivo para duvidarmos da retidão dos testemunhos, não havendo nenhuma incongruência que torne suspeitas suas palavras.

Em que pesem os esforços da Defesa em sustentar que não foi o Réu que praticou o crime, essa versão restou isolada nos autos.

Não considero, a propósito, que os depoimentos de J. e H. devam ser recebidos com reservas.

Não há motivo para se duvidar das palavras da vítima.

Além disso, o reconhecimento extrajudicial foi ratificado por outros elementos de prova, produzidos no curso processual, sobretudo os depoimentos prestados pelas demais testemunhas.

Sobre a validade do reconhecimento ex-

trajudicial, vejamos os seguintes arestos:

“*HABEAS CORPUS*”. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DO ACUSADO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. PROVA CORROBORADA POR OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A presença do réu na audiência de instrução, conquanto conveniente, não é indispensável para a validade do ato, sendo imprescindível para a caracterização da alegada nulidade a demonstração de efetivo prejuízo, não evidenciado no caso. 2. Conquanto não tenha havido o reconhecimento direto do acusado ao longo da instrução criminal, certo é que foi identificado na fase extrajudicial pessoalmente e por meio de fotografia - respeitando-se, aliás, o estabelecido no artigo 226 do Código de Processo Penal, consoante declarado pelo magistrado sentenciante -, tendo tal prova sido corroborada em juízo pelas mesmas vítimas que, de forma segura e uníssona, apontaram o Paciente como sendo um dos participantes do crime de que se cuida. Assim, a condenação, ao contrário do que alega o impetrante, não se deu com base exclusivamente no reconhecimento fotográfico do Paciente, mas ancorou-se em outros elementos de convicção bastante substanciais, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal. 3. Ordem denegada” (HC 80.049/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (Desembargador Convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 18/05/2010, DJe 07/06/2010).

“PENAL. PROCESSO PENAL. ROUBO. PROVA. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. VALIDADE. MAJORANTE. ARMA. APREENSÃO. DESNECESSIDADE. PENA. DUPLA MAJORAÇÃO. REGIME. Nos crimes de roubo, 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 por aquele que teve seu patrimônio desfalcado. Na verdade, neste tipo de infração, a vontade da vítima é a de apontar o verdadeiro autor da subtração que sofreu. No caso presente, houve o reconhecimento extrajudicial que foi ratificado por outros elementos de prova, o que torna inquestionável a autoria, ficando isolada a versão negativista apresentada, certo que a moto subtraída foi encontrada com o acusado duas horas após o roubo. Restando certo pelo depoimento da vítima que pelo menos um dos agentes estava armado quando da ação delituosa, tendo utilizado aquele instrumento vulnerante como forma de ameaça, correto se apresenta o reconhecimento da majorante respectiva que não depende da apreensão e posterior perícia, não podendo se exigir do Ministério Público, apesar do ônus da prova que possui por força do princípio constitucional da presunção de inocência, a produção daquela impossível de ser feita, mormente quando o acusado contribuiu para a não realização da prova e em nenhum momento questionou eventual falta de potencialidade do instrumento vulnerante que a vítima disse ter sido empregada na ação delituosa para ameaçá-la. Pena base aplicada no mínimo legal, mostrando-se proporcional o aumento de 3/8 em razão da dupla majoração, devendo ser observada a qualidade das majorantes, não podendo ser desconsiderado o emprego de arma de fogo, o que torna a ação mais reprovável. Regime semiaberto aplicado sem reclamo ministerial. Recurso desprovido” (Apelação nº 003068318.2014.8.19.0004. Des. MARCUS BASÍLIO - Julgamento: 31/08/2015 - Primeira Câmara Criminal).

“APELAÇÃO CRIMINAL. IMPUTAÇÃO DE ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. ABSOLVIÇÃO. RECURSO DO

MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO DE CONDENAÇÃO, NA FORMA DA DENÚNCIA. 1 - Pretensão condenatória que merece prosperar. Apelado reconhecido pela vítima no local da prisão e, posteriormente, na Delegacia de Polícia. Reconhecimento extrajudicial corroborado em Juízo pela prova oral colhida, consistente nos depoimentos prestados pelos policiais responsáveis pela prisão, os quais afirmaram que a vítima reconheceu o apelante como um dos autores do fato descrito na denúncia, mais precisamente como aquele que a rendeu e subtraiu a *res*. Validade. Aplicação do verbete nº 70 das Súmulas deste E. Tribunal (...)” (Apelação nº 0012942-45.2013.8.19.0021. Des. ROSA HELENA GUITA - Julgamento: 05/05/2015 - Segunda Câmara Criminal).

Ressalte-se, ainda, que a ausência de reconhecimento em Juízo não se presta a afastar a autoria delitiva em relação ao crime imputado. Houve decurso de tempo entre a ação criminosa e a AIJ, de maneira que é perfeitamente possível, até provável, que o acusado tenha sofrido alterações significativas em suas feições, principalmente após o cárcere.

Somado ao exposto, as próprias dinâmicas narradas pelas vítimas justificam os motivos que dificultaram a identificação.

Assim, deve ser conferida uma maior credibilidade ao reconhecimento efetuado por H. e J. em sede extrajudicial, contemporâneo aos fatos.

Devemos lembrar a lição de Edilson Mougenot Bonfim: “O reconhecimento, como meio de prova, tem valor probatório variável. É certo que, se procedido exclusivamente em sede de inquérito policial, não será admissível como único elemento de prova. Entretanto, como já se disse, a valoração da prova é livre, desde que consigne o magistrado na

motivação das decisões as razões que a justifiquem. Dessa forma, o reconhecimento de pessoas ou coisas valerá como substrato para a condenação do acusado caso seja corroborado pelos demais elementos colhidos em instrução. (...) Por conseguinte, há de se contextualizar e cotejar as provas produzidas, mesmo porque pode o reconhecedor afirmar que em sede de inquérito reconheceu livremente o suspeito, e agora, em juízo, não mais pode fazê-lo, debitando o fato à possível ação do tempo, impedidora da efetividade do ato. De observar que, nessa hipótese, ainda que impossível o reconhecimento em juízo, o reconhecente confirma a validade do ato feito na polícia, alvitando a liberdade de apreciação da prova ao magistrado” (Código de Processo Penal Anotado, 2ª edição - Editora Saraiva - 2009 - p. 430/431).

Não há, no processo penal moderno, a prova tarifada, eis que todos os elementos relevantes devem ser analisados pelo Juiz, de modo a formar seu livre convencimento.

Por se tratar de crime patrimonial, as alegações das vítimas adquirem grande importância probatória.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci, “sustentamos poder a palavra isolada da vítima dar margem à condenação do réu, desde que resistente e firme, além de harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução” (Código de Processo Penal Comentado - 9ª Edição - 2010 - p. 448 - Editora Revista dos Tribunais).

No mesmo sentido:

PENALEPROCESSOPENAL.AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. AUTORIA. SÚMULA Nº. 7/STJ. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. PR CEDENTE. AGRAVO DESPROVIDO. - A

análise da pretensão recursal exigiria, necessariamente, incursão na matéria fática-probatória da lide, o que é defeso em recurso especial, a teor do enunciado n.º 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. - “A palavra da vítima, nos crimes às ocultas, em especial, tem relevância na formação da convicção do Juiz sentenciante, dado o contato direto que trava com o agente criminoso” (HC 143.681/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, DJe 2.8.2010). Agravo Regimental desprovido (AgRg no AREsp 482.281/BA, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Sexta Turma, julgado em 06/05/2014, DJe 16/05/2014).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. ROUBO. CONDENAÇÃO. PENA CORPORAL FIXADA EM 04 ANOS DE RECLUSÃO. SUBSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. Pela leitura do art. 44, I, do Código Penal, observa-se que o legislador exigiu, para a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, não só que a pena corporal seja de até quatro anos, mas também determinou que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. 3. No caso, a defesa sustenta que a vítima sofreu, no máximo, vias de fato, mera contravenção penal. Todavia, pela lei-

tura do depoimento da vítima, transcrito na sentença, observa-se que houve violência real empregada pelo Paciente, o qual derrubou a vítima no chão e a chutou por diversas vezes. 4. Vale destacar que a palavra da vítima, em se tratando de delitos praticados sem a presença de testemunhas, possui especial relevância, sendo forte o seu valor probatório (precedentes). 5. Evidenciada, portanto, a violência empregada pelo agente quando da consumação do delito de roubo, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, ante o óbice legal previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal. 6. *Habeas Corpus* não conhecido (HC 311.331/MS, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 24/03/2015, DJe 08/04/2015).

Sendo coerentes e seguros os depoimentos da acusação, no essencial, estando repletos de minúcias e detalhes da ação criminosa, reputo que a firmeza de tais depoimentos e a apreensão dos armamentos na posse do acusado são suficientes para afirmar que praticou os crimes de constrangimento ilegal qualificado pelo emprego de arma de fogo e porte ilegal de arma de uso restrito.

Por fim, pleiteia a Defesa a redução da pena-base fixada para o crime do constrangimento ilegal.

No tocante à dosimetria aplicada, mantenho, integralmente, as disposições impostas pela Juíza sentenciante.

Não há como fixar a pena-base do acusado no mínimo legal, diante da ousadia do Réu, que praticou a conduta criminosa para garantir sua fuga, em plena via pública, levando verdadeiro temor a duas vítimas, o que, indubitavelmente, configuram circunstâncias judiciais negativas, na forma que autoriza o art. n.º 59 do CP.

Ademais, levando em consideração as graves circunstâncias do crime, no caso sob exame, a aplicação da pena máxima prevista para o delito (01 ano de detenção) atende aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

No mais, em razão do que dispõe o artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal, entendendo que deve ser mantido, no presente caso, o regime semiaberto para o cumprimento das penas impostas para os delitos. Se já não bastassem as circunstâncias judiciais configuradas no delito do constrangimento ilegal, o acusado foi preso na posse de artefato explosivo de alto poder destrutivo, o que efetivamente colocou toda a sociedade em risco.

Por tais fundamentos, nego provimento ao apelo, para manter, integralmente, a sentença atacada.

É como voto.

Rio de Janeiro, 17 de abril de 2018.

DES. FLÁVIO MARCELO DE AZEVEDO HORTA
FERNANDES
Relator

DIREITO AUTORAL. VIOLAÇÃO. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA COM RECRUDESCIMENTO DA PENA-BASE. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO. RECURSO ESPECIAL AO STJ INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REVISÃO DA DOSIMETRIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLAÇÃO

DE DIREITO AUTORAL. RECURSO DEFENSIVO OBJETIVANDO A ABSOLVIÇÃO AO ARGUMENTO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA, EEM CARÁTER SUBSIDIÁRIO, A REVISÃO DA DOSIMETRIA. ACÓRDÃO QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO E ABSOLVEU O APELANTE, COM FULCRO NO ART. 386, II, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO PELO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA AFASTAR A ABSOLVIÇÃO, DETERMINANDO O RETORNO DOS AUTOS A ESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA ANÁLISE DAS DEMAIS TESES VEICULADAS NO APELO DEFENSIVO.

1. Art. 184, §2º, do Código Penal. Pleito subsidiário consistente na revisão da dosimetria que se acolhe. Ausência de motivação apta a justificar o recrudescimento da pena-base. Ações penais em andamento que, nos termos do enunciado nº 444 da súmula da jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, não autorizam a elevação da pena-base sob qualquer pretexto, o que inclui a valoração negativa da culpabilidade, da conduta social e da personalidade do agente, tal como operado no presente caso.

2. Incidência, ademais, da atenuante da confissão espontânea, sem reflexo, no entanto, na dosimetria da pena, já designada, na primeira fase, no patamar mínimo legal. Enunciado nº 231 da Súmula do E. Superior Tribunal de Justiça. Readequação da resposta penal para 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, à razão unitária mínima legal.

3. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos elencados no art. 44 do Código Penal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº. 0144387-52.2013.8.19.0001, originários do Juízo da 17ª Vara Criminal da Capital, em que é apelante

C.H.N. e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO

Acordam os Desembargadores que compõem a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em cumprimento à colenda decisão do E. Superior Tribunal De Justiça, em reduzir a resposta penal pelo ilícito do art. 184, §2º, do Código Penal ao patamar de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mantido o regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas sanções restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária equivalente a um salário mínimo, nos termos do voto do Des. Relator. Oficie-se.

Trata-se de ação penal ajuizada pelo Ministério Público, perante o Juízo da 17ª Vara Criminal da Capital, em face de C.H.N., dando-o como incurso nas penas do artigo 184, § 2º do Código Penal, nos termos da denúncia de f. 02A/02B, adiante transcrita:

“No dia 29 de abril de 2013, por volta de 16 horas, no Camelódromo da Rua Uruguaiana, próximo a Rua Buenos Aires, Centro, nesta cidade, o denunciado, consciente e voluntariamente, expôs à venda, com intuito de lucro, cópias de material videofonográfico reproduzidos com violação de direito autoral, vulgarmente conhecido como “DVD’s piratas”. O denunciado encontrava-se na calçada da mencionada rua expondo à venda sobre uma bancada, cerca de 400 DVD’s falsificados de filmes e shows, conforme Auto de Apreensão f. 07 e Laudo de Exame de Material às f. 11/12. Ao ser indagado pelos policiais, se o mesmo era o detentor do material em exposto, o denunciado admitiu.

O denunciado foi preso em flagrante e conduzido à DP, sendo apreendido o material contrafeito”.

Encerrada a instrução criminal, o acusado, ora apelante, foi condenado como incurso nas sanções do artigo 184, § 2º, do Código Penal, às penas de 03 (três) anos de reclusão, em

regime aberto, e 36 (trinta e seis) dias multa, no valor mínimo legal, conforme sentença de f. 77/87.

Inconformada a Defensoria Pública interpôs recurso de apelação, apresentando razões a f. 95/103, nas quais requer a absolvição do apelante ante a fragilidade probatória quanto à materialidade do delito imputado.

Contrarrazões do Ministério Público, a f. 105/110, opinando pelo conhecimento e parcial provimento do recurso defensivo, reformando-se a sentença proferida para que se reconheça a circunstância atenuante da confissão espontânea na dosimetria penal.

Parecer do Ministério Público, da lavra da Procuradora de Justiça Maria Teresa de Andrade Ramos Ferraz, a f. 127/131, manifestando-se pelo conhecimento e parcial provimento do apelo defensivo tão somente para reconduzir a pena-base para o mínimo legal e/ou reconhecer a circunstância atenuante da confissão espontânea.

Em julgamento realizado perante esta Egrégia Quinta Câmara Criminal, o recurso defensivo foi conhecido e provido para absolver o apelante com fulcro no art. 386, II, do Código Penal, nos termos do v. acórdão de f. 139/144.

O Ministério Público interpôs recurso especial a f. 157/182, alegando violação ao 184, §2º, do Código Penal, e aos artigos 155 e 530-D, do Código de Processo Penal, pleiteando, por conseguinte, a condenação do acusado pela prática do referido injusto.

O E. Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial para afastar a absolvição por ausência de prova da materialidade delitiva, nos termos da decisão de f. 311/316, determinando o retorno dos autos a este E. Tribunal para a análise das demais questões aventadas no apelo defensivo.

É o relatório.

VOTO

Afastada a absolvição, por decisão pro-

ferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça, passo à análise da tese defensiva subsidiária, consubstanciada na revisão da dosimetria das penas.

Do exame dos autos, verifica-se que merece prosperar o pleito defensivo pela readequação das penas-base ao mínimo legal.

Com efeito, a reprimenda foi fixada, na primeira etapa do processo dosimétrico, em 03 (três) anos de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa, sob os seguintes fundamentos:

(...) Atenta ao disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal, passo a individualização da sanção penal.

A pena prevista para o crime de violação de direito autoral é de 02 (dois) a 04 (quatro) anos de reclusão e multa.

Observo as circunstâncias judiciais, o que faço considerando a culpabilidade do acusado e sua péssima e reprovável conduta social que apontam uma personalidade voltada para o crime, tendo em vista que, possui mais quatro anotações pela mesma prática ilícita descrita nestes autos, algumas ainda em andamento, pelo que aplico, acima do mínimo legal previsto no artigo 184, §2º do Código Penal, a pena de 03 (três) anos de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa, calculado cada dia-multa à razão do mínimo legal.

Entretanto, não consta dos autos elemento probatório apto a evidenciar que qualquer das anotações constantes da FAC de f. 36/43 e 53/61 ostente condenação transitada em julgado, o que se depreende, inclusive, das certidões de f. 65/66 e 74.

De fato, a prova dos autos permite concluir apenas que tais anotações constituem ações penais em andamento, que, nos termos do enunciado nº 444 da súmula da jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, não autorizam o recrudesimento da pena-base sob qualquer pretexto, o que inclui a valoração negativa da culpabilidade, da conduta social e personalidade do agente, tal como operado no

presente caso.

Por conseguinte, à míngua de motivação capaz de justificar a elevação das penas na primeira fase da dosimetria, as reprimendas devem ser readequadas aos seus respectivos patamares mínimos, quais sejam, 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, à razão unitária mínima legal.

Na segunda etapa da dosimetria, da leitura da própria sentença é possível verificar que o acusado confessou os fatos, inexistindo fundamento idôneo para que não se reconheça a presença da atenuante da confissão espontânea, estabelecida no art. 65, III, “d”, do Código Penal, sem reflexos, contudo, na dosimetria da pena, já fixada na primeira fase da individualização no patamar mínimo legal, devendo ser assim mantida, em observância ao enunciado nº 231 da Súmula do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, ausentes causas de aumento ou de diminuição de pena, estabeleço a resposta penal definitiva em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, à razão unitária mínima legal, mantido o regime prisional aberto, nos termos do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.

Outrossim, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos elencados no art. 44 do Código Penal, notadamente o *quantum* da pena aplicada, e ainda tendo em vista, como já salientado, que as anotações desprovidas de prova acerca de condenação definitiva não podem ser consideradas em desfavor do acusado, substituo a pena privativa de liberdade por duas sanções restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária equivalente a um salário mínimo, na forma a ser designada pelo Juízo da Execução.

Nesses termos, em cumprimento à colenda decisão do E. Superior Tribunal de Justiça, voto no sentido de reduzir a resposta penal pelo ilícito do art. 184, §2º, do Código Penal, ao patamar de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez)

dias-multa, mantido o regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas sanções restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária equivalente a um salário mínimo.

Rio de Janeiro, 23 de março de 2018.

DES. PAULO BALDEZ
Relator

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. FOTOGRAFIAS E VÍDEOS COM CENAS DE SEXO E PORNOGRAFIA. AMEAÇA E CHANTAGEM CONTRA MENOR. GRAVIDADE DO CRIME. HEDIONDO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR EXCESSO DE PRAZO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

EMENTA: *HABEAS CORPUS* – ADQUIRIR E ARMAZENAR FOTOGRAFIAS E VÍDEOS CONTENDO CENAS DE SEXO EXPLÍCITO E PORNOGRAFIA ENVOLVENDO CRIANÇAS; ESTUPRO DE VULNERÁVEL; PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS NA PRESENÇA DE MENOR E AMEAÇA – ART. 241-B DO ECA; ART. 217-A, ART. 218-A E 147, N/F DOS ARTIGOS 69 E 71, TODOS DO CP - DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA E A QUE MANTEVE A MEDIDA CAUTELAR BEM FUNDAMENTADAS – PRESENTES OS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP QUE AUTORIZAM A CUSTÓDIA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – CRIMES IMPUTADOS DE NATUREZA HEDIONDA – EM TESE, O PACIENTE, VIZINHO DAS DUAS VÍTIMAS, TERIA FOTOGRAFADO E FILMADO AS MENINAS, COM 11 E 12 ANOS DE IDADE, EXIBINDO AS SUAS PARTES

ÍNTIMAS, EM TROCA DE DINHEIRO - DE POSSE DAS IMAGENS, CONFORME CONSTA DA DENÚNCIA, ELE TERIA CHANTAGEADO AS OFENDIDAS A PRATICAREM ATOS LIBIDINOSOS COM ELE, NO BANCO DE TRÁS DE SEU VEÍCULO, QUE FICAVA ESTACIONADO NAS PROXIMIDADES DE UM MERCADO E ENQUANTO ABUSAVA DE UMA DAS OFENDIDAS, O FAZIA NA PRESENÇA DA OUTRA. POR FIM, SEGUNDO A INICIAL ACUSATÓRIA, APÓS AS MENINAS TEREM SE NEGADO A DAR CONTINUIDADE AOS ENCONTROS SEMANAIS COM O PACIENTE, ELE PASSOU A AMEAÇÁ-LAS -NENHUMA MODIFICAÇÃO FÁTICA OU JURÍDICA OCORRIDA – INSUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ARTIGO 319 DO CPP - MANUTENÇÃO DA PRISÃO POR GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - O PACIENTE FOI REGULARMENTE CITADO, APRESENTANDO RESPOSTA À ACUSAÇÃO, OCASIÃO EM QUE FOI RATIFICADO O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, PORTANTO INCABÍVEL, A NULIDADE PROCESSUAL ARGUIDA DE AUSÊNCIA DE CITAÇÃO – AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO REALIZADA NO DIA 22/03/2018 – INSTRUÇÃO ENCERRADA – SÚMULA Nº 52 DO STJ - PROCESSO EM FASE DE ALEGAÇÕES FINAIS - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL QUE SE AVIZINHA - ALEGAÇÕES DE MÉRITO DEVEM SER ANALISADAS EM MOMENTO OPORTUNO E NÃO PELA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS - INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas corpus* nº 0007550-17.2018.8.19.0000 em que figura como paciente S.F.S., tendo como autoridade coatora o Juízo de Direito da

1ª Vara Criminal da Comarca de Belford Roxo,

Acordam os Desembargadores que integram a Colenda Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão de julgamento realizada nesta data, por unanimidade de votos, em denegar a ordem, nos termos do voto da Desembargadora-Relatora.

A presente ordem de habeas corpus foi impetrada em favor do paciente S.F.S., sob a alegação de constrangimento ilegal por parte do Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Belford Roxo.

Sustentou o impetrante, preliminarmente, a nulidade do processo porque o paciente embora preso em 22/11/2016, até o momento, não foi citado para responder os termos do processo, nem foi ouvido em audiência. Alegou demora processual no deslinde do feito, bem como ausência de provas para corroborar as declarações das supostas vítimas.

Nestes termos, requereu a concessão da ordem, com a determinação da imediata liberdade provisória ao paciente. (Doc. 02).

A petição inicial foi instruída com documentos do Anexos 1/3.

O pedido liminar foi indeferido. (Doc. 13).

Informações da autoridade apontada como coatora no doc. 16.

A Procuradoria de Justiça exarou parecer pela denegação da ordem (doc.33).

É o relatório.

Voto

O paciente S.F.S. foi denunciado como

incurso nos artigos 241-B (várias vezes) do ECA, 217-A, 218-A e 147, diversas vezes, do Código Penal, todos na forma dos artigos 69 e 71, do mesmo diploma legal.

Transcrevo a denúncia do doc. 01 do Anexo 2.

“Em dias que ainda não se pode precisar, sendo certo que no período compreendido entre o ano de 2015 e o dia 14 de abril de 2016, na Rua Baiare, bairro Xavantes, em Belford Roxo, o denunciado, de forma livre e consciente, adquiriu e armazenou fotografias e vídeos contendo cenas de sexo explícito e pornográfica envolvendo as infantes S.S.O. e T.R.S.B., que contavam, respectivamente, com 11 (onze) e 12 (doze) anos de idade, uma vez que, após as assediar, a fim de que elas fizessem vídeos e contavam, respectivamente, com 11 (onze) e 12 (doze) anos de idade, uma vez que, após as assediar, a fim de que elas fizessem vídeos e fotografias exibindo as suas partes íntimas, adquiriu, por diversas vezes, o precitado material, lhes entregando quantias em espécie. O denunciado, que é vizinho das vítimas, aproximou-se delas e as assediou, a fim de que elas fizessem fotografias e vídeos exibindo as suas partes íntimas, em troca dos quais ele as ofereceu quantias em dinheiro. Após cederem aos anseios do denunciado e lhes entregarem o precitado material, este passou a chantageá-las, afirmando que elas deveriam ter relações sexuais com ele, caso contrário ia mostrar as mídias aos seus pais. Ressalte-se, por fim, que as fotografias e os vídeos eram registrados utilizando a câmera acoplada ao aparelho celular de propriedade do denunciado, que ele disponibilizava as vítimas, para tal finalidade. Em dias que ainda não se pode precisar, sendo certo que no período compreendido entre o ano de 2015 e o dia 14 de abril de 2016, sempre aproximadamente às 19h, no interior do veículo FIAT PALIO, placa xxx-xxxx, da cor cinza, estacionado nas proximidades do mercado lo-

calizado na Rua Baiare, bairro Xavantes, em Belford Roxo, o denunciado, de forma livre e consciente e com vontade de satisfazer a sua lascívia, praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com as vítimas S.S.O. e T.R.S.B., que contavam, respectivamente, com 11 (onze) e 12 (doze) anos de idade, esfregando o pênis e introduzindo o dedo nos ânus das vítimas, esfregando o pênis nas vaginas destas; lhes praticando e determinando que elas lhes praticassem sexo oral. Nas mesmas condições de tempo e local acima mencionadas, o denunciado, de forma livre e consciente e com vontade de satisfazer a sua lascívia, praticou atos libidinosos na presença das infantes S.S.O. e T.R.S.B., que contavam, respectivamente, com 11 (onze) e 12 (doze) anos de idade, uma vez que, sempre que abusava de uma das vítimas, o fazia na presença da outra. Saliente-se que, em data que ainda não se pode precisar, sendo certo que após as práticas sexuais acima mencionadas, nesta cidade, o denunciado, de forma livre e consciente, ameaçou, por diversas vezes, as vítimas S.S.O. e T.R.S.B., que contavam, respectivamente, com 11 (onze) e 12 (doze) anos de idade, de causar-lhes mal injusto e grave, uma vez que, quando estas lhe disseram que não iam mais comparecer aos encontros, ele lhes disse que ia matar seus familiares. Relata-se que, após as vítimas terem entregado ao denunciado as fotografias e vídeos lhos acima mencionados, este passou a interpelá-las as chantageando e oferecendo quantias em dinheiro, a fim de que elas praticassem com ele relações sexuais. Os encontros ocorreram no interior do veículo de propriedade deste, que permanecia estacionado nas proximidades do mercado localizado no bairro Jardim Xavantes. Segundo consta nos autos, o denunciado agendava encontros via ligação telefônica com as adolescentes, as quais vinham ao seu encontro. As vítimas adentravam no automóvel e as relações sexuais eram praticadas no banco detrás do mesmo. Após satisfazer sua lascívia e praticar as relações sexuais, que ocorriam de forma

simultânea, o denunciado dava as adolescentes quantias que variavam entre R\$ 10,00 (dez) e R\$ 100,00 (cem) reais e já agendava o próximo encontro. Ressalte-se que os encontros ocorriam de forma semanal, sempre às quintas-feiras, no horário de 19h. No mês de abril do ano de 2016, não aceitando mais se submetem aos abusos sexuais, as vítimas disseram ao denunciado que não iam mais comparecer aos encontros sexuais, ocasião em que este passou a ameaçá-las”.

Verifica-se, através de consulta processual realizada no site deste Tribunal que, em decisão do dia 10/05/2016, o magistrado de 1º grau recebeu a denúncia e decretou a prisão preventiva do paciente, nos seguintes termos:

“Inicialmente, verifico que a denúncia se acha apta ao recebimento, posto que acompanhada de indispensável justa causa, substanciada no procedimento policial que a acompanha. Sendo assim, Recebo a denúncia em face do acusado, bem como Defiro a cota ministerial. Outrossim, quanto ao pedido de prisão preventiva formulado, tendo em vista os fatos ora articulados na exordial e as peças de informação até então produzidas, entendo que tal providencia merece ser acolhida. Com efeito, há nos autos indícios suficientes acerca da autoria do delito a ele atribuído, bem como elementos indicativos da respectiva materialidade, conforme depoimentos colhidos em sede policial. Presente, portanto, o *fumus boni iuris*. Da mesma forma, presente se encontra o *periculum libertatis*, pois, tendo em vista os depoimentos colhidos em sede policial, constata-se o grave delito imputado ao acusado, o que, ao menos em tese, demonstra o seu elevado grau de periculosidade. No caso em tela, a custódia cautelar se afigura necessária, tanto para assegurar a aplicação da lei penal, eis que inexistem nos autos documentos que comprovem efetivamente ter o mesmo residência fixa, nem ocupação lícita; quanto para preservar a instrução

criminal, notadamente porque o feito encontra-se em fase inicial e há prova oral a ser colhida. Outrossim, a postura intimidadora adotada pelo réu, oriunda de seus atos mas, igualmente, das frequentes ameaças que submetera suas vítimas, retratadas nos depoimentos colhidos em sede policial, demonstra a necessidade de se preservar a instrução criminal, pois há risco de macular a isenção dos depoimentos a serem colhidos. Neste ponto, inclusive, vale lembrar que nos crimes contra a liberdade sexual, o depoimento da vítima é de fundamental importância. Logo, manter o acusado acautelado representa a certeza de uma prova mais segura, despida do pavor que contamina as vítimas dos crimes sexuais. Sem prejuízo, tem-se como indispensável a decretação da prisão do réu com fundamento na garantia da ordem pública, sob pena de se admitir que se instaure, nesta sociedade, uma pseudosensação de impunidade ao sentimento coletivo, gerando grande intranquilidade à população e descrédito à Justiça. Neste sentido, inclusive, são as lições do festejado jurista FERNANDO CAPEZ, que em sua obra leciona os motivos da decretação da prisão preventiva, em razão da violação da ordem pública: 'Garantia da ordem pública: a prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente solto, continua a delinquir, ou de acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem grande clamor popular.' (CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: Ed. Saraiva, 8ª ed, 2002. P. 239.). Outrossim, cumpre esclarecer que no caso em comento as medidas cautelares previstas nos art. 318 e 319 do Código de Processo Penal não seriam suficientes na espécie, pois a permanência da requerida em liberdade não só propiciaria a continuidade das atividades ilícitas, mas também constituiria uma potencial ameaça a própria eficácia da repressão penal que exsurge da aplicação da lei, e que pode ser comprometida com a demora na providência criminal acauteladora pelos órgãos incumbidos da prestação

jurisdicional. Portanto, é justamente em razão das circunstâncias e da gravidade concreta do caso em tela é que a segregação provisória do requerido se mostra indispensável. Da mesma forma, merece acolhimento a medida cautelar de busca e apreensão de eventual arma de fogo existente em poder do réu, bem como aparelhos celulares e material de cunho pornográfico ali encontrados, isso porque, pelos elementos de convencimento trazidos, não resta dúvida quanto a necessidade da adoção da providência pretendida, tendo em vista que, caso não sejam tomadas drásticas medidas estará sendo imposto grave risco à incolumidade dos membros da comunidade, bem como as próprias vítimas do caso, que, eventualmente, poderão ter seus vídeos e fotos divulgados. Por outro lado, há elementos suficientes que permitem a conclusão de que o(s) artefato(s) que se quer apreender esta sendo possuídos de forma irregular e ao arrepio da legislação em vigor. Diante de todo o exposto, Decreto a Prisão Preventiva de S.F.S., vez que presentes todos os requisitos autorizadores para a adoção da medida excepcional, bem como determino a busca e apreensão de arma de fogo existente em poder do réu, bem como dos aparelhos celulares e material de cunho pornográfico encontrados na posse do mesmo, com base no disposto no art. 240, § 1º, 'd', 'e' e 'h' do Código de Processo Penal, a ser cumprido nos termos do art. 245 e 250 do mesmo diploma legal. Registre-se para fins estatísticos, fazendo-se as necessárias comunicações. Destaco que tal diligência deverá ser cumprida no interior do veículo réu, em sua residência, bem como em seu local de trabalho, que estão situados nos seguintes endereços: Rua Baiare, 40, Jardim Xavantes, Belford Roxo (residência do réu) e Rua Alcameia, 94, Olaria, Rio de Janeiro (local de trabalho do réu) Expeça-se os mandado de citação, busca e apreensão e prisão, nos termos da lei. Com a vinda da resposta preliminar, retornem os autos para análise das hipóteses previstas no artigo 397, do CPP e eventual designação de audiên-

cia de instrução e julgamento. Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, remetam-se os autos à DP para oferecê-la, concedendo-lhe vista do feito por 10 (dez) dias. Intimem-se. Dê-se ciência. Proceda-se como de praxe”.

Formulado pedido de revogação da prisão preventiva, o mesmo foi indeferido em decisão datada de 05/12/2016, em razão de não ter havido nenhuma mudança fática ou jurídica desde a decretação da prisão preventiva, conforme transcrito abaixo:

“Em que pese o esforço defensivo, entendendo que razão não lhe assiste. Com efeito, desde a prolação da decisão que decretou a segregação cautelar do réu, inexistiu qualquer alteração no quadro fático descrito nos autos a justificar a alteração da combatida decisão. Vê-se, portanto, que todos os elementos necessários para a adoção da medida de exceção, outrora avaliados, permanecem hígidos. A conta de tais argumentos e valendo-me, igualmente, daqueles já externados na decisão que decretou a prisão preventiva do réu, para tanto, adotando-se a técnica da fundamentação *‘per relationem’*, amplamente encampada por este E. TJER (HC nº 0018729-16.2016.8.19.0000 - 3ª CÂMARA CRIMINAL, HC nº 0008167-5.2016.8.19.0000 - 5ª CÂMARA CRIMINAL), bem como pelos Tribunais Superiores (AgRg no AREsp 529.569/PR - STJ e MS 33558/15 AgR - STF), mantenho a decisão combatida e indefiro a revogação da prisão preventiva do réu. Venha a resposta preliminar conforme já determinado. P.I.”.

Em 13/12/2016, após apresentação de resposta à acusação, foi ratificado o recebimento da denúncia. Vejamos:

“Trata-se de ação penal pública incondicionada movida pelo d. membro do parquet. O(s) Réu(s), regularmente citado(s)

apresentou(aram) a(s) defesa(s) prévia(s) de folhas retro. O processo encontra-se regular e válido, inexistindo vício a ensejar o reconhecimento de eventual nulidade. Estão presentes, ainda, as condições da ação e os pressupostos processuais. Ressalte-se que as questões pertinentes ao mérito da ação serão analisadas, oportunamente, quando de seu julgamento. Os fatos e fundamentos deduzidos na defesa escrita não afastam os indícios de autoria e materialidade coligidos em sede extrajudicial, impondo-se a apuração dos fatos narrados na exordial da presente ação penal, garantindo-se ao(s) imputado(s) a ampla defesa e o contraditório. Sendo assim, ratifico o recebimento da denúncia. Sem prejuízo, designo o dia 22/02/2017, às 13:00h., para realização da A. I. J. Requistem-se. Intimem-se. Dê-se ciência ao M.P. e à Defesa. Sem prejuízo, atente-se o cartório que havendo necessidade de requisição de preso, para julgamento, de altíssima periculosidade, nos termos do Aviso Conjunto TJ/CGJ nº 20/2014, deverá tal situação ser certificada nos autos a fim de viabilizar a comunicação prévia deste juízo à Diretoria Geral de Segurança Institucional - DGSEI, a ser transmitido via e-mail ao endereço - disec@tjrj.jus.br, nos moldes do que determina o Aviso Conjunto TJ/CGJ nº 17/2016.”

Em 12/01/2017 a audiência de instrução e julgamento foi remarçada pelo juízo:

“Considerando que no dia 21/02/2017 será realizada uma sessão plenária do júri, de réu preso, com previsão de duração de dois dias, redesigno a AIJ agendada neste feito para o dia 09/03/2017 às 13:00 horas. Anote-se. Requisite-se. I-se”.

No dia 09/03/2017, foi realizada a audiência:

“Em 9 de março de 2017, à hora designada, na sala de audiências deste Juízo, peran-

te o MM. Juiz de Direito, Dr. ANDRÉ LUIZ DUARTE COELHO, feito o pregão: presentes o ilustre membro do Ministério Público os patronos do acusado. Presentes, ainda, o acusado e as testemunhas. Aberta a audiência, foi(ram) colhido(s) o(s) depoimento(s) de 04 testemunha(s) arrolada(s) pela acusação. Dada a palavra ao Ministério Público, pelo mesmo foi dito que desiste da oitiva da testemunha R.. Pelo MM. Dr. Juiz, foi proferida a seguinte decisão: reputo recomendável, antes da realização da prova de defesa e interrogatório do acusado, que seja feito estudo psicossocial do caso com a máxima urgência, pois se trata do réu preso. Em sendo assim, oficie-se ao setor competente deste TJRJ para realização do exame. Intimem-se as partes. com a juntada do laudo, voltem conclusos para designação de nova data. Nada mais havendo, às 15h13min lavrei a presente, que, após lido e achado conforme, vai devidamente assinado. Eu, TJI, mat. 01/29180, digitei e subscrevo”.

Em 27/04/2017, o magistrado determinou:

“Oficie-se, com a máxima urgência, ao Núcleo de Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes (NUDECA), nos termos do Ato Executivo nº 2.950/2003 (Cód. RAD- GADM-046) para que seja realizado Estudo Psicossocial do caso. Com a juntada do Laudo, voltem conclusos para designação de nova data de AIJ”.

Em 24/08/2017, o laudo foi elaborado:

“Dê-se ciência as partes sobre o laudo. Após, voltem imediatamente conclusos para designação de nova audiência”. Em 02/10/2017, o magistrado designou audiência de continuação: “Designo AIJ de continuação para o dia 09/11/2017, as 13h00min s. Intimem-se. Requisite-se o réu. As testemunhas que, porventura, residirem fora desta comarca deverão ser inquiridas nas comarcas onde resi-

dem. Sem prejuízo, atente-se o cartório que havendo necessidade de requisição de preso, para julgamento, de altíssima periculosidade, nos termos do Aviso Conjunto TJ/CGJ nº 20/2014, deverá tal situação ser certificada nos autos a fim de viabilizar a comunicação prévia deste juízo à Diretoria Geral de Segurança Institucional - DGSEI, a ser transmitido via e-mail ao endereço - disec@tjrj.jus.br, nos moldes do que determina o Aviso Conjunto TJ/CGJ nº 17/2016. Ciência às partes”.

Realizada a audiência, mas não sendo apresentado o réu, a mesma foi redesignada:

“Em 10 de novembro de 2017, à hora designada, na sala de audiências deste Juízo, perante a MM.^a Juíza Substituta, Dr.^a ALINE ABREU PESSANHA, feito o pregão: presentes o ilustre membro do Ministério Público e Patrono do acusado. Presentes as testemunhas da defesa L. e R.. Ausente o acusado que não foi apresentado. Ausente ainda, a testemunha E. Aberta a audiência, dada à Defesa, pela mesma foi dito que insiste na oitiva das testemunhas presentes e, em relação à testemunha E., requer prazo para informar seu endereço correto ou requerer sua substituição. No caso de substituição, a defesa compromete-se a trazer sua testemunha independentemente de intimação. Pelo MP foi dito que não se opõe ao pedido da defesa. Pela MM.^a Dr.^a Juíza, foi proferido o seguinte DESPACHO: REDESIGNO A PRESENTE AUDIÊNCIA PARA O DIA 06/12/2017, AS 13H. DEFIRO O PRAZO DE 05 (CINCO) DIAS PARA A DEFESA SE MANIFESTAR SOBRE SUA TESTEMUNHA. REQUISITE-SE O RÉU. INTIMADOS OS PRESENTES. Nada mais havendo, às 13:21 horas lavrei a presente, que, após lido e achado conforme, vai devidamente assinado. Eu, secretário desta magistrada, mat. 01/30438, digitei e subscrevo”.

Em 06/12/2017, embora presentes o acu-

sado e as testemunhas, a audiência não se realizou em razão de problemas elétricos no fórum:

“Em 6 de dezembro de 2017, à hora designada, na sala de audiências deste Juízo, perante a MM.^a Juíza de Direito, Dr.^a ELIZABETH MARIA SAAD, feito o pregão: presentes o ilustre membro do Ministério Público e a Patrono do acusado. Presentes, ainda, o acusado e as testemunhas R.N.S. e L.R.O.. Tendo em vista a ocorrência de problemas elétricos no fórum não foi possível abrir o sistema kenta para a gravação dos depoimentos no computador da sala de audiência. Assim, foi determinada a redesignação da AIJ para 18/01/2018 às 13:00 H. Intimados os presentes, bem como as testemunhas R. e L. na data da próxima audiência. Requisite-se o preso. Nada mais havendo, às 14:02 horas lavrei a presente, que, após lido e achado conforme, vai devidamente assinado. Eu, secretário desta magistrada, mat. 01/30438, digitei e subscrevo”.

Em 18/01/2018, AIJ não se realizou:

“Tendo em vista o vazamento da tubulação de gás, situada na calçada do prédio do Fórum dessa Comarca, ficaram suspensas as atividades nas serventias desse Fórum nos dias 17 (dezesete) e 18 (dezoito) do corrente mês e por esse motivo as audiências designadas para tais dias não puderam ser realizadas. Assim, fica designada a audiência neste processo para 22/03/2018 às 13h00min. Ao cartório para tomar as providências cabíveis para a realização do ato. Dê-se ciência ao MP e a defesa. Publique-se”.

Em 22/03/2018, realizada a audiência de continuação, a instrução criminal foi encerrada:

“Em 22 de março de 2018, à hora designada, na sala de audiências deste Juízo, perante a MM.^a Juíza de Direito, Dr.^a ELIZABETH MARIA SAAD, feito o pregão: presentes o ilustre

membro do Ministério Público e o Patrono do acusado. Presentes, ainda, o acusado e as testemunhas de defesa E., L. e R.. Aberta a audiência, foi(ram) colhido(s) o(s) depoimento(s) de Três testemunha(s) arrolada(s) pela defesa. Em seguida, foi(ram) realizado(s) o(s) interrogatório(s) do(s) acusado(s), tudo conforme termos em anexo. Dada a palavra ao Ministério Público, pelo mesmo foi requerida a junta da FAC esclarecida do acusado, bem como o esclarecimento cartorário quanto ao cumprimento do MBA de f. 63. Pelo MM. Dr. Juiz, foi proferido o seguinte despacho: atenda-se ao requerido pelo MP. Após, manifestem-se as partes em alegações finais, na forma de memoriais. Após, voltem conclusos para sentença. Nada mais havendo, às 21:17 horas lavrei a presente, que, após lido e achado conforme, vai devidamente assinado. Eu, secretário desta magistrada, mat. 01/30438, digitei e subscrevo”.

Certo é que, com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, alguns dispositivos que regem as prisões cautelares do CPP sofreram alteração. Entretanto, o caput do art. 312 permaneceu o mesmo, restando intactos os requisitos da prisão preventiva (*fumus comissi delicti e periculum libertatis*).

Conforme expõe o doutrinador GUILHERME DE SOUZA NUCCI, a garantia da ordem pública “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.” (Prisão e Liberdade – as reformas processuais penais introduzidas pela Lei nº 12.403 de 04/05/2011 p.63/64).

Inclusive, a própria Lei nº 12.403/2011 prevê, ao modificar o art. 282, II do CPP, que a gravidade do crime pode ser utilizada como fundamentação para o decreto prisional, no pilar da adequação, que juntamente com a

necessidade, compõe o binômio das medidas cautelares.

No caso vertente, as medidas previstas no art. 319 do CPP não se mostram suficientes, ainda mais se tratando de crime hediondo praticado contra criança, cuja pena máxima é superior a quatro anos.

Evidente, portanto, a necessidade de se afastar o paciente do convívio social, em virtude, não só da gravidade dos delitos, como também das circunstâncias do fato delituoso, sendo a restrição de sua liberdade, por ora, a medida mais adequada, não sendo suficiente qualquer outra medida cautelar e até mesmo a prisão domiciliar.

O contexto fático autoriza e recomenda a manutenção da prisão preventiva do paciente, sendo inequívoca a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, afastada qualquer argumentação quanto ao suposto direito subjetivo à revogação da medida cautelar.

Neste cenário, não constato presente nenhuma ilegalidade na prisão do paciente, estando a decisão que decretou a medida cautelar, assim como a que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva, bem fundamentadas pelo magistrado de primeiro grau.

Ademais, finda a instrução criminal, passa a ser aplicável ao caso a Súmula nº 52 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo”.

Em outro giro, em relação a alegada nulidade processual em razão de ausência de citação do réu nos autos de origem, ela não procede, vez que segundo informações prestadas pela autoridade apontada como coatora o paciente foi regularmente citado, apresentando

resposta à acusação, ocasião em que foi ratificado o recebimento da denúncia e designada a audiência de instrução e julgamento para o dia 22/02/2017, não havendo que se falar em comprometimento da efetividade do processo.

Quanto às alegações de mérito, de que o paciente não teria praticado o delito, de que as provas não seriam suficientes, não cabe sua discussão pela via estreita do “writ”. A oportunidade para sua apreciação é quando da prolação da sentença.

Como já é sabido de todos, o habeas corpus é um remédio heroico utilizado quando alguém sofre, ou se acha na iminência de sofrer, um constrangimento ilegal, em sua liberdade de ir e vir, não admitindo exame mais aprofundado da prova.

Por tais razões, acolho o parecer da Procuradoria de Justiça, da lavra do Doutor RISCALLA J. ABDENUR, e voto no sentido de se denegar a ordem.

Rio de Janeiro, 27 de março de 2018.

DES. MARIA SANDRA KAYAT DIREITO
Relatora

HABEAS CORPUS. INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO DO TORCEDOR DOS GRANDES EVENTOS. ATOS ANULADOS DESDE A INICIAL. EXCESSO DE PRAZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RELAXAMENTO DE PRISÃO.

Juizado especial do torcedor e dos grandes eventos - recurso de apelação interposto - artigo 157, parágrafo 2º, ii do cp, e 16, parágrafo único, iii da lei nº 10.826/03, em cúmulo material - constrangimento ilegal, que exsurge do encarceramento, mantido, em sentença, em decorrência do juízo de censura, que foi for-

mado - reprimenda totalizada em 10 anos, 8 meses de reclusão e 26 dias – multa – reconhecida a primariedade - pretensão aditada, e voltada à nulidade de todo o processado, pela incompetência da autoridade apontada, como coatora para processar e julgar o presente feito considerando que o artigo 41-A da Lei nº 10.671/2003, estabelece a sua competência para o “processo, julgamento, e a execução das causas decorrentes das atividades reguladas nesta lei”. E definindo nos artigos 41-B a 41-F, os crimes no âmbito de sua competência. Resolução do TJ/OE 20/2013, que delimitou a competência do juizado especial do torcedor, qual seja os feitos criminais previstos e tutelados pela Lei nº 10.671/03 e em parágrafo único, os relativos à Lei nº 9.099/95.

Parecer ministerial, endereçado ao não conhecimento, quanto ao tópico aditado, pertinente a competência e que deve ser manejado, na hipótese, que o foi, após a sentença no recurso de apelação, e quanto à segregação, pela denegação da ordem, ficando quanto à competência, não só, a impossibilidade do exame, face à análise fática, probatória, inadmitida na ação constitucional, manejada, e a competência que decorre da matéria.

Resolução nº 20/2013, que estabelece a competência, do juizado especial do torcedor, não só os feitos criminais previstos e tutelados pela Lei nº 10.671/03, além dos cíveis, que lhes forem correlatos, e os de natureza criminal, relativos à Lei nº 9.099/95.

Recomendação nº 45/2013 do cnj, quanto à instalação dos juzados do torcedor e de grandes eventos, com competência, para processar e julgar as causas cíveis, criminais e fazendárias, decorrentes das atividades reguladas na lei nº 10.671/03, e as cíveis de menor complexidade, e criminais de menor potencial ofensivo, como definidas na lei nº 9.099/95.

Competência, matéria de ordem pública, a ser examinada em qualquer instância - roubo que teria ocorrido em um trem, embarcando a vítima em Bangu, rumo à Tijuca onde estavam

alguns torcedores do Flamengo, e o paciente no interior de um vagão do trem. Tendo descido, na estação de Madureira, entrando em um táxi para a Tijuca.

Extraído da sentença, que o policial Wellington, realça, o momento, em que estavam fazendo do revista pessoal na torcida do Flamengo, em uma praça, onde estava reunida, e quando estavam indo em direção ao estádio “(...) O acusado, saiu e foi em direção a um local cheio de árvores, e escondeu um artefato” --- “e que após o acusado tentou voltar para junto dos torcedores, que estavam em nossa responsabilidade”

2º policial Mauro Machado, que definiu o primeiro local, como uma concentração no “(...) Estácio para ir caminhando até o maracanã”.

Portanto retratam, situações ocorridas, antes do local em que iria ocorrer o evento.

Artigo 13, do estatuto de defesa do torcedor, que assinala o “(...) Direito a segurança nos locais, onde são realizados os eventos esportivos, antes, durante e após a realização das partidas”. A excluir situações ocorridas distantes do local do evento, como foi a hipótese, a afastar a competência do juizado especial do torcedor, o que leva à anular o processo desde e inclusive a peça vestibular acusatória, e a ser encaminhada à distribuição a um dos juízos criminais, que couber; e assim é de ser considerado o excesso de prazo, a formar um constrangimento ilegal ao paciente, relaxando a sua prisão com a expedição de alvará de soltura, se por *al* não estiver preso.

À unanimidade, foi concedida a ordem, reconhecendo a incompetência do juizado especial do torcedor e dos grandes eventos, anulando-se os atos desde, inclusive, o recebimento da inicial acusatória e em consequência, face ao latente excesso de prazo, relaxar a prisão do ora paciente, expedindo-se alvará de soltura se por *al* não estiver preso. Usou da palavra o Dr. MARCELO RAMALHO DA SILVA.

Vistos, relatados e discutidos, es-

tes autos de *Habeas Corpus* nº: 0067727-78.2017.8.19.0000, em que são Impetrantes: R.F.M., A.L.B. e M.R.S.

Acordam os Desembargadores da 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. À unanimidade, foi concedida a ordem, reconhecendo a incompetência do Juizado Especial do Torcedor e dos Grandes Eventos, anulando-se os atos desde, inclusive, o recebimento da inicial acusatória e em consequência, face ao latente excesso de prazo, relaxar a prisão do ora paciente, expedindo-se alvará de soltura se por *al* não estiver preso. Usou da palavra o Dr. Marcelo Ramalho da Silva.

Cuidam os autos de pedido de *Habeas Corpus*, via pelo qual, aponta o impetrante, que o ora paciente, se encontra na presença de constrangimento ilegal, que exsurge da permanência em cárcere, em decisão lançada na sentença condenatória, considerando que respondeu ao processo, preso, e com o juízo de censura, formado.

Adita o pedido, considerando a incompetência do Juizado Especial do Torcedor e de grandes eventos, ante o quantitativo da reprimenda estabelecida, face à recomendação nº 45/2013 do CNJ, em referência à instalação dos juizados especiais, finaliza na competência para processar e julgar, não só as causas cíveis, como as criminais, e fazendárias, que decorram das atividades reguladas na Lei nº 10.671/03, bem como as de menor complexidade, e as criminais de menor potencial ofensivo. Expondo as suas razões,

Página digitalizada 35, Informações Prestadas.

Página digitalizada 20, Decisão do eminente Desembargador Relator, a quem distribuído inicialmente o feito, indeferindo a liminar.

Página digitalizada 41, Petitórios dos impetrantes;

Página digitalizada 54, Douo Parecer Ministerial, endereçado ao não conhecimento, no tópico que envolve o aditamento quanto à competência. E, ultrapassado, encaminha à denegação da ordem.

Página digitalizada 89, Despacho desta relatoria.

Página Digitalizada 98, Expediente oriundo da nobre Turma Recursal.

Voto

No caso em tela, é de ser iniciada com a análise da competência, que em sendo matéria de ordem pública, clama pela imediata análise.

A Lei nº 10.671/2003, em seu artigo 41-A, previu a criação pelos Estados e pelo Distrito Federal, do Juizado do Torcedor, para processar, julgar e executar as causas decorrentes das atividades reguladas, pela lei em questão. Sendo criado, em nosso Estado, através da Resolução TJ/OE/RJ nº 20/2013, que em seu artigo 1º, estabelece:

“Fica criado o Juizado Especial do Torcedor e dos Grandes Eventos do Estado do Estado do Rio de Janeiro, com competência em todo o Estado, adjunto ao órgão judicial designado pela Presidência do Tribunal de Justiça, que terá a competência acrescida nos termos do artigo 68, parágrafo único, do CODJERJ. “

Artigo 68, parágrafo único do CODJERJ:

“(…) Parágrafo único - O Órgão Especial do Tribunal de Justiça, mediante Resolução, fixará a distribuição de competência aos órgãos previstos neste artigo, a alteração da denominação dos mesmos, bem como poderá deter-

minar a redistribuição dos feitos em curso nas Comarcas, Juízos e Juizados, sem aumento de despesa, sempre que necessário para a adequada prestação jurisdicional”.

E, o artigo 2º, nos termos da lei especial, definiu que:

“O Juizado Especial do Torcedor e dos Grandes Eventos do Estado do Rio de Janeiro será competente para processar, julgar e executar os feitos criminais previstos e tutelados pela Lei nº 10.671/03, bem como os cíveis que tiverem correlação com o Estatuto do Torcedor, ainda que com interesse do Estado, Municípios ou entes da Administração Direta dos mesmos, pelos fatos ocorridos em razão desses eventos determinados”.

Seguindo-se a recomendação nº 45 de 17/12/13 do CNJ.

Artigo 1º: Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios que:

(...)

III- instalem os Juizados do Torcedor e de Grandes Eventos, com competência para processar, julgar e executar as causas civis, criminais e fazendárias exclusivamente decorrentes das atividades reguladas na Lei nº 10.671, de 16 de maio de 2003, bem como as causas civis de menor complexidade e criminais de menor potencial ofensivo, assim definidas na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, com funcionamento especial em regime de plantão, quando necessário, excluídos os feitos de natureza criminal de competência do Tribunal do Júri.”

E, ainda, que não o fosse, o importante é que se delimite a incidência do juizado especial, no caso, em concreto; e a fim de verificar a competência, indispensável, o exame fático, como constante da respeitável sentença, eis que duas condutas foram imputadas ao ora paciente, a de roubo, majorado pelo concurso de agentes; e a de

posse de artefato explosivo.

Estabelece o artigo 13 do Estatuto do Torcedor, no capítulo IV, pertinente à segurança do Torcedor participe do Evento esportivo, que:

“O torcedor tem direito à segurança nos locais onde são realizados os eventos esportivos antes, durante e após a realização das partidas”

Portanto, finca o momento a incidir em especial, “(...) o lugar em que estiver sendo realizado o evento esportivo”

E tanto o é, que o artigo 13-A finca como condições ao acesso dentre elas:

II- não portar objetos, bebidas ou substâncias proibidas ou suscetíveis de gerar ou possibilitar a prática de atos de violência;

Determinando o seu parágrafo único que:

“(...) O não cumprimento das condições estabelecidas neste artigo implicará a impossibilidade de ingresso do torcedor ao recinto esportivo, ou, se for o caso, o seu afastamento imediato do recinto, sem prejuízo de outras sanções administrativas, civis ou penais eventualmente cabíveis.”

Importante que se defina os locais, onde ocorreram as condutas imputadas. O roubo majorado pelo concurso de pessoas, ocorreu em um trem, no qual a vítima embarcou em Bangu, com destino à Tijuca, em que estariam os torcedores. E dentre eles o paciente.

Quanto a posse do artefato explosivo, esta ocorreu, em local diverso, e o foi após a revista da torcida, em uma praça, quando se encaminhavam ao estádio Maracanã.

São os relatos do lesado, e dos Policiais Militares, contidos na respeitável sentença:

“(...) a vítima Hiago de Mou-

ra narrou em Juízo (mídia de f. 161-A), a dinâmica dos fatos de forma coesa e firme, salientando: ‘que estava indo à Tijuca e não sabia que estava havendo jogo no Maracanã; que foi de trem e embarcou em Bangu, onde mora; que ao adentrar o trem avistou alguns torcedores do Flamengo; que em determinado momento, entraram outros torcedores no vagão e iniciou-se uma confusão; que, neste momento, tentou sair e eles o impediram; que um deles disse que iria dar-lhe uma facada caso não entregasse o telefone; que começaram a puxar sua bolsa que continha seu material de trabalho, seu celular e sua carteira; que pegaram seu celular dentro de suas calças; que eram vários torcedores; que recebeu uma ‘gravata’; que agrediram o depoente; que conseguiu sair do vagão já que um dos torcedores pediu para pararem já que o depoente era trabalhador; que conseguiu sair do vagão com a bolsa e com a carteira; que, ainda assim, pegaram seu telefone celular; que desceu na estação de Madureira e pegou um taxi para a Tijuca; (...)

E prossegue; porém, o que é importante de se realçar, é o local onde ocorreu a subtração, com força física à pessoa, que, como se depreende, não o foi no estádio.

Quanto à posse de artefato explosivo, consignado este, na respeitável sentença, o depoimento do Policial Wellington Ferreira, e assim é transcrito em parte: “(...) que estava fazendo revista pessoal na torcida do Flamengo, numa praça, onde a torcida estava reunida, e quando estávamos indo em direção ao estádio, o acusado saiu e foi em direção a um local cheio de árvores e escondeu um artefato, que, depois foi constatado, que estava cheio de pólvora; que, após, o acusado tentou voltar para junto dos torcedores que estavam em nossa responsabilidade; que com o acusado foi apreendido um telefone celular em seu bolso; (...)”

Ponto em que consta a localização do pa-

ciente, ou seja, em uma praça, indo em direção ao Estádio, por conseguinte, não neste último.

E o Policial Mauro Machado Conceição: “... que nesse dia estava comandando a escolta da torcida organizada; que o GEPE se organiza para evitar que as torcidas se encontrem e briguem no meio do caminho; que nesse dia a torcida da Raça iria se concentrar no Estácio para ir caminhando até o Maracanã; que antes de seguir viagem, próximo ao horário da partida, fez uma revista na torcida para evitar que alguém passe com material proibido ou fogos de artifício; que, após a revista, saíram em direção ao Maracanã, não sabe porque, resolveu olhar para trás; que quando olhou para trás, viu alguém saindo do meio da torcida, pegou alguma coisa no meio da grama e voltou para a torcida; que ao se aproximar desse indivíduo, ele largou o que tinha em mão, no chão; que o objeto era uma bomba(...)” Concluindo o registro, no momento, em que fixa o local da ocorrência, no caminho ao Maracanã.

Por conseguinte, a proteção visada em lei, com jurisdição especializada é no local do evento, e assim a incidência do Estatuto, não em locais próximos, levando à competência do Juízo Criminal comum, o que leva a reconhecer a incompetência do Juizado Especial do Torcedor, e assim a anular o processo desde o início, ou seja, do recebimento da inaugural acusatória e encaminhando ao Juízo Criminal, que couber por distribuição. E, ao fazê-lo, latente a ocorrência de excesso de prazo, a conduzir ao relaxamento da prisão do ora paciente, Renato de Castro da Silva, se por *al* não estiver preso.

À UNANIMIDADE, FOI CONCEDIDA A ORDEM, RECONHECENDO A INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL DO TORCEDOR E DOS GRANDES EVENTOS, ANULANDO-SE OS ATOS DESDE, INCLUSIVE, O RECEBIMENTO DA INICIAL ACUSATÓRIA E EM CONSEQUÊNCIA,

FACE AO LATENTE EXCESSO DE PRAZO, RELAXAR A PRISÃO DO ORA PACIENTE, EXPEDINDO-SE ALVARÁ DE SOLTURA SE POR *AL* NÃO ESTIVER PRESO. USOU DA PALAVRA O DR. MARCELO RAMALHO DA SILVA.

Rio de Janeiro, 20 de março de 2018.

DES. ROSITA MARIA DE OLIVEIRA NETTO
Relatora

HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRECARIEDADE DOS INDÍCIOS DE AUTORIA. MERA PRESUNÇÃO. IMPRONUNCIA. PROVA ORAL NOS AUTOS É O TESTEMUNHO DE OUVIR DIZER (*HEARSAY TESTIMONY*). DECLARAÇÕES DE PESSOAS QUE NÃO PRESENCIARAM O CRIME. INSUFICIÊNCIA PARA SUSTENTAR O DECRETO CONDENATÓRIO.

Penal e processo penal. Apelação criminal. Imputação pelo crime de homicídio duplamente qualificado (art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal). Impronúncia. Precariedade dos indícios de autoria do crime. Testemunhos por “ouvir dizer” - *hearsay testimony*. Fragilidade dos indícios de autoria evidenciada. Impossibilidade de prolação de sentença de pronúncia com base em mera presunção. Precedentes. Impronúncia que se mantém. Desprovimento do apelo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002591-09.2014.8.19.0011, em que figuram como Apelante o Ministério Público e Apelado Bruno Ramos Lopes.

Acordam os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,

por unanimidade, em negar provimento ao apelo ministerial, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Feito já relatado como segue:

“O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ofereceu denúncia em face de Bruno Ramos Lopes perante o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Cabo Frio, imputando-lhe a prática do crime do art. 121, § 2º, incisos II e IV (4ª figura), do Código Penal, assim descrita:

‘No dia 03 de julho de 2011, por volta das 4h, em via pública, em frente a um Bar, localizado na Rua Humberto de Campos, nº 102, Tangará, nesta cidade, o denunciado, com vontade livre e consciente e inequívoco dolo de matar, efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima Ana Paula Cristina de Souza, atingindo-lhe na cabeça, braços e quadril, causando-lhe as lesões descritas no AECD de f. 34/39, as quais, por sua natureza e sede, foram à causa de sua morte.

O denunciado agiu por motivo fútil, uma vez que cometeu o crime após a vítima proferir palavras de baixo calão contra o mesmo na frente de todos os ocupantes do bar acima descrito, tendo o denunciado sacado a arma de fogo e efetuado disparos contra a vítima.

O denunciado valeu-se de recurso que dificultou a defesa da vítima, uma vez que agiram de inopino, iniciando os disparos de arma de fogo de forma repentina.’

O douto juiz de direito Vinicius Marcondes de Araújo deixou de admitir a acusação e impronunciou o acusado Bruno Ramos Lopes, na forma do art. 414 do Código de Processo Penal, aduzindo, em síntese, que a prova produzida nos autos está limitada às declarações de pessoas que não presenciaram o delito e apenas relataram “saber da autoria por informações

correntes no bairro do Tangará”, o que não se mostra suficiente para submeter o acusado ao plenário do Júri. Registra, igualmente, a dificuldade de se angariar testemunhas em áreas dominadas pelo tráfico de drogas, limitação esta que deve ser contornada ou superada por outros métodos de investigação, como inclusão de testemunhas em programa de proteção, realização de provas técnicas, interceptação telefônica etc, o que não se verificou na presente hipótese (f. 501/503).

Nas razões de f. 511/525, o Ministério Público postula a reforma da sentença monocrática, a fim de que o recorrido seja pronunciado conforme a imputação contida na denúncia. Sustenta que a materialidade do delito restou delineada pelo Auto de apresentação e apreensão, Laudo de Exame Cadavérico, Termo de reconhecimento, Auto de esquema de lesões, Laudo de Exame em Material (Munição), e Fotos, corroborando a prova oral colhida. Quanto à autoria delitiva, destaca as declarações das testemunhas Douglas de Souza Ferreira e Luiz Gustavo Freitas de Aguiar, as quais foram corroboradas pelas declarações prestadas, em sede policial, por David de Jesus e Alessandro Alves. Nesse contexto, aduz que a negativa de autoria do réu não se mostrou apta para elidir a imputação delitiva. Saliencia a extensa FAC do acusado e a notória influência que o mesmo exerce no bairro Tangará, sendo conhecido como líder do tráfico de drogas. Prossegue, aduzindo que a decisão de pronúncia constitui mero juízo de admissibilidade da acusação, com o objetivo de submeter o acusado ao julgamento perante o Tribunal do Júri, sendo bastante para sua prolação que o Juiz esteja convencido da existência do crime e que existam indícios suficientes de autoria, como se verifica no caso concreto. Sustenta, ainda, a efetiva comprovação das qualificadoras imputadas. Por fim, prequestiona a matéria.

Contrarrazões defensivas de f. 535/541 prestigiando a sentença monocrática. Aduz, em síntese, a inexistência de prova segura e idônea para submeter o acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri.

O *Parquet* em atuação nesta Corte, em parecer da lavra do procurador de justiça Antônio José Campos Moreira (f. 653/659), opina pelo conhecimento e pelo provimento do apelo ministerial. Assevera que a materialidade delitiva restou positivada pelo Laudo de Exame Cadavérico, bem como que a prova oral produzida em Juízo, além das demais provas técnicas, apontam o apelado como autor do homicídio descrito na denúncia, razão pela qual, havendo prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, impõe-se a pronúncia, cabendo ao Tribunal Popular apreciar, oportunamente, a tese defensiva, devendo prevalecer, nesta fase, o *in dubio pro societate*.”.

Voto

Deixo de acolher, com todas as vênias, a orientação do parecer ministerial.

A materialidade delitiva é inquestionável, cingindo-se a pretensão ministerial ao reconhecimento da existência de indícios de autoria de que o apelado praticou a conduta descrita na denúncia.

A sentença que impronunciou o acusado não merece qualquer reparo diante do mosaico probatório constante dos autos.

A denúncia imputa ao réu a conduta de efetuar disparos de arma de fogo contra a vítima Ana Paula Cristina de Souza, causando-lhe a morte. O crime teria sido cometido por motivo fútil e mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima.

Os fatos foram comunicados a au-

toridade policial pelo policial militar que atendeu a ocorrência, o qual narrou que foi acionado para comparecer ao local do crime, onde apurou “meio a transeuntes”, que o autor do homicídio seria um traficante de drogas local conhecido como “Bruninho” (f. 04).

Na mesma data, o informante Douglas, filho da vítima, compareceu em sede policial e declarou que estava dormindo em sua casa quando acordou com o som de disparos de arma de fogo, tendo se dirigido ao portão para ver o que havia acontecido, tendo avistado em torno de quinze pessoas do lado de fora do bar referido na denúncia, uma motocicleta e um carro parados na esquina, cujos ocupantes se encontravam desembarcados, momento em que ouviu um deles determinar que o bar fosse fechado e que ninguém falasse nada sobre o ocorrido, tendo, em seguida, embarcado nos respectivos veículos e deixando o local. Esclareceu que, devido a distância entre o local dos fatos e sua residência, não conseguiu identificar nenhuma pessoa dentre as que estavam no local, tampouco o corpo de sua mãe, e que, após o bar ser fechado e as pessoas dispersarem, voltou para dormir. Durante a madrugada, um vizinho lhe chamou e avisou que a sua mãe seria a vítima do crime de homicídio. Alegou que sua mãe era uma pessoa “que não levava desaforo para casa e falava muito mal do traficante alcunhado de Bruninho”. Prosseguiu, aduzindo que “como sua mãe falava mal com muita frequência de Bruninho e de seu pai, bem como sabe que Bruninho frequenta o bar em que sua mãe estava momentos antes de ser morta e pelo fato de ele ser o líder do tráfico de drogas naquela localidade, posição que herdou de seu pai, não dúvidas da autoria desse crime, ou seja, de que foi Bruninho e seus comparsas, os quais não sabe declinar o nome, mas percebeu que os marginais que estavam na motocicleta eram bem jovens, pardos e poderiam ser até menores

de idade, na faixa dos 16 anos, que Bruninho é integrante da facção criminosa Terceiro Comando e é muito temido naquela localidade”.

Douglas retornou em sede policial, dias depois, e efetuou o reconhecimento fotográfico do ora recorrente como sendo a pessoa mencionada nas declarações prestadas anteriormente. Na ocasião, afirmou que “comentários de que Bruninho é autor de mais esse crime de homicídio continuam e que ele foi praticado com a ajuda de seus capangas, podendo citar somente Boleba, o qual conhece só de apelido e de comentários no bairro”. Relatou, ainda, que o réu é envolvido com o tráfico de drogas local, sendo “amplamente comentado que ele praticou vários homicídios no bairro”.

Verifica-se que foram colacionados aos autos várias informações relativas a procedimentos investigativos diversos, nenhum deles referente aos fatos ora apurados nesta ação penal.

Não obstante tratem-se de procedimentos diversos, pessoas ouvidas nesses feitos relataram ter tomado conhecimento de que o autor do crime contra a vítima Alessandra, apurado nestes autos, seria o ora apelado.

Uma pessoa identificada como David, irmão de uma vítima - Jonas Silva de Jesus - de crime de homicídio supostamente praticado pelo ora recorrido, aduziu, em sede policial, e em procedimento pertinente a apuração do referido crime, que “também tomou conhecimento que Bruninho também assassinou Ana Paula há uns quatro meses atrás, na Humberto de Campos, em frente a Praça e a um Bar; que o motivo era porque Ana Paula era meio agressiva e falava demais quando bebia; que também tem conhecimento que todos esses homicídios, Bruninho sempre se faz acompanhar de alguns comparsas como no caso de seu irmão” - f. 46.

A pessoa identificada como Alessandro, vítima de uma tentativa de homicídio supostamente praticado pelo ora recorrido, afirmou, em sede policial, e em procedimento pertinente a apuração do referido crime, “que Bruninho praticou vários homicídios, mas o que o declarante tem certeza que foi ele foi de uma mulher, Ana Paula em frente à Praça e a um Bar; que o motivo do crime foi porque Ana Paula, que era viciada, mandou Bruninho tomar no cu na frente de todo mundo, momento em que ele sacou de uma pistola e efetuou diversos disparos de arma de fogo contra ela que veio a morrer no local, inclusive o declarante viu o corpo e foi para o local logo em seguida aos tiros que todos no bairro escutaram; que no momento do crime que vitimou Ana Paula havia diversas pessoas, mas todos tem muito medo de Bruninho e por isso ele vem praticando tantos crimes impunemente” - f. 65.

Há, ainda, uma anotação feita por policial militar, no local dos fatos, consignando que:

“Conforme relato de “S” o mesmo informou que a “V” andou um tempo em Búzios (...) e a mesma era usuária de droga e tinha AIDS soro positivo, e não se cuidava. O “S” informou que a “V” comentou c/ amigos se ela aparece-se morta era culpa do dono do tráfico / Bruninho, pois a “V” falava muita besteira e não levava desaforo p/ casa, possível ouve uma desavença c/ os traficantes da área.

A “G” fez contato com populares e os mesmos não souberam dizer que foi o autor dos disparos.

Foi localizado pela “G” dentro do bueiro 14 cápsulas de PST 380.” (SIC)

Uma pessoa identificada como Juliana Ribeiro, filha de uma vítima de homicídio supostamente praticado pelo acusado, declarou, em sede policial, e em procedimento pertinente a apuração do referido crime, alegou que “já tinha conhecimento que Bruno havia matado

várias outras pessoas, entre elas, Ana Paula que era envolvida com drogas; que não se recorda do nome de outras pessoas, mas pode dizer que foram várias” - f. 378

Em Juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, Douglas, o filho da vítima Ana Paula, ratificou as declarações prestadas em sede inquisitiva e declarou, expressamente, que não presenciou os fatos nem viu quem foi o autor dos disparos, tendo tomado ciência dos fatos por intermédio de um vizinho. Disse, ainda, que na manhã seguinte aos fatos, ouviu boatos que davam conta de que foi o acusado o autor do homicídio contra sua mãe. Negou saber de envolvimento de Bruno em outros homicídios, sabendo apenas que ele integrava o tráfico de drogas local.

O policial civil Luiz Gustavo declarou, em Juízo, que foi o responsável pela investigação de alguns homicídios que ocorreram na circunscrição da delegacia onde estava lotado à época, inclusive, o ora apurado nestes autos. Declarou que fez “um pequeno contato com o policial militar e ele já tinha uma anotação onde no anotado dele o suspeito seria Bruninho”, porém, o policial não o informou como chegou a esse nome. Esclareceu que, no local dos fatos, conversou com o filho da vítima, Douglas, o qual lhe relatou, em depoimento, que não havia presenciado o crime, mas que teria sido o Bruninho, não esclarecendo “como teria sido isso”. Prosseguiu, aduzindo que reuniu os casos de homicídio em que a autoria era imputada ao acusado e apenas uma vítima teria imputado a autoria ao ora recorrido, bem como que uma coisa que chamou a sua atenção foi o fato de que o réu costumava descarregar sua pistola ao praticar tais crimes, sendo certo que no presente caso houve o descarregamento da arma de fogo, *modus operandi* comum aos homicídios em que se fazia menção ao nome do acusado. Rela-

tou que um membro da quadrilha do acusado, identificado como “Pão Doce”, imputou ao apelado a prática de diversos homicídios. Afirmou recordar de “um Alessandro, que tomou um tiro do Bruno no queixo; que esse foi o que deflagrou a evidência do delegado Dr. Luiz Claudio da Cruz que deu ciência ao depoente dessa tentativa de homicídio, lhe falou do Bruninho Tangará e o depoente falou para o Dr. que existiam alguns procedimentos contra o Bruno Lopes na delegacia antiga; que localizou os principais (...) que levou a ele esses inquéritos e ele deu destino aqui, mas não pediu ao depoente nenhuma diligência complementar para esses outros inquéritos que o depoente indicou que o Bruno tinha essa suspeita contra ele nesses crimes e o Alessandro falou categoricamente que o autor do disparo contra ele foi o Bruno logo após sair do presídio”. O policial civil informou, ainda, o temor da população local em prestar depoimentos contra o acusado, destacando que a dona do bar onde teria ocorrido a discussão que motivou o homicídio de Ana Paula relatou que não presenciou os fatos, tampouco forneceu elementos que ajudassem a polícia a chegar a testemunhas que tivessem presenciado o homicídio. O policial afirmou, ainda, que a vítima era usuária de drogas e que “foi suficiente essa informação de que ela era usuária de drogas, que como está na denúncia parece que ela tinha discutido, assim disseram em depoimento”.

De outro giro, o acusado negou as imputações e alegou que sequer conhecia a vítima, tendo tomado conhecimento do homicídio no dia seguinte aos fatos, por meio de boatos.

Com efeito, a prova oral produzida nos autos traduz o chamado *hearsay testimony*, ou seja, o testemunho de ouvir dizer, consistente nas declarações de pessoas que não presenciaram os fatos criminosos e tive-

ram ciência dos mesmos por meio de boatos ou de terceiros que não foram devidamente identificados para fins de serem arrolados como testemunhas referidas.

A propósito, sobre a impossibilidade da indicação, exclusiva, do testemunho de “ouvir dizer” como motivação para sustentar um decreto condenatório ou mesmo uma sentença de pronúncia, convém trazer à colação os seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA FUNDAMENTADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTO INFORMATIVO COLHIDO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL. NÃO CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO. TESTEMUNHA DE OUVIR DIZER. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. A decisão de pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, não se do exigido, neste momento processual, prova incontroversa da autoria do delito - bastam indícios suficientes de que o réu seja seu autor e a certeza quanto à materialidade do crime.

2. Muito embora a análise aprofundada dos elementos probatórios seja feita somente pelo Tribunal Popular, não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, a pronúncia sem qualquer lastro probatório colhido sob o contraditório judicial, fundada exclusivamente em elementos informativos obtidos na fase inquisitorial, mormente quando essa prova está isolada nos autos, como na hipótese, em que há uma única declaração, colhida no inquérito e não confirmada em juízo.

3. O Tribunal de origem, ao despronunciar o ora recorrido, asseverou que “o único indício a incriminar o imputado seria a declaração de uma testemunha não presencial, [...] na fase pré-processual, na qual refere ter tomado ciência do crime e de sua autoria, depois do que uma vizinha havia contado” (f. 726-

727), razão pela qual, consoante o enunciado na Súmula nº. 7 do STJ, torna-se inviável, em recurso especial, a revisão deste entendimento, para reconhecer a existência de prova colhida sob o contraditório judicial apta a autorizar a submissão do recorrido à julgamento perante o Tribunal do Júri.

4. A primeira etapa do procedimento bifásico do Tribunal do Júri tem o objetivo de avaliar a suficiência ou não de razões (justa causa) para levar o acusado ao seu juízo natural. O juízo da acusação (*iudicium accusationis*) funciona como um filtro pelo qual somente passam as acusações fundadas, viáveis, plausíveis, idôneas a serem objeto de decisão pelo juízo da causa (*iudicium causae*). A instrução preliminar realizada na primeira fase do procedimento do Júri, leciona Mendes de Almeida, é indispensável para evitar imputações temerárias e levianas. Ao proteger o inocente, “dá à defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os atos e de destruir a prevenção no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento”.

5. Não se verifica contrariedade à lei federal em acórdão que deixa de acolher o testemunho indireto (por ouvir dizer) como prova idônea, de *per si*, para submeter alguém a julgamento pelo Tribunal Popular.

6. A norma segundo a qual a testemunha deve depor pelo que sabe *per proprium sensum et non per sensum alterius* impede, em alguns sistemas - como o norte-americano - o depoimento da testemunha indireta, por ouvir dizer (*hearsay rule*). No Brasil, embora não haja impedimento legal a esse tipo de depoimento, “não se pode tolerar que alguém vá a juízo repetir a *vox publica*. Testemunha que depusesse para dizer o que lhe constou, o que ouviu, sem apontar seus informantes, não deveria ser levada em conta.” (Helio Tornaghi).

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1444372/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016)

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E DESTRUIÇÃO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER PRONÚNCIA FUNDAMENTADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTO I FORMATIVO COLHIDO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL. NÃO CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. A decisão de pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, não sendo exigido, neste momento processual, prova incontroversa da autoria do delito; bastam a existência de indícios suficientes de que o réu seja seu autor e a certeza quanto à materialidade do crime.

2. Muito embora a análise aprofundada dos elementos probatórios seja feita somente pelo Tribunal Popular, não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, a pronúncia sem qualquer lastro probatório, mormente quando os testemunhos colhidos na fase inquisitorial são, nas palavras do Tribunal *a quo*, “relatos baseados em testemunho por ouvir dizer, [...] que não amparam a autoria para efeito de pronunciar os denunciados” (f. 1.506).

3. O Tribunal de origem, ao despronunciar os ora recorridos, entendeu “ausentes indícios de autoria e insuficiente o ‘*hearsay testimony*’ (testemunho por ouvir dizer)” (f. 1.506), razão pela qual, consoante o enunciado na Súmula nº. 7 do STJ, torna-se inviável, em recurso especial, a revisão desse entendimento, para reconhecer a existência de prova colhida sob o contraditório judicial apta a autorizar a submissão dos recorridos a julgamento perante o Tribunal do Júri.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1373356/BA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 20/04/2017, DJe 28/04/2017)

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. PROVA TESTEMUNHAL. OITIVA DE POLICIAL. AUTORIA DELITIVA. INFORMAÇÃO OBTIDA DE TERCEIRO QUE SE NEGOU A IDENTIFICAR. SIGILO DA FONTE. 3. FALSO TESTEMUNHO. ART. 342 DO CP. NÃO VERIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE DE DENÚNCIA ANÔNIMA. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. 4. DENÚNCIA ANÔNIMA. INÍCIO DA AÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE DILIGÊNCIAS PRÉVIAS. INFORMAÇÃO QUE NÃO SE REVESTE DA QUALIDADE DE PROVA. 5. PROVA TESTEMUNHAL. PERCEPÇÃO SENSORIAL DE QUEM DEPÕE. INDICAÇÃO DE TESTEMUNHA REFERIDA. NÃO OCORRÊNCIA. 6. “*HEARSAY TESTIMONY*”. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE NA HIPÓTESE. POLICIAL QUE OUVIU DIZER. IMPUTAÇÃO DE AUTORIA. SUBVERSÃO DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO. 7. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

5. A prova testemunhal consiste em a pessoa revelar ao juiz os fatos que interessam à decisão da causa e que tenham sido percebidos por seus sentidos, “tem como objetivo, portanto, trazer ao processo dados de conhecimento que derivam da percepção sensorial daquele que é chamado a depor no processo”. (LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 679). Na hipótese dos autos, o testemunho impugnado não traz nenhum elemento percebido presencialmente pelo policial nem indica quem poderia trazer informações relevantes para

a instrução processual. Como é cediço, a testemunha arrolada pode não ter o conhecimento necessário ao esclarecimento dos fatos, mas pode indicar terceiro que o tenha, o qual poderá ser intimado a depor, na qualidade de testemunha referida. Nada obstante, o testemunho do policial não se presta a nenhum dos dois objetivos.

6. A prova produzida por meio da testemunha de “ouvi dizer” não pode ser peremptoriamente considerada imprestável para o processo, uma vez que a partir dela é possível se chegar a uma testemunha referida, a qual possa confirmar o testemunho daquele que nada viu. Lado outro, não se pode admitir nos autos a prova que acusa sem ter contato com os fatos e sem identificar quem teve, pois, reitero que a denúncia anônima demanda diligências complementares para iniciar o processo quanto mais para servir de prova para condenação. Aceitar a manutenção da referida prova nos autos subverteria todas as garantias constitucionais do processo penal, tão caras ao ordenamento jurídico. Nesse encadeamento de ideias, reafirmo que o exame da prova testemunhal impugnada não supera o exame da legitimidade, pois não pode ser considerada testemunha aquele que não teve contato com o fato criminoso nem pode identificar quem teve, se limitando a testemunhar que ficou sabendo por terceiros que o paciente seria o autor dos fatos. Assim, não sendo possível sua utilização para fundamentar eventual decreto condenatório, mister sua retirada dos autos.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para determinar o desentranhamento do testemunho prestado pelo policial Márcio José Toledo Rocha.

(HC 397.485/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 08/08/2017, DJe 22/08/2017)

Assim é que o sistema jurídico penal pá-

trio não admite a condenação do acusado por mera presunção, impondo-se, portanto, a manutenção da decisão combatida - impronúncia -, a fim de evitar a impunidade, porquanto diante da prova produzida, e invocando esta Relatoria alguma experiência nas tribunas do Júri, notadamente na condição de Promotor de Justiça, a possibilidade de absolvição do réu é patente, o que impedirá a verdadeira Justiça.

Destaque-se, a esse respeito, que o próprio réu já foi impronunciado pelo Juízo de origem, tendo o Juiz acolhido, integralmente, os argumentos ministeriais e em situação muito semelhante a retratada nos autos, tendo sido consignado nas alegações finais que postulou a impronúncia do acusado, naquele caso, que “nenhuma das vítimas sobreviventes relatou ter visto algum dos acusados e alguns nem sequer os conheciam de nome” (f. 388/394).

Destarte, o que se espera é que o *Parquet* em atuação na instância de piso produza as provas minimamente efetivas para que a sociedade responda como se deseja, reprovando aquele que obrou por matar a vítima, seja ele o réu ou quem quer que seja.

Diante do exposto, dirijo meu voto no sentido de negar provimento ao apelo ministerial.

É como voto.

Rio de Janeiro, 12 de dezembro de 2017.

DES. JOSÉ MUIÑOS PIÑERO FILHO
Relator

MENOR. ATOS LIBIDINOSOS PRATICADOS PELO PADASTRO DA VÍTIMA. GENITORA QUE SÓ RETORNA DO TRABALHO DE MADRUGADA. MUDANÇA DE COMPORTAMENTO DA

FILHA. DEFESA PLEITEIA ABSOLVIÇÃO, REDUÇÃO E AFASTAMENTO DE AGRAVANTE. RECURSO NÃO PROVIDO. VOTO VENCIDO.

APELAÇÃO CRIMINAL. Art.

217-A, do Código Penal. Apelante condenado à pena total de 12 (doze) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, por infração ao art. 217-A, do Código Penal. A defesa requer: 1) a absolvição do Apelante; 2) a redução da pena-base ao seu mínimo legal; e 3) o afastamento da circunstância agravante do art. 226, II, do Código Penal. Pedido absolutório não medra. Crime contra a liberdade sexual comprovado. A autoria e a materialidade dos crimes são indelévels diante da prova oral produzida nos autos. A vítima prestou depoimento firme e consistente, esclarecendo que os abusos aconteciam quando ela e seu irmão ficavam sozinhos com o apelante, já que a sua mãe só voltava do trabalho na madrugada. A mãe da vítima narrou que percebeu uma mudança no comportamento da filha, que passou a ficar muito quieta e mostrava muita felicidade quando ela não ia trabalhar e ficava em casa. Esclareceu que após uma conversa, a vítima lhe contou o que acontecia. Os atos praticados pelo apelante não deixam vestígios e, por isso, o Laudo de Exame de Corpo de Delito (Conjunção Carnal) não afasta a credibilidade do depoimento da vítima, que principalmente em crimes desta espécie, merecem especial relevo. Manutenção da dosimetria. Ao exasperar a pena-base, o sentenciante ponderou circunstâncias concretas do crime, em observância à regra inserta no art. 59, do Código Penal. Incidência da circunstância agravante do art. 226, II, do Código Penal. Malgrado não haja documento que comprove a sua condição de padastro, a prova oral colhida sob o crivo da ampla defesa e do contraditório deixa indene de

dúvida que o apelante era companheiro da mãe da vítima e ostentava, sim, a condição de padrasto da mesma. Recurso defensivo conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Criminal nº 0016103-59.2014.8.19.0011 em que é Apelante A.O.A., e Apelado o Ministério Público.

Acordam, os Desembargadores que integram esta Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria, em negar provimento ao recurso defensivo, nos termos do voto da Desembargadora Relatora. Vencido o Desembargador FRANCISCO JOSÉ DE ASEVEDO.

Recurso de Apelação interposto pela defesa técnica de A.O.A. contra sentença que o condenou à pena total de 12 (doze) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, por infração ao art. 217-A, do Código Penal (pasta 75 - f. 01/05).

A denúncia narra (pasta 4 - f. 01/02):

“Em diversos dias e horários, no mês de abril de 2014, mas certo que sempre na Avenida dos Pescadores, nº 926, Condomínio das Conchas I, Però, neste município, o denunciado, consciente e voluntariamente, praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com K.R.R. sua enteada, menor de 14 anos, que consistiram em acariciar a vagina da menina e passar o pênis entre as pernas da infante.

O denunciado é padrasto da vítima, de apenas 06 (seis) anos de idade, e portanto residia com a mesma, praticando os atos libidinosos descritos no período noturno, enquanto a infante dormia, uma vez que a genitora só retornava do trabalho de madrugada.

Após perceber que o comportamento da vítima havia mudado, sua genitora perguntou o que tinha acontecido, tendo a infante narrado

os fatos com clareza e riqueza de detalhes.

Assim agindo, encontra-se o denunciado incurso nas penas dos artigos 217-A do Código Penal.”

O Laudo de Exame de Corpo de Delito (Conjunção Carnal) foi acostado na pasta 22 - f. 01.

A denúncia foi recebida em 06 de agosto de 2014 (pasta 35 - f. 01).

O recurso defensivo é tempestivo e requer (pasta 90 - f. 01/10):

- 1) A absolvição do Apelante;
- 2) A redução da pena-base ao seu mínimo legal;
- 3) O afastamento da circunstância agravante do art. 226, II, do Código Penal.

Em Contrarrazões, o Ministério Público pugna pelo provimento do recurso defensivo com a absolvição do Apelante (pasta 101 - f. 01/08).

Parecer da Procuradoria de Justiça, da lavra do Dr. RICARDO RIBEIRO MARTINS, no sentido do provimento do recurso defensivo com a absolvição do Apelante (pasta 117 - f. 01/05).

É o relatório. À Doutra Revisão.

VOTO

O Apelante foi condenado à pena total de 12 (doze) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, por infração ao art. 217-A, do Código Penal (pasta 75 - f. 01/05).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, para requerer (pasta 90 - f. 01/10):

- 1) A absolvição do Apelante;

2) A redução da pena-base ao seu mínimo legal;

3) O afastamento da circunstância agravante do art. 226, II, do Código Penal.

Em abril de 2014, o Apelante, então padrasto da vítima K.R.R., que contava à época com 06 (seis) anos de idade, com ela praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal consistentes em acariciar a vagina da menina e passar o pênis entre as suas pernas.

O pedido absolutório não medra.

O crime se comprova através da prova oral coligida aos autos.

A vítima prestou depoimento firme e consistente, esclarecendo que os abusos aconteciam quando ela e seu irmão ficavam sozinhos com o Apelante, já que a sua mãe só voltava do trabalho na madrugada.

Por sua vez, a mãe da vítima narrou que percebeu uma mudança no comportamento da filha, que passou a ficar muito quieta e mostrava muita felicidade quando ela não ia trabalhar e ficava em casa. Esclareceu que após uma conversa, a vítima lhe contou o que acontecia.

Note-se que os atos praticados pelo Apelante não deixam vestígios e, por isso, o Laudo de Exame de Corpo de Delito (Conjunção Carnal) não afasta a credibilidade do depoimento da vítima, que principalmente em crimes desta espécie, merecem especial relevo (pasta 22 - f. 01).

Melhor sorte não assiste ao pedido de redução da pena-base do Apelante.

Ao exasperar a pena-base, o sentenciante ponderou circunstâncias concretas do crime, em observância à regra inserta no art. 59, do Código Penal.

Por fim, não merece prosperar o pedido de afastamento da circunstância agravante do art. 226, II, do Código Penal.

Malgrado não haja documento que comprove a sua condição de padrasto, a prova oral colhida sob o crivo da ampla defesa e do contraditório deixa indene de dúvida que o Apelante era companheiro da mãe da vítima e ostentava, sim, a condição de padrasto da mesma.

Voto no sentido do desprovimento do recurso da defesa.

Rio de Janeiro, 24 de abril de 2018.

DES. MARCIA PERRINI BODART
Relatora

VOTO VENCIDO

Divergi da Douta Maioria por entender que deveria ser provido parcialmente o apelo defensivo para, de ofício, reconhecer a tentativa.

Narra a denúncia que, em diversos dias e horários, no mês de abril de 2014, mas certo que sempre na Avenida dos Pescadores, nº xxx, Condomínio X, Peró, Cabo Frio/RJ, o apelante, consciente e voluntariamente, praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com K.R.R., sua enteada, menor de 14 anos, que consistiram em acariciar a vagina da menina e passar o pênis entre as pernas da infante.

Ao contrário do que pretende fazer crer a defesa, a autoria e a materialidade do crime restaram inquestionáveis, ante o conjunto probatório robusto e harmônico colacionado aos autos.

Deve ser ressaltado que, nos crimes de natureza sexual, normalmente praticados na clandestinidade, a palavra da vítima, bem como de testemunhas do fato, assume valor re-

levante. Tal fato, atrelado a outras provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como no caso em tela, é suficiente para o decreto condenatório.

Entretanto, a única prova digna de referência para justificar a condenação do apelante é a testemunhal, não por estupro de vulnerável consumado, mas na forma tentada, porque todas as declarações da vítima assim indicam, já que não houve qualquer forma de penetração, vaginal ou anal, mas, apenas, contatos superficiais típicos e característicos da tentativa.

Deve-se entender do teor do disposto no art. 217-A do Código Penal que ato libidinoso diverso da conjunção carnal, ou seja, diverso da penetração vaginal, só pode ser a penetração anal, o que não ocorreu, principalmente porque não afirmado pela ofendida.

É princípio universal que não se deve tratar igualmente situações desiguais, ou desigualmente situações iguais.

Assim, se a vítima sofresse traumática e dolorosa penetração, vaginal o anal, o crime seria consumado. Ao contrário, se houve apenas contatos superficiais, sem penetração traumática e dolorosa, não se pode considerar a imputação como consumada, sob a pena de se cometer inominável e inaceitável injustiça.

Vale lembrar que a desproporção da pena imposta ao réu é tão absurda que afronta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bastando comparar-se tal sanção com a pena mínima de 06 anos de reclusão cominada ao crime de homicídio, o mais grave de todos os crimes, ou a pena de 06 anos de reclusão para o delito de estupro, quando praticada a traumática e dolorosa penetração vaginal ou anal. São situações opostas e devem ser tratadas de forma diferente.

Assim, diante dos atos praticados, entendo que a redução pela tentativa deveria ser feita no percentual de 1/2.

Por tais motivos, votei no sentido de dar parcial provimento ao recurso defensivo para reconhecer, de ofício, a tentativa, como acima exposto.

Rio de Janeiro, 24 de abril de 2018.

DES. FRANCISCO JOSÉ DE ASEVEDO
Relator

PRISÃO CAUTELAR. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. DELITO DE LESÃO CORPORAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. PRISÃO DOMICILIAR AFASTADA. VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

Ação mandamental de habeas corpus. Prisão cautelar. Imputação de prática da conduta moldada no artigo 121, § 2º, inciso iv, c/c artigo 14, inciso II, do Código Penal. Alegação de que inexistem elementos de convicção que autorizem concluir pela presença da qualificadora (§ 2º, inciso IV), que é nítida a possibilidade de desclassificação da conduta para o delito de lesão corporal, e que a paciente é mãe de duas crianças menores de 12 anos, fazendo jus à prisão domiciliar, conforme decidido pela 2ª turma do colendo stf, no julgamento do HC nº 143.641/sp. Qualificadora e desclassificação. Teses cuja aferição exigiria o revolvimento do acervo probatório, inviável na via estreita do mandamus. Conduta, em tese, praticada com violência e grave ameaça. Circunstância que afasta a possibilidade de prisão domiciliar, na forma decidida pela suprema

corte. Improcedência do pedido.

Vista, relatada e discutidas esta ação mandamental de *Habeas Corpus* nº 0008628-46.2018.8.19.0000, em que figura como impetrante o Defensor Público, Dr. BLÊNIER HERMANN LAUER BISPO e, paciente, Sumaira Domingues Ribeiro de Andrade, na qual é apontada como autoridade coatora o Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal desta Capital.

Acordam os Desembargadores que compõem a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão realizada nesta data e por unanimidade de votos, em julgar improcedente o pedido, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de ação mandamental, na sua modalidade de *habeas corpus*, em que figura como impetrante o Defensor Público, Dr. Blênier Hermann Lauer Bispo e, paciente, Sumaira Domingues Ribeiro de Andrade, na qual é apontada como autoridade coatora o Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal desta Capital.

A presente ação mandamental de *Habeas Corpus* preenche os requisitos legais de admissibilidade, não se vislumbrando alguma hipótese de indeferimento da exordial, ou de sua extinção sem análise do mérito e, assim, a pretensão nela deduzida deve ser apreciada.

Entretanto, analisando-se o articulado na peça inaugural e sopesando com os elementos coligidos aos autos, extrai-se a inexistência de motivos ensejadores à desconstituição da prisão cautelar.

Colhe-se dos autos que se imputa à paciente a prática da conduta moldada no artigo 121, § 2º, incisos I e IV, c/c artigo 14, inciso II, do Código Penal.

Por outro lado, a decisão que converteu a

prisão flagrancial em preventiva, assim como aquela outra que desacolheu o pleito de sua revogação, foram suficientemente fundamentadas, consoante excertos, a seguir, transcritos:

[...]. Compulsando os autos verifico que o custodiado foi preso em flagrante delito pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 121, § 2º, IV, c/c 14, II, ambos do CP. A regularidade do flagrante se mostra presente uma vez que observadas as formalidades legais não havendo, pois, que se falar em relaxamento prisional. É de se mencionar que restam atendidos os requisitos do art. 302 do CPP, especialmente, art. 302, inciso III do já referido diploma legal. Passo a análise da necessidade da custódia 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 e, com pena máxima superior a 04 anos, assim sendo, não obstante a primariedade da custodiada, se verifica fundado risco de reiteração delitiva não sendo razoável submeter-se toda a sociedade a tal risco. A narrativa do APF descreve que a custodiada se dirigiu à residência da vítima na posse de uma faca e desferiu golpes na mesma com intuito de provocar-lhe a morte por motivação aparentemente fútil, o que denota claro risco de reiteração delitiva, especialmente se consideramos o fato da vítima e da custodiada residirem na mesma comunidade em localidade próxima. É de se mencionar que a segregação cautelar da custodiada se faz igualmente necessária como forma de garantia da instrução criminal na medida em que a vítima deverá ser chamada à Juízo para prestar depoimento sendo natural que a liberdade da custodiada promova temor à mesma quanto a depor em Juízo. 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. No que tange ao pleito de prisão domiciliar, não obstante a custodiada efetivamente possuir dois filhos menores de 12 anos, não vislumbro possível a aplicação do disposto no art. 318, V do CPP uma vez que o delito, em tese, praticado demonstra violência grave e evidente risco de reiteração delitativa. Ante o exposto, converto a prisão em flagrante da custodiada Sumaira Domingues Ribeiro de Andrade, em prisão preventiva(...)

[...]. 1) Trata-se de pedido de concessão de liberdade provisória formulado pela defesa de Sumaira Domingues Ribeiro de Andrade (f. 57/64). Manifestação do Ministério Público a f. 84/85, opinando pelo indeferimento do pleito defensivo. Assiste razão ao MP. Não há alteração fático-jurídica desde a decisão de f. 32/33 que decretou a prisão preventiva da Acusada. Nesse sentido, destaco, ainda, a gravidade do crime supostamente perpetrado pela Acusada. E mais, a prova oral ainda está pendente, sendo necessário resguardar a integridade da vítima e das testemunhas para que prestem seus depoimentos em tranquilidade. Frise-se, ainda, que a alegação da defesa da Acusada de que esta possui dois filhos menores de 12 anos de idade não prospera. Isso porque, não houve comprovação de que os filhos menores da Ré possuam alguma deficiência e que não possuam outro responsável por seus cuidados. Além disso, a audiência de instrução e julgamento está designada para data próxima, qual seja, 10/05/2018. Assim, acolho a promoção do Ministério Público de f. 84/85 por seus próprios fundamentos e indefiro o pedido de liberdade do acusado Sumaira Domingues Ribeiro de Andrade...

Da leitura atenciosa de ambas as decisões acima transcritas se extrai, estreme de dúvida, que foi demonstrada a presença dos requisitos autorizadores da prisão cautelar, na forma

disciplinada nos artigos 312 e 313 do CPP e, assim, não se cogita de alguma eiva na sua decretação.

Argumenta o impetrante, porém, que (...) a simples leitura do APF revela, inicialmente, o manifesto excesso de indiciamento, haja vista que não existe qualquer elemento indiciário que permita concluir pela caracterização da circunstância qualificadora do § 2º, IV do art. 121, do CP, não havendo qualquer elemento de convicção quanto à paciente ter praticado o fato à traição, de emboscada ou mediante dissimulação ou recurso que tenha dificultado ou tornado impossível a defesa da vítima...

A tese não merece acolhida, porque a afeição do alegado exigiria uma incursão aprofundada no acervo probatório, inviável na via estreita do *writ*.

É cediço o entendimento de que o *habeas corpus* constitui remédio processual inadequado para a análise da prova, para o revolvimento e reexame do acervo probatório produzido, para a reapreciação da matéria de fato e, também, para a revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento. Nesse sentido é o aresto do E. STF abaixo colacionado:

HABEAS CORPUS. PENAL. DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (...) 3. A JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL É FIRME NO SENTIDO DE QUE O *HABEAS CORPUS* CONSTITUI REMÉDIO PROCESSUAL INADEQUADO PARA A ANÁLISE DA PROVA, PARA O REEXAME DO MATERIAL PROBATÓRIO PRODUZIDO, PARA A REAPRECIAÇÃO DA MATÉRIA DE FATO E, TAMBÉM, PARA A REVALORI-

ZAÇÃO DOS ELEMENTOS INSTRUTÓRIOS COLIGIDOS NO PROCESSO PENAL DE CONHECIMENTO. PRECEDENTES. 4. ORDEM DENEGADA.

ACÓRDÃO

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS ESTES AUTOS, ACORDAM OS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM SEGUNDA TURMA, SOB A PRESIDÊNCIA DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI, NA CONFORMIDADE DA ATA DE JULGAMENTO E DAS NOTAS TAQUIGRÁFICAS, POR UNANIMIDADE, EM DENEGAR A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA. (...) (HC nº 110873/SP, 2ª Turma, Julg. 13/11/2012, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA).

Relembra-se que, segundo a denúncia, a paciente deu início à execução de um homicídio, que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade, diante da intervenção de terceira pessoa. Consta, ainda, que o crime teria sido cometido por motivo torpe e de modo a dificultar a defesa da vítima. Nessa toada, somente no curso da instrução se poderá verificar a pertinência ou não da tese erigida.

Pela mesma fundamentação desacolhe-se o argumento de que (...) é nítida a possibilidade de desclassificação da conduta para o delito de lesão corporal, haja vista que não há qualquer elemento de convicção quanto ao *animus necandi* (...).

Salienta-se que ao se referir à possibilidade de desclassificação, o impetrante aventa uma hipótese cuja materialização é impossível antecipar. Frisa-se, ainda, que ao proferir a sentença, a presença de dúvida deverá favorecer à ré, mas na atual fase procedimental a sua presença deve favorecer a sociedade por força do princípio *in dubio pro*

societate.

Por derradeiro, não prospera o pleito de prisão domiciliar ao fundamento de que ...a paciente é mãe de duas crianças (menores de 12 anos de idade) (...), e que (...) a 2ª Turma do STF concedeu a ordem em HC coletivo nº 143.641/SP que versa sobre o tema, estendendo a ordem a todas as mulheres gestantes ou mães de crianças(...)

A questão já foi enfrentada tanto pela insigne magistrada que presidiu a audiência de custódia e decretou a prisão preventiva, quanto pelo douto juiz a quem foi distribuída a ação principal, na decisão que desacolheu o pleito de sua revogação, na forma dos fragmentos a seguir, respectivamente, transcritos:

No que tange ao pleito de prisão domiciliar, não obstante a custodiada efetivamente possuir dois filhos menores de 12 anos, não vislumbro possível a aplicação do disposto no art. 318, V do CPP uma vez que o delito, em tese, praticado demonstra violência grave e evidente risco de reiteração delitiva (...).

(...) a alegação da Defesa da Acusada de que esta possui dois filhos menores de 12 anos de idade não prospera. Isso porque, não houve comprovação de que os filhos menores da Ré possuam alguma deficiência e que não possuam outro responsável por seus cuidados (...)

Relembra-se que a decisão da Suprema Corte, no julgamento do referido *mandamus*, não contempla as condutas praticadas com violência ou grave ameaça, consoante excerto, a seguir, igualmente, transcrito:

[...]. Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de

todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo nº 186/2008 e Lei nº 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionálissimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício. Estendo a ordem, de ofício, às demais as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas no parágrafo acima.

Por derradeiro consigna-se que a audiência de instrução e julgamento está designada para o próximo dia 10 de maio, havendo a necessidade de se resguardar a vítima e as testemunhas e, por outro lado, após suas oitivas, nada obsta que o ilustre magistrado reaprecie a pretensão por ele desacolhida e aqui ventilada.

Conclui-se, portanto, que não há qualquer constrangimento ilegal a ser sanado nesta via, estando a constrição preventiva devidamente justificada na garantia da ordem pública, com base em elementos concretos dos autos, não se vislumbrando como suficiente e adequada, no nascedouro da instrução, a sua substituição por qualquer medida cautelar diversa.

Por estes fundamentos, voto no sentido de julgar improcedente o pedido.

Rio de Janeiro, 12 de abril de 2018.

DES. LUCIANO SILVA BARRETO
Relator

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DROGAS. PEQUENA QUANTIDADE. CONSUMO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA. MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA O INDEFERIMENTO DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA E DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE PELO JUÍZO A QUO. RECURSO PREJUDICADO.

Recurso em sentido estrito. Posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 lei nº 11.343/06). Fato subsumido ao rito da Lei nº 9099/95. Denunciado em local incerto e não sabido. Citação editalícia. Declínio de competência. Vara criminal singular. Rejeição da denúncia. Prescrição reconhecida. Perda superveniente de objeto.

Transação penal ínsita no tipo penal violado. Obrigatoriedade sob pena de nulidade. Necessidade de comparecimento pessoal do réu. Citação editalícia. Chamamento que não ocorre de fato. Mera ficção jurídica. Incompatibilidade manifesta entre os dois institutos. Prosseguimento inviabilizado. Inutilidade da ação judicial. Esforços e gastos em vão. Rejeição impositiva.

Prescrição da pretensão punitiva reconhecida na instância inaugural, sendo declarada extinta a punibilidade, em juízo de retratação.

Matéria de ordem pública que deve ser reconhecida em qualquer tempo e grau de jurisdição. Falta de interesse-utilidade no julgamento provocado. Exame do mérito recursal obstado pela perda superveniente de seu objeto. Recurso Prejudicado. ¹

¹ Autos Associados nº 0025551-41.2014.8.19.0210 - X JECRIM DA COMARCA DA CAPITAL Autor: ISAQUE MONTEIRO FERREIRA - Sentença HOMOLOGATÓRIA de transação penal (pasta 10).

DECISÃO MONOCRÁTICA

O Ministério Público interpôs Recurso em Sentido Estrito nº 0337348-78.2017.8.19.0001 insurgindo-se contra o indeferimento da denúncia oferecida em face de R.M.C.J., pela prática do fato descrito artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

A *persecutio criminis in judicio* inaugurada no X Juizado Criminal da Capital, teve o trâmite frustrado em razão de ser incerto e não sabido o paradeiro do denunciado.

Declinada a competência (pasta 13), o feito foi desmembrado¹ e distribuído ao Juízo de Direito da 41ª Vara Criminal da Comarca da Capital, advindo à decisão vergastada, abaixo reproduzida, na íntegra (pasta 15):

“Trata-se de denúncia ofertada pelo Ministério Público em face do acusado R.M.C.J., incurso nas penas previstas no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. A conduta narrada na Denúncia encontra adequação típica na figura penal que criminaliza condutas como adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal. Entretanto, a Constituição da República Federativa do Brasil elencou direitos com a denominação de ‘fundamentais’ em seu artigo 5º. Entre tais direitos encontram-se a liberdade, a igualdade e a privacidade. O direito penal não deve se preocupar com condutas cujo resultado não represente prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado ou da própria ordem social. Quando a conduta do indivíduo não ofende os bens jurídicos protegidos e mesmo assim é punida pelo Estado, há violação ao princípio da lesividade, vez que a conduta do acusado não gera lesão ao bem jurídico que a norma visa a proteger. No caso em questão, o único lesado é o próprio usuário que porta a droga, tendo em vista que somente ele sofrerá, eventualmente, as consequências diretas do

consumo ou porte do entorpecente. Para que uma conduta seja considerada criminosa é necessário que exista uma lesão ou perigo de lesão efetivo a um bem jurídico alheio. Nesse sentido, posiciona-se o professor CESAR ROBERTO BITENCOURT ao tratar do tema: ‘A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. (...) Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado’. Dessa forma, constata-se que a posse de insignificante quantidade de entorpecentes, aproximadamente, 2,30g (dois grammas e trinta decigramas) de substância entorpecente Erythroxyton coca (cocaína), não lesiona, nem expõe a risco lesão significativa o bem jurídico supostamente tutelado. O princípio da adequação social também deve ser analisado neste caso concreto. O direito é fato, valor e norma. Quando a norma cristaliza valores éticos e morais não mais existentes em uma sociedade, não mais faz sentido a sua permanência no sistema jurídico, tendo em vista que ausente a sua eficácia social. Nesse sentido, afirma o Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO que ‘a norma tem a pretensão de conformar os fatos ao seu mandamento, mas não é imune às resistências que eles podem oferecer, nem aos fatores reais de poder’. A sociedade não possui mais interesse na punição do usuário de drogas, sendo a conduta do denunciado tolerada socialmente. O jurista ROGÉRIO GRECO, afirma que ‘Tivemos a oportunidade de dizer anteriormente que o princípio da intervenção mínima, como limitador do poder punitivo do Estado, faz com que o legislador selecione, para fins de proteção pelo Direito Penal, os bens mais importantes existentes em nossa sociedade. Além disso, ainda no seu critério de

seleção, ele deverá observar aquelas condutas que se consideram socialmente adequadas, para delas também manter afastado o Direito Penal. Assim, uma vez escolhidos os bens a serem tutelados, estes integrarão uma pequena parcela que irá merecer a atenção do Direito Penal, em virtude de seu caráter fragmentário. Da mesma forma, o direito fundamental à igualdade também é violado no tipo penal do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, já que tal delito traz um tratamento desigual ao usuário de drogas ilícitas quando comparado ao usuário de drogas lícitas. É de conhecimento notório que há drogas lícitas, como álcool, que traz mais malefícios à saúde da pessoa e à família do que o uso de muitas drogas ilícitas. É verdade que não existem direitos absolutos - ou, como nos ensina NORBERTO BOBBIO, os únicos direitos absolutos são o de não ser torturado ou escravizado - e que o julgador deve ponderá-los diante do caso concreto quando houver aparente conflito entre a aplicação de um em detrimento do outro direito de mesma índole e hierarquia. Temos, nesse caso concreto, de um lado o direito à intimidade e à vida privada e de outro o direito à saúde pública. Dessa forma, penso que o Estado não possui direito de invadir a vida privada e a intimidade das pessoas, atropelando garantias fundamentais, sob o argumento de que está protegendo a saúde pública. O Estado não deve interferir nas opções exclusivamente pessoais dos indivíduos, isto é, aquelas escolhas que são atinentes ao seu modo de ser, que só lhe dizem respeito e a mais ninguém. Não há qualquer justificativa para limitação de uma liberdade individual, sob pena de sanção criminal, como medida de proteção ao bem jurídico saúde pública, que, ao cabo, é constituído pela saúde de quem faz uso de drogas. O Estado democrático não está autorizado a se substituir ao indivíduo em decisões que dizem respeito apenas a este último. Em uma democracia, o Estado não pode tolher a liberdade dos indivíduos sob o pretexto de pretender protegê-los. Ninguém pode ser coa-

gido a ser protegido contra sua própria vontade. Assim, há, no caso concreto, preponderância do direito fundamental à igualdade e liberdade. Com efeito, a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal também contraria os princípios constitucionais da subsidiariedade, idoneidade e racionalidade, os quais, no âmbito da criminalização das condutas, também devem ser observados em um Estado Democrático de Direito. Registre-se que a conduta tipificada no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 teve a repercussão geral reconhecida no Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário (RE) 635.659, sendo certo que até o momento desta decisão, três Ministros já se manifestaram pela inconstitucionalidade de referido tipo penal. Neste contexto, podemos destacar que o ministro GILMAR MENDES, relator de referido recurso, entendeu que a criminalização estigmatiza o usuário e compromete medidas de prevenção e redução de danos. Destacou ainda que se trata de uma punição desproporcional ao usuário, ineficaz no combate às drogas, além de infligir o direito constitucional à personalidade. O Excelentíssimo Ministro afirmou que a opção do legislador brasileiro, na Lei nº 11.343/2006, de manter o uso como tipo penal, apesar de retirar a previsão da pena privativa de liberdade, ainda assim produz efeitos nocivos para o usuário e para a política de drogas. Ressaltou, ainda, que não se justifica na hipótese a movimentação do aparato estatal, com a finalidade de punir conduta que não transborda a vida privada do acusado, não podendo ser desconsiderado o custo de um processo penal. O Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, em suas anotações para seu voto oral, ressaltou que a descriminalização das drogas não tem o objeto de incentivar seu consumo, pelo contrário, o que se pretender é determinar quais medidas são mais eficazes e constitucionalmente adequadas para realizar os objetivos de a) desincentivar o consumo; b) tratar os dependentes; e c) combater o tráfico. O Excelentíssimo Ministro BARROSO enten-

deu que a criminalização do uso das drogas viola o direito à privacidade, à autonomia individual e o princípio da proporcionalidade. O direito à privacidade identifica um espaço na vida das pessoas imune a interferências externas, seja de outros indivíduos seja do Estado, de modo a que decisões relativas à intimidade do indivíduo permaneçam em sua esfera de decisão e discricionariedade. Em relação à autonomia individual, o Ministro ressaltou que, como emanção da dignidade humana, a autonomia assegura ao indivíduo sua autodeterminação, o direito de fazer as suas escolhas existenciais de acordo com as suas próprias concepções do bem e do bom, e não pode ser suprimida pelo Estado ou pela sociedade. Por fim, a criminalização viola, também o princípio da proporcionalidade nos seus três postulados, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A medida não é adequada, uma vez que os números revelam que a medida não tem sido eficaz para promover o fim que pretende atingir: a proteção da saúde pública. A medida também não é necessária, pois existem alternativas que vão desde a previsão de sanções administrativas até o combate via contrapropaganda e cláusulas de advertência. O Excelentíssimo Ministro ressaltou que, na América Latina, apenas o Brasil, o Suriname e Guianas tratam o porte de drogas para uso pessoal como crime. Da mesma forma, a criminalização não é proporcional em sentido estrito, já que o custo tem sido imenso e os resultados têm sido pífios, com o aumento constante do consumo. O Ministro EDSON FA-CHIN, que votou pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06 quando seu objeto material seja exclusivamente a substância entorpecente *cannabis sativa L.* (maconha), citou as lições de CARLOS SANTIAGO NINO para defender a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal. De acordo com o autor, a medida baseia-se em um argumento perfeccionista quando justifica o tratamento penal do consumo baseado na reprovabilidade moral dessa conduta. Além do mais, a criminalização se atém a um

argumento paternalista, pois busca impor um modelo de vida que proteja as pessoas contra os danos que podem causar a si mesmas pelo consumo de drogas. Diante disso, CARLOS SANTIAGO NINO defende que a criminalização significa uma proteção excessiva que, ao fim e ao cabo, não protege nem previne que o sujeito de drogue. Para o Excelentíssimo Ministro, o processo de constitucionalização do direito penal, ainda que embrionário no Brasil, passa diretamente pelo controle de constitucionalidade das hipóteses de criminalização primária [...] Como premissa para o exercício de tal controle de constitucionalidade, a tomada em conta do fundamento da dignidade da pessoa humana em sua matriz kantiana e republicana, impede, assim, que a tutela penal atue tendo por escopo a introjeção de valores morais individuais de condutas determinadas ou a imposição de comportamentos para além daqueles considerados concretamente lesivos a terceiros'. Assim, a persecução penal neste procedimento é totalmente desnecessária, no sentido em que o indiciado sequer tem endereço certo e sabido, sendo imperativa sua citação editalícia. Por todo o exposto, rejeito a denúncia, por falta de justa causa, com fulcro no artigo 395, inciso III do Código de Processo Penal. PRI. Ciência ao Ministério Público. Sem custas nesta fase por falta de previsão legal. Após o trânsito em julgado, procedam-se às anotações de estilo, dê-se baixa e arquivem-se os autos. Rio de Janeiro, 10 de março de 2017. PAULO ROBERTO SAMPAIO JANGUTTA Juiz de Direito”.

Razões recursais do *Parquet* (pasta 21).

Contrarrazões da Defensoria Pública, prestigiando o julgado (pasta 31).

Juízo de retratação negativo implícito na determinação de remessa dos autos ao Tribunal de Justiça para apreciação do recurso (pasta 39). Todavia, acatou-se a cota ministerial provocando-se pronunciamento expresso

(pasta 51).

Informações prestadas pelo Juízo *a quo* dando notícia da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva (pasta 54).



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Comarca da Capital
1ª Vara Criminal

Dessa forma, com fulcro no artigo 61, do Código de Processo Penal, c/c os artigos 107, IV, do Código Penal e 30, da Lei 11.343/2006, RECONHEÇO A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO e DECLARO A EXTINGUIÇÃO DA PUNIBILIDADE DO CRIME capitulado no artigo 28, da Lei 11.343/06, segundo os fatos arrolados no presente laudo.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. De-se ciência ao Ministério Público.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os presentes autos, devendo proceder-se à baixa nas anotações eletrônicas.

Cientifique-se o Excm. Sr. Relator do Recurso em Sentido Estrito nº 3337348-78/2017.E.19.0001, DES. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO.

Rio de Janeiro, 05 de março de 2017.

PAULO ROBERTO DAMPAIO JANGUITA
Juiz de Direito

Manifestação da Procuradoria de Justiça, Dr. FRANCISCO EDUARDO MARCONDES NABUCO, no sentido de dar por prejudicado o presente recurso em sentido estrito, diante da perda de seu objeto, em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal pelo magistrado a quo (pasta 61).

É o conciso relatório.

Cuida-se de Recurso em Sentido Estrito interposto contra a decisão de rejeição da denúncia por falta de justa causa, na forma do artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Objetiva o Promotor de Justiça o recebimento da inicial acusatória para que, assim, o processo tenha seu regular desenvolvimento.

A denúncia foi oferecida nos seguintes termos:

“Em 12 de julho de 2014, em hora não precisada, na Avenida Brasil, altura da passarela 10, bairro Bonsucesso, nesta Comarca, o denunciado, livre e consciente, trazia consigo,

para consumo pessoal, sem autorização legal ou regulamentar, cerca de 2,30g de Cocaína, distribuída em 07 (sete) pequenos frascos de plástico incolor, estando cada unidade acondicionada em embalagem confeccionada com pequeno saco plástico, parcialmente coberta com retalho de papel com a inscrição “Mara-dona 5 PU CV”, fechados por grampos metálicos, substância entorpecente, conforme laudo prévio de f. 5 e laudo pericial de f.13/14.

Policiais Militares, em patrulhamento próximo a passarela 10 na Avenida Brasil, lograram êxito em encontrar a substância entorpecente, que causa dependência física e psíquica, na posse do denunciado, ocasião na qual foi encaminhado para a Delegacia de Polícia.

Em assim agindo, o denunciado se encontra incurso nas penas do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 (...).”

Presentes estão os requisitos de admissibilidade razão por que conheço do recurso interposto.

Inicialmente, rejeita-se o argumento de atipicidade da conduta do réu pela aplicação do princípio da insignificância. Isso porque a apreensão com o recorrido de cerca de 2,30g de cocaína, não afasta a tipicidade material da conduta, porque a reduzida quantidade da droga é da própria natureza do delito tipificado no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, sendo certo que se trata de crime de perigo abstrato.

A respeito do tema, posiciono-me ao lado daqueles que entende típica a conduta prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, possuindo plena aplicabilidade em nosso sistema repressivo, sendo que a expressão para consumo pessoal descrito no tipo penal significa que a pequena quantidade da droga faz parte da essência do delito. Na configuração desse crime, a quantidade de substância apreendida deve ser pequena, para não caracterizar o delito previsto no artigo 33 da mesma lei. Portanto, a maior

ou menor quantidade da substância apreendida, por si só, não é apta a descaracterizar a tipicidade do fato, conforme sustentado pelo sentenciante.

Nesse sentido, a seguinte jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

(HC 181486-SP *HABEAS CORPUS* 2010/0144629-2 Relator Ministro JORGE MUSSI (1138) Órgão Julgador Quinta Turma Data do Julgamento 13/09/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 05/10/2011). “EMENTA - *HABEAS CORPUS*. PORTE DE ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA INERENTE À NATUREZA DO DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA. 1. Não merece prosperar a tese sustentada pela defesa no sentido de que a pequena porção apreendida com o paciente - 2,3 g (dois gramas e três decigramas) de maconha - ensejaria a atipicidade da conduta ao afastar a ofensa à coletividade, primeiro porque o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 trata-se de crime de perigo abstrato e, além disso, a reduzida quantidade da droga é da própria natureza do crime de porte de entorpecentes para uso próprio. 2. Ainda no âmbito da ínfima quantidade de substâncias estupefacientes, a jurisprudência desta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de ser inviável o reconhecimento da atipicidade material da conduta também pela aplicação do princípio da insignificância no contexto dos crimes de entorpecentes. 3. Ordem denegada”.

(RHC 34466 DF RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* 2012/0247691-9, Relator (a) Ministro OG FERNANDES (1139) Órgão Julgador Sexta Turma Data do Julga-

mento 14/05/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 27/05/2013). “EMENTA - PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL (ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06). PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTES DO STJ. 1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que o crime de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/06) é de perigo presumido ou abstrato e a pequena quantidade de droga faz parte da própria essência do delito em questão, não lhe sendo aplicável o princípio da insignificância. 2. Recurso desprovido”.

Com efeito, a conduta praticada pelo recorrido é típica, eis que a Lei nº 11.343/06 apenas afastou a possibilidade de prisão para este delito, mas previu a aplicação de outras medidas de caráter pedagógico e ressocializador, não havendo que se falar em afastamento da tipicidade da conduta, como afirmado pelo julgador monocrático.

Outro não é o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

(AI 741072 AgR, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 22/02/2011, DJe-098 DIVULG 24/05/2011 PUBLIC 25/05/2011 EMENT VOL- 02529-03 PP-00687). “EMENTA - Agravo regimental no agravo de instrumento. Matéria Criminal. Prequestionamento. Ofensa reflexa. Precedentes. Posse de droga para consumo pessoal (art. 28 de Lei nº 11.343/06): natureza jurídica de crime. Precedentes. 1. Não se admite o recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente prequestionados. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356/STF. 2. Inadmissível em recurso extraordinário o exame de ofensa reflexa à Constituição Federal e a análise de

legislação infraconstitucional. 3. A jurisprudência desta Corte assentou entendimento de que a conduta de portar droga para consumo pessoal, prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06, não perdeu seu caráter criminoso. 4. Agravo regimental não provido.

RE 430105 QO, Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26/04/2007 PUBLIC 27/04/2007 DJ 27/04/2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, nº. 523, 2007, pp. 17/21 RT v. 96, nº. 863, 2007, pp. 516/523. “EMENTA - I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da Lei nº 11.343/06, nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da Lei nº 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da Lei nº 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (Lei nº 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão “reincidência”, também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na Lei nº 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da

pena de que trata o art. 76 da L. nº 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (Lei nº 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da Lei nº 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado”.

Dessa forma, considerando que as penas previstas no artigo 28 da Lei nº 11343/06 são constitucionalmente possíveis e as condutas típicas, o porte de drogas para consumo pessoal, continua como crime, pois ocorreu apenas a despenalização da conduta, já que a Lei de Drogas apresenta em seu bojo, sanções menos gravosas para os agentes que incidirem nas penas previstas em seu artigo 28, como na espécie, em que se apreendeu cerca de 2,30g de cocaína distribuída em sete pequenos frascos de plástico incolor.

Nesse contexto, a criminalização das condutas descritas no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 visa a coibir a difusão da droga, resguardando a saúde pública e, sendo norma de interesse social, não afronta a garantia constitucional da liberdade individual, sendo considerada típica a conduta. Em concomitância, a referida norma encerra o escopo de conscientizar o transgressor dependente químico a respeito dos danos e efeitos das drogas, além de proporcionar-lhe, caso queira, condições de desintoxicação e reinserção social.

No que concerne à citação editalícia, todavia, a questão desafia abordagem e epílogo diversos. Com efeito, na hipótese contemplada na denúncia - artigo 28 da Lei nº 11.343/06 -,

faz-se imprescindível a oferta de transação penal em todas as searas jurisdicionais, sob pena de nulidade insanável, situação que exige o comparecimento pessoal do autor do fato, único capaz de aceitar ou não a proposta ofertada pelo *Parquet*, sendo certo que não atenderá o chamado judicial realizado na modalidade de índole puramente ficcional.

Muito embora possa ser formalmente constituída por força de uma ficção jurídica, a relação jurídico-processual jamais será real, e sem a presença do denunciado - usuário de drogas, que não acorrerá aos autos, a figura da transação penal não se aperfeiçoará diante da ausência de um de seus sujeitos. Há, na hipótese, falta de pressuposto processual para que o processo possa caminhar validamente.

Nesse sentido, oportuno trazer à baila os ensinamentos do Mestre HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, em sua didática explanação (1997, p. 58²):

“Os pressupostos processuais são exigências legais sem cujo atendimento o processo, como relação jurídica, não se estabelece ou não se desenvolve validamente. (...) São, em suma, requisitos jurídicos para a validade e eficácia da relação processual”. Os pressupostos processuais são de existência (“requisitos para que a relação processual se constitua validamente”) e de desenvolvimento (“aqueles a serem atendidos, depois que o processo se estabeleceu regularmente, a fim de que possa ter curso também regular, até sentença de mérito ou a providência jurisdicional definitiva”). Podem ser subjetivos (relacionados ao juiz e às partes), compreendendo: “a) a competência do juiz para a causa; b) a capacidade civil das partes; c) sua representação por advogado”, ou objetivos: “relacionam-se com a forma procedimental e com a ausência de fatos que impeçam

a regular constituição do processo, segundo a sistemática do direito processual civil. Compreendem: “a) a observância da forma processual adequada à pretensão; b) a existência nos autos de mandato conferido ao advogado; c) a inexistência de litispendência, coisa julgada, compromisso, ou de inépcia da petição inicial; d) a inexistência de qualquer das nulidades previstas na legislação processual”.

Diante da peculiaridade que o procedimento específico desafia, o trâmite processual no Juízo comum torna-se absolutamente inviável e também inútil, resultando em desperdício de trabalho, tempo e recursos financeiros para não se alcançar nenhum objetivo ínsito no dispositivo objeto do questionamento, portanto, na contramão de direção dos preceitos da efetividade máxima da jurisdição - eficiência e duração razoável do processo.

Além disso, o fato descrito na denúncia - posse de drogas para consumo pessoal - caracterizador do delito descrito no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, prescreve em dois anos.

Nesse contexto, o desfecho do recurso seria desfavorável ao Ministério Público, mantendo-se a rejeição da denúncia, porém, por fundamento único.

Considerando, todavia, ter o Juízo a quo reconhecido a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva e declarado extinta a punibilidade, matéria de ordem pública que deve ser reconhecida em qualquer tempo e grau de jurisdição, obstado está o exame do mérito recursal pela perda superveniente de seu objeto.

À vista de tais considerações, declaro prejudicado o recurso por falta de interesse-utilidade no reexame provocado.

Rio de Janeiro, 28 de março de 2018.

DES. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO
Relator

2 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TRANSEXUAL. TRANSFERÊNCIA DE UNIDADE PRISIONAL PARA ESTABELECIMENTO CONDIZENTE COM O SEU GÊNERO. PLEITO INDEFERIDO. NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO DE ESTUDO PSICOSSOCIAL PARA VERIFICAÇÃO DE ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO. REAPRECIÇÃO DO PEDIDO PELA AUTORIDADE COATORA.

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 1º E § 2º, II DO CP. ALEGAÇÃO DE CONTRANGIMENTO ILEGAL EM FACE DA DECISÃO QUE INDEFERIU A TRANSFERÊNCIA DO PACIENTE, QUE SE AUTODECLARA TRANSEXUAL, PARA UNIDADE PRISIONAL CONDIZENTE COM SEU GÊNERO. REQUER, AINDA, QUE CONSTE NOS SISTEMAS DE REGISTROS DE DADOS DA SEAP SEU NOME SOCIAL E SUA CONDIÇÃO DE MULHER TRANSEXUAL, BEM COMO SEJAM ASSEGURADOS SUA INTEGRIDADE E CONVÍVIO HARMONIOSO COM AS DEMAIS INTERNAS. Segundo se observa, o paciente e o corréu tiveram sua prisão em flagrante convertida em preventiva em 09/09/2017, e em seguida foram denunciados pela prática do delito descrito no artigo 157, § 1º e § 2º, II do CP. Por ocasião da AIJ, realizada em 22/02/2018, a defesa requereu a transferência do paciente para estabelecimento penitenciário feminino, sob alegação de tratar-se de pessoa transexual, pertencente ao gênero feminino. O pleito foi indeferido sob o argumento de que “inexiste, por ora, qualquer adinículo probatório da sua alegada condição de transexual ou identidade com o gênero feminino”. Assiste parcial razão às impetrantes. É consabido que a orientação sexual e identidade de gênero são partes essenciais da dignidade de cada pessoa, sendo certo que o ambiente prisional torna ainda mais

vulnerável a garantia de direitos básicos a grupos específicos, tais como a população LGBT. Nesse passo, a Resolução Conjunta nº 1, de 15/04/2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, bem como a Resolução SEAP/RJ nº 558/2015, estabeleceram diretrizes e normativas para o acolhimento da população LGBT no sistema penitenciário, de modo a garantir sua integridade física e moral, nos termos do art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. Contudo, como bem ponderou o magistrado singular, tal condição não comporta somente análise *ictu oculi*, pois acolher a tese que bastaria a autoafirmação para determinar a transferência da unidade prisional seria o mesmo que repassar ao preso a livre escolha de onde gostaria de ficar recolhido. Desse modo, torna-se imperiosa a realização de estudo psicossocial que avalie, de forma criteriosa, a eventual necessidade de transferência do paciente para unidade prisional compatível com sua orientação sexual e de gênero. Assim, há que se conceder parcialmente a ordem, a fim de determinar a imediata realização desse estudo social, que deverá ser submetido ao juízo da causa para reapreciação do pedido. Ordem conhecida e parcialmente concedida, a fim de determinar que o paciente seja encaminhado, com urgência, à avaliação psicossocial, para que se verifique a alegada condição de transexual ou identidade com o gênero feminino, devendo a autoridade coatora reapreciar o pedido após o encarte nos autos deste estudo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus (itálico) nº 0010813-57.2018.8.19.0000 em que são Impetrantes Nathalia Parente de Azevedo e Lívia Miranda Muller Drumond Casseres (Defensoras Públicas), Paciente R.M.D. (nome de registro) conhecida como L (nome social). Autoridade dita coatora: 1ª Vara Criminal de Campos de

Goytacazes. Corréu: E.D.R.N. em que são partes as epigrafadas,

Acordam, os Desembargadores que integram a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer e conceder parcialmente a ordem, a fim de determinar que o paciente seja encaminhado com urgência à avaliação psicossocial, para que se verifique a alegada condição de transexual ou identidade com o gênero feminino, devendo a autoridade coatora reapreciar o pedido após o encarte nos autos deste estudo, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Cuida-se na espécie de habeas corpus impetrado em favor de R.M.D. (nome de registro), também conhecida como L. (nome social), em que as impetrantes alegam constrangimento ilegal em face da decisão prolatada pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Campos dos Goytacazes, que indeferiu a transferência do paciente, que se autodeclara transexual, para unidade prisional condizente com seu gênero. Postula, ainda, que conste nos sistemas de registros de dados da SEAP seu nome social e sua condição de mulher transexual, bem como sejam assegurados sua integridade e convívio harmonioso com as demais internas.

A providência liminar foi indeferida (documento eletrônico nº 16).

Requisitadas as informações de estilo, estas foram apresentadas pela autoridade apontada como coatora (documento eletrônico nº 18).

A ilustrada Procuradoria de Justiça aconselhou a concessão da ordem (documento eletrônico nº 25).

É o Relatório.

Voto

Segundo se observa, o paciente e o corréu tiveram sua prisão em flagrante convertida em preventiva em 09/09/2017, e em seguida foram denunciados pela prática do delito descrito no artigo 157, § 1º e § 2º, II do CP.

Por ocasião da AII, realizada em 22/02/2018, a defesa requereu a transferência do paciente para estabelecimento penitenciário feminino, sob alegação de tratar-se de pessoa transexual, pertencente ao gênero feminino.

O pleito foi indeferido sob o seguinte argumento:

“(…) 2. Quanto ao pedido de transferência do réu R.M.S. para estabelecimento feminino, inexistente, por ora, qualquer adinículo probatório da sua alegada condição de transexual ou identidade com o gênero feminino. Não olvidando a decisão proferida pelo STF no HC nº. 152.491, fato é que tal condição não comporta somente análise *ictu oculi*, nem sujeita apenas à escolha do acusado. Ainda que relevante o princípio da autodeterminação, acolhendo-se a tese que bastaria a autoafirmação, seria o equivalente a repassar ao preso a escolha do onde prefere ficar recolhido. Indefiro, pois, também esse pedido.”

Assiste parcial razão às impetrantes.

É consabido que a orientação sexual e identidade de gênero são partes essenciais da dignidade de cada pessoa, sendo certo que o ambiente prisional torna ainda mais vulnerável a garantia de direitos básicos a grupos específicos, tais como a população LGBT.

Nesse passo, a Resolução Conjunta nº 1, de 15/04/2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, esclarece, dentre outras coisas, que:

“Art. 3º - Às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos.

§ 1º - Os espaços para essa população não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo.

§ 2º - A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade.

Art. 4º - As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas.

Parágrafo único - Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade.

Art. 5º - À pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade serão facultados o uso de roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero, e a manutenção de cabelos compridos, se o tiver, garantindo seus caracteres secundários de acordo com sua identidade de gênero.

Art. 6º - É garantido o direito à visita íntima para a população LGBT em situação de privação de liberdade, nos termos da Portaria MJ nº 1.190/2008 e na Resolução CNPCP nº 4, de 29 de junho de 2011.

Art. 7º - É garantida à população LGBT em situação de privação de liberdade a atenção integral à saúde, atendidos os parâmetros da Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - LGBT e da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional - PNAISP.

Parágrafo único - À pessoa travesti, mulher ou homem transexual em privação de liberdade, serão garantidos a manutenção do seu tratamento hormonal e o acompanhamento de saúde específico.

Art. 8º - A transferência compulsória en-

tre celas e alas ou quaisquer outros castigos ou sanções em razão da condição de pessoa LGBT são considerados tratamentos desumanos e degradantes. (...)”

A Resolução SEAP/RJ nº 558/2015, por sua vez, também estabelece diretrizes e normativas para o acolhimento da população LGBT no sistema penitenciário do Rio de Janeiro, de modo a garantir sua integridade física e moral, nos termos do art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. Confira-se:

“(...) Art. 2º - A pessoa travesti ou mulher e homem transexual em privação de liberdade tem o direito de ser tratada pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero.

§ 1º - Entende-se por nome social aquele pelo qual pessoas travestis, mulheres transexuais e homens transexuais querem ser tratados.

(...)

Art. 3º - Às pessoas travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de convivência específicos, de modo a garantir sua dignidade, individualidade e adequado alojamento.

§ 1º - Deve-se analisar o interesse da população assistida, evitando assim segregação social ou quaisquer formas de discriminação negativa em razão da identidade de gênero ou orientação sexual.

§ 2º - A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade.

§ 3º - Os espaços para essa população não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo.

Art. 4º - As mulheres transexuais e homens transexuais devem ser encaminhados para as unidades prisionais femininas.

Parágrafo Único - Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico

ao das demais mulheres em privação de liberdade.

Art. 5º - À pessoa travesti ou mulher transexual e homem transexual em privação de liberdade será facultado o uso de roupas íntimas femininas ou masculinas, bem como a manutenção de cabelos compridos, se o tiver, garantindo seus caracteres secundários de acordo com sua identidade de gênero.

Parágrafo Único - Deverá ser respeitada a manutenção de cabelos femininos das pessoas travestis e das mulheres transexuais na porta de entrada, nas transferências e durante a sua permanência no sistema penitenciário.

Art. 6º - Durante o banho de sol, será assegurado às pessoas travestis e às mulheres transexuais recolhidas em unidades prisionais o uso de uniforme feminino. Aos homens transexuais será assegurado o uso de uniforme masculino, sendo vedado aos agentes penitenciários, em ambos os casos, impor exposição corporal vexatória como condição para o banho de sol. (...)"

Contudo, como bem ponderou o magistrado singular, tal condição não comporta somente análise *ictu oculi*, pois acolher a tese que bastaria a autoafirmação para determinar a transferência da unidade prisional seria o

mesmo que repassar ao preso a livre escolha de onde gostaria de ficar recolhido.

Desse modo, torna-se imperiosa a realização de estudo psicossocial que avalie, de forma criteriosa, a eventual necessidade de transferência do paciente para unidade prisional compatível com sua orientação sexual e de gênero.

Assim, há que se conceder parcialmente a ordem, a fim de determinar a imediata realização desse estudo, que deverá ser submetido ao juízo da causa para reapreciação do pedido.

Com estas considerações, o voto é no sentido de conhecer e conceder parcialmente a ordem, a fim de determinar que o paciente seja encaminhado com urgência à avaliação psicossocial, para que se verifique a alegada condição de transexual ou identidade com o gênero feminino, devendo a autoridade coatora reapreciar o pedido após o encarte nos autos deste estudo.

Rio de Janeiro, 21 de março de 2018

DES. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA
Relator

AÇÃO RESCISÓRIA

0064757-42.2016.8.19.0000

855 / 2016 - TJ - (ARESC) - Ação Rescisória. Ação Civil Pública. Litisconsórcio passivo necessário. Não regularização no prazo. Emenda da inicial. Extinção do processo, sem resolução do mérito. 222

ADOÇÃO INTERNACIONAL – BREVES CONSIDERAÇÕES

Ana Maria Pereira de Oliveira 20

ADOÇÃO

0033041-60.2017.8.19.0000

39647 / 2017 - TJ - (AI) - Destituição do poder familiar de ambos os genitores. Tentativas de reinserção familiar. Uso de drogas e prática de agressões entre os genitores na presença do filho. Existência de casal interessado na adoção do infante. Princípio do melhor interesse da criança. 179

0199713-26.2015.8.19.0001

47206 / 2017 - TJ - (AC) - Adoção. Destituição de poder familiar. Genitora com problemas psiquiátricos. Pai que não busca contato com criança em situação de risco. Princípio do melhor interesse da criança. Apelo desprovido. 153

0042634-16.2017.8.19.0000

52262 / 2017 - TJ - (AI) - Adoção. Suspensão do poder familiar. Genitora portadora de doença mental. Integridade física e mental da infante em risco. Pai omissor. Guarda provisória. Princípio do melhor interesse da criança. Recurso desprovido. 172

0003496-55.2013.8.19.0041

87295 / 2017 - TJ - (AC) - Adoção. Filiação socioafetiva. Guarda fática. Separação do casal. Desistência. Vínculo com a infante. ECA. Princípio do melhor interesse da

criança. Não acolhimento do pedido. 161

0020321-26.2015.8.19.0002

1557 / 2018 - TJ - (AC) - Adoção. Formalização de situação fática. Melhor interesse da criança. Condições materiais e afetivas proporcionadas. Negligência da genitora e da família extensa. Recurso não provido. 163

0358326-13.2016.8.19.0001

8200 / 2018 - TJ - (AC) - Mandado de Segurança. Adoção. Servidor público. Casal homoafetivo. Licença adotante. Jurisprudência do STJ. Distinção. Não cabimento. Princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. 193

0000391-42.2015.8.19.0060

11433 / 2018 - TJ - (AC) - Adoção. Destituição do poder familiar. Pais biológicos que visam à reforma integral do julgado. Menor em situação de abandono material e moral. Risco pessoal e social. Vínculos afetivos com a mãe adotiva. Comprovação. Princípio do superior interesse da criança e do adolescente. 155

0012502-39.2018.8.19.0000

16548 / 2018 - TJ - (AI) - Adoção. Genitora em estado puerperal. Arrependimento. Negligência não comprovada. Reintegração familiar. Proibição de visitas pelo pai registral. Aguardada a vinda do exame de DNA e estudos psicossociais. Intuito de evitar-se a “adoção à brasileira”. Medidas protetivas. Melhor interesse da criança. 169

ADOÇÃO PÓSTUMA

823384 / 2006 - STJ - (RESP) - Adoção póstuma. Intenção de adotar. Manifestação inequívoca de vontade. Laços de afetividade.

de. ECA. Primazia dos interesses da criança. Recurso não conhecido..... 119

1677903 / 2016 - STJ - (RESP) - Adoção póstuma. Avó materna. Guarda de menor portador de necessidades especiais. Recebimento de afeto desde o nascimento. Falecimento da autora no curso do procedimento. Princípio do melhor interesse da criança. Reconhecimento da guarda à avó..... 103

ALIENAÇÃO PARENTAL

0003931-14.2011.8.19.0004

72668 / 2016 - TJ - (AC) - Destituição de poder familiar paterno c/c reconhecimento de paternidade socioafetiva. Pai biológico que alega alienação parental. Acordo de visitação não cumprido. Tentativa de exercer seu papel de pai que lhe é de direito. Coexistência da relação socioafetiva. Recurso desprovido..... 236

A NOVA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A PRERROGATIVA DE FORO

Tulio Caiban Bruno..... 36

ARMA DE FOGO

0010352-19.2017.8.19.0001

16924 / 2017 - TJ - (ACRIM) - Constrangimento ilegal. Vítimas abordadas no interior do táxi. Utilização de arma de fogo de uso restrito e artefato explosivo. Ousadia da conduta criminosa na via pública. Sociedade em risco. Não reconhecimento do criminoso pelas vítimas. Policiais militares que identificam o criminoso nos depoimentos. Valoração da prova é livre. Decisão baseada no livre convencimento.....272

A SEMÂNTICA COMO MEDIADORA ENTRE O FENÔMENO E O MAGISTRADO

Alexandre Chini e Marcelo Morais Caetano..... 24

ASSISTENTE TÉCNICO

1566168 / 2014 - STJ - (RESP) - Honorários advocatícios contratuais e honorários de assistente técnico. Atuação em litígio anterior. CPC/1973. Ressarcimento pelo vencido. Descabimento. Honorários do assistente técnico. Omissão da sentença. Impossibilidade de cobrança. Sentença restaurada..... 63

ATOS LIBIDINOSOS

0016103-59.2014.8.19.0011

1816 / 2018 - TJ - (ACRIM) - Atos libidinosos praticados pelo padrasto da vítima. Genitora que só retorna do trabalho de madrugada. Mudança de comportamento da filha. Defesa pleiteia absolvição, redução de pena-base e afastamento de agravante. Recurso não provido. Voto vencido..... 300

AUXÍLIO-ADOÇÃO

0060948-44.2016.8.19.0000

217 / 2016 - TJ - (RI) - Auxílio-adoção. Servidor público estadual. Projeto de lei. Vício orgânico. Princípio da igualdade. Violação. Dignidade da pessoa humana. Representação acolhida parcialmente. . 125

CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO

0068516-77.2017.8.19.0000

85286 / 2017 - TJ - (AI) - Poder familiar. Suspensão. Inserção das menores no Cadastro Nacional de Adoção (CNA). Constituição Federal. Proteção integral do menor. ECA. Relatório psicológico. Melhor interesse da criança. 202

CARTA-CONVITE

0015095-41.2018.8.19.0000

19977 / 2018 - TJ - (AI) - Direito Administrativo. Inconformismo com indeferimento para participar de licitação. Modalidade Carta-Convite. Não ocorrência do certame licitatório. Contratação emergencial. Desistência do recurso. Desnecessidade de anulação da parte contrária. 230

CÉLULAS-TRONCO

0289991-15.2011.8.19.0001

63940 / 2017 - TJ - (AC) - Ação indenizatória. Coleta e armazenamento de células-tronco do cordão umbilical de recém-nascido. Alegação de falha na prestação do serviço. Nascimento prematuro do bebê. Ciência da possibilidade de insucesso na fase de execução do procedimento. Incerteza do serviço por conta de estágio científico. Lei consumerista. Rompimento de nexo causal. Recurso negado. 214

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

0029419-04.2016.8.19.0001

71307 / 2017 - TJ - (AC) - Direito do consumidor. Recurso sob a égide do NCPC. Jazigos perpétuos. Cobrança de taxa de manutenção ilícita e abusiva. Inexistência de previsão legal. Observância ao princípio da irretroatividade. Recurso negado. 232

COMPETÊNCIA

0445191-10.2014.8.19.0001

18/2017 - TJ - (AI) - Consumidor. Arguição de Inconstitucionalidade. Lei Estadual que impõe ao comércio informar na mídia o valor de venda à vista em destaque em relação ao valor da parcela. Inexistência de vício formal. Ausência de invasão à competência legislativa federal. Repartição constitucional. Competência concorrente. Rejeição de arguição. 207

COMPRA E VENDA

0004349-64.2016.8.19.0007

21342 / 2018 - TJ - (AC) - Indenização. Compra e venda. Produto de vestuário. Solicitação de troca. Prazo longo. Cancelamento. Devolução do valor. Não atendimento. Dano moral. Recurso provido parcialmente. 244

CONCURSO PÚBLICO

51720 / 2016 - STJ - (REC EM MS) - De-

cisão judicial. Fundamentação satisfatória. CPC/2015. Deslinde da controvérsia. Concurso público. Candidato aprovado fora do número de vagas. Mera expectativa de direito. Inexistência de prova pré-constituída a indicar preterição arbitrária e imotivada da Administração. Agravo improvido. ... 69

CONSELHO TUTELAR

0022608-31.2016.8.19.0000

28574 / 2016 - TJ - (AI) - Acolhimento institucional. Aplicação de medida protetiva. Conselho tutelar. Proibição de visita de qualquer familiar. Avó materna que pleiteia direito à visitação. Reconhecimento. Princípio da prevalência do interesse do menor. 150

CONSTRANGIMENTO ILEGAL

0010352-19.2017.8.19.0001

16924 / 2017 - TJ - (ACRIM) - Constrangimento ilegal. Vítimas abordadas no interior do táxi. Utilização de arma de fogo de uso restrito e artefato explosivo. Ousadia da conduta criminosa na via pública. Sociedade em risco. Não reconhecimento do criminoso pelas vítimas. Policiais militares que identificam o criminoso nos depoimentos. Valoração da prova é livre. Decisão baseada no livre convencimento. 272

0067727-78.2017.8.19.0000

28038 / 2017 - TJ - (HC) - *Habeas Corpus*. Incompetência do Juizado Especial do Torcedor dos Grandes Eventos. Atos anulados desde a inicial. Excesso de prazo. Constrangimento ilegal. Relaxamento da prisão. 288

CONSTITUIÇÃO, LEGALIDADE E EQUIDADE, JURISDIÇÃO CONTENCIOSA E JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Nagib Slaibi. 13

CUSTAS PROCESSUAIS

0013333-87.2018.8.19.0000

17529 / 2018 - TJ - (AI) - Parcelamento de

custas processuais. Indeferimento. Pessoa jurídica com fins lucrativos. Não cabimento de Agravo de Instrumento. Rol exaustivo previsto no art. 1.015 do NCPC. Recurso não conhecido..... 248

DANO AMBIENTAL

0038152-76.2004.8.19.0001

52290 / 2017 - TJ - (AC) - Poluição sonora. Ambiente urbano. Bailes *Funk*. Ausência de tratamento acústico eficaz na quadra da escola de samba. Necessidade de observância do Poder de Polícia para coibir o nível de ruído excessivo. Obrigação pecuniária para reparação de dano ambiental desnecessária. Inexistência de dano permanente que viole o equilíbrio ecológico. Parcial provimento.....255

DANO MORAL

1223554 / 2017 - STJ - (RESP) - Indenizatória. Responsabilidade objetiva. Transporte público. Queda de coletivo. Dano moral. Quantum indenizatório. Alteração. Impossibilidade. Valores arbitrados em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Agravo não provido..... 75

DEVER DE CUIDAR

0056698-31.2017.8.19.0000

70254 / 2017 - TJ - (AI) - Propriedade compartilhada de animais de estimação. Dissolução de união estável de mais de 20 anos. Recusa de uma das partes em arcar com despesa de custeio. Alegação que os animais foram adquiridos antes da união estável. Irresignação. Responsabilidade de ambos. Dever de cuidar. Valor arbitrado para cada um dos ex-companheiros em favor de cada animal..... 253

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

0060948-44.2016.8.19.0000

217 / 2016 - TJ - (RI) - Auxílio-adoção. Servidor público estadual. Projeto de lei. Vício

orgânico. Princípio da igualdade. Violação. Dignidade da pessoa humana. Representação acolhida parcialmente..... 125

DIREITO AUTORAL

0144387-52.2013.8.19.0001

13933 / 2015 - TJ - (ACRIM) - Direito autoral. Violação. Condenação em primeira instância com recrudescimento da pena-base. Recurso defensivo provido. Absolvição. Recurso Especial ao STJ interposto pelo Ministério Público. Retorno dos autos ao Tribunal de Justiça. Revisão da dosimetria. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos..... 278

DROGAS

0337348-78.2017.8.19.0001

87 / 2018 - TJ - (RSE) - Recurso em Sentido Estrito. Drogas. Pequena quantidade. Consumo próprio. Princípio da Insignificância. Inaplicabilidade. Tipicidade da conduta. Ministério Público que se pronuncia contra o indeferimento da denúncia. Ocorrência de prescrição da pretensão punitiva e declaração de extinção de punibilidade pelo juízo *a quo*. Recurso prejudicado..... 307

ECA

823384 / 2006 - STJ - (RESP) - Adoção póstuma. Intenção de adotar. Manifestação inequívoca de vontade. Laços de afetividade. ECA. Primazia dos interesses da criança. Recurso não conhecido..... 119

0003496-55.2013.8.19.0041

87295 / 2017 - TJ - (AC) - Adoção. Filiação socioafetiva. Guarda fática. Separação do casal. Desistência. Vínculo com a infante. ECA. Princípio do melhor interesse da criança. Não acolhimento do pedido.... 161

0022829-58.2014.8.19.0202

87517 / 2017 - TJ - (AC) - Poder familiar. Destituição. Negligência e abandono. Vasto

conjunto probatório. ECA. Famílias substitutas. Processo da adoção em conjunto. Manutenção dos laços fraternais. Negado provimento ao recurso..... 197

0007550-17.2018.8.19.0000

3911 / 2018 - TJ - (HC) - Estupro de vulnerável. Fotografias e vídeos com cenas de sexo e pornografia. Ameaça e chantagem contra menor. Gravidade do crime. Hediondez. Inexistência de constrangimento ilegal por excesso de prazo. Manutenção da prisão preventiva. Garantia da ordem pública. 281

0020538-64.2015.8.19.0036

4701 / 2018 - TJ - (AC) - Destituição de poder familiar. Situação de risco da infante. Estudo psicossocial. Menor abandonada em banheiro de igreja. Medida protetiva de acolhimento. Princípio da proteção integral da criança. Recurso não provido. 183

EMBARGOS À EXECUÇÃO

0158690-66.2016.8.19.0001

9642 / 2018 - TJ - (AC) - Representação. Pessoa jurídica estrangeira. Microsoft. Irregularidade. Alegação de não possuir representante no Brasil. A representação deve ser feita por integrante do mesmo grupo econômico. Acolhimento dos embargos à execução. Pagamento de custas e honorários..... 262

EMPLACAMENTO

0052998-47.2017.8.19.0000

65257 / 2017 - TJ - (AI) - Agravo de Instrumento. Município de Itaitiaia. Circulação de quadriciclos no trânsito. Necessidade de placa no veículo. Observância à Resolução CONTRAN. Alegação de inexigibilidade de emplacamento segundo o fabricante. Justificativa insuficiente. Recurso desprovido. 225

EMPRÉSTIMO

0057620-73.2016.8.19.0205

16342 / 2018 - TJ - (AC) - Contrato de se-

guro prestamista. Falecimento do segurado. Pagamento de dívida de empréstimo. Alegação de desconhecimento do contratante. Finalidade diversa do seguro de vida. Beneficiária que não comprova o direito alegado. Recurso improvido. 228

ESBULHO POSSESSÓRIO

0410986-91.2010.8.19.0001

53218 / 2017 - TJ - (AC) - Ação de reintegração de posse. Alegação de posse do imóvel. Viagem ao exterior. Falecimento de tia com quem morava. Prática de esbulho não demonstrada. Necessidade de comprovar o fato constitutivo do direito. Majoração dos honorários de sucumbência. Recurso negado..... 211

ESTUDO PSICOSSOCIAL

0010813-57.2018.8.19.0000

5283 / 2018 - TJ - (HC) - Transexual. Transferência de unidade prisional para estabelecimento condizente com seu gênero. Pleito indeferido. Necessidade de avaliação de estudo psicossocial para verificação de orientação sexual e identidade de gênero. Reapreciação do pedido pela autoridade coatora..... 315

EXUMAÇÃO

2227289-36.2011.8.19.0021

78825 / 2017 - TJ - (AC) - Ação indenizatória. Dano moral. Exumação de filho em cemitério antes da data agendada. Restos mortais nunca localizados. Majoração da indenização. Observância da razoabilidade e da vedação ao enriquecimento sem causa. Modificação dos parâmetros de juros e correção monetária. 216

FAMÍLIA SUBSTITUTA

0022863-68.2014.8.19.0061

38962 / 2017 - TJ - (AC) - Abuso sexual de filhos e enteada. Omissão da genitora. ECA. Menores encaminhados à família substituta.

Estudo técnico. Princípio do melhor interesse da criança. Pagamento de multa. Parcelamento. 141

FUNDAMENTAÇÃO

51720 / 2016 - STJ - (REC. EM MS) - Decisão judicial. Fundamentação satisfatória. CPC/2015. Deslinde da controvérsia. Concurso público. Candidato aprovado fora do número de vagas. Mera expectativa de direito. Inexistência de prova pré-constituída a indicar preterição arbitrária e imotivada da Administração. Agravo improvido. ... 69

GUARDA PROVISÓRIA

0042634-16.2017.8.19.0000

52262 / 2017 - TJ - (AI) - Adoção. Suspensão do poder familiar. Genitora portadora de doença mental. Integridade física e mental da infante em risco. Pai omisso. Guarda provisória. Princípio do melhor interesse da criança. Recurso desprovido. 172

HOMICÍDIO

0002591-09.2014.8.19.0011

2679 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Homicídio duplamente qualificado. Precariedade dos indícios de autoria. Mera presunção. Impronúncia. Postulação do Ministério Público pela sentença de pronúncia. Prova oral nos autos é o testemunho de ouvir dizer (hearsay testimony). Declarações de pessoas que não presenciaram o crime. Insuficiência para sustentar o decreto condenatório. 293

424390 / 2017 - STJ - (HC) - *Habeas Corpus*. Homicídio qualificado e estupro de vulnerável. Motivo fútil. Fuga do acusado. Relaxamento da prisão preventiva. Impossibilidade de garantia da ordem pública. Excesso de prazo na instrução criminal. Fase de encerramento. Ordem denegada. 78

HONORÁRIOS

1566168 / 2014 - STJ - (RESP) - Honorários

advocatórios contratuais e honorários de assistente técnico. Atuação em litígio anterior. CPC/1973. Ressarcimento pelo vencido. Descabimento. Honorários do assistente técnico. Omissão da sentença. Impossibilidade de cobrança. Sentença restaurada. 63

ILICITUDE

425044 / 2017 - STJ - (HC) - Tráfico de drogas. Prova obtida de forma involuntária e coercitiva. Ilicitude constatada. Ordem concedida. 88

INDENIZAÇÃO

2227289-36.2011.8.19.0021

78825 / 2017 - TJ - (AC) - Ação indenizatória. Dano moral. Exumação de filho em cemitério antes da data agendada. Restos mortais nunca localizados. Majoração da indenização. Observância da razoabilidade e da vedação ao enriquecimento sem causa. Modificação dos parâmetros de juros e correção monetária. 216

0004349-64.2016.8.19.0007

21342 / 2018 - TJ - (AC) - Indenização. Compra e venda. Produto de vestuário. Solicitação de troca. Prazo longo. Cancelamento. Devolução do valor. Não atendimento. Dano moral. Recurso provido parcialmente. 244

JUIZADO ESPECIAL DO TORCEDOR E GRANDES EVENTOS

0067727-78.2017.8.19.0000

28038 / 2017 - TJ - (HC) - *Habeas Corpus*. Incompetência do Juizado Especial do Torcedor dos Grandes Eventos. Atos anulados desde a inicial. Excesso de prazo. Constrangimento ilegal. Relaxamento da prisão. 288

LESÃO CORPORAL

0008628-46.2018.8.19.0000

4340 / 2018 - TJ - (HC) - Prisão cautelar. Desclassificação da conduta. Delito de le-

são corporal. Necessidade de revolvimento do acervo probatório. Inviabilidade. Prisão domiciliar afastada. Violência e grave ameaça. Pedido julgado improcedente..... 303

LICITAÇÃO

0015095-41.2018.8.19.0000

19977 / 2018 - TJ - (AI) - Direito Administrativo. Inconformismo com indeferimento para participar de licitação. Modalidade Carta-Convite. Não ocorrência do certame licitatório. Contratação emergencial. Desistência do recurso. Desnecessidade de anuência da parte contrária. 230

LITISCONSÓRCIO

0064757-42.2016.8.19.0000

855 / 2016 - TJ - (ARESC) - Ação Rescisória. Ação Civil Pública. Litisconsórcio passivo necessário. Não regularização no prazo. Emenda da inicial. Extinção do processo, sem resolução do mérito. 222

MANDADO DE SEGURANÇA

0358326-13.2016.8.19.0001

8200 / 2018 - TJ - (AC) - Mandado de Segurança. Adoção. Servidor público. Casal homoafetivo. Licença adotante. Jurisprudência do STJ. Distinção. Não cabimento. Princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. 193

MEDIDA PROTETIVA

0020538-64.2015.8.19.0036

4701 / 2018 - TJ - (AC) - Destituição de poder familiar. Situação de risco da infante. Estudo psicossocial. Menor abandonada em banheiro de igreja. Medida protetiva de acolhimento. Princípio da proteção integral da criança. Recurso não provido. 183

0012502-39.2018.8.19.0000

16548 / 2018 - TJ - (AI) - Adoção. Genitora em estado puerperal. Arrependimento. Negligência não comprovada. Reintegração

familiar. Proibição de visitas pelo pai registral. Aguardada a vinda do exame de DNA e estudos psicossociais. Intuito de evitar-se a “adoção à brasileira”. Medidas protetivas. Melhor interesse da criança..... 169

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

0013985-07.2018.8.19.0000

6565 / 2018 - TJ - (HC) - Ato infracional. Internação. Medida socioeducativa. Excesso de prazo legal. Seis meses. Sistema informatizado aponta a realização de audiência de reavaliação. Fim da violência ou da coação ilegal..... 269

MENOR

0016103-59.2014.8.19.0011

1816 / 2018 - TJ - (ACRIM) - Atos libidinosos praticados pelo padrasto da vítima. Genitora que só retorna do trabalho de madrugada. Mudança de comportamento da filha. Defesa pleiteia absolvição, redução de pena-base e afastamento de agravante. Recurso não provido. Voto vencido..... 300

MUNICÍPIO

0052998-47.2017.8.19.0000

65257 / 2017 - TJ - (AI) - Agravo de Instrumento. Município de Itatiaia. Circulação de quadriciclos no trânsito. Necessidade de placa no veículo. Observância à Resolução CONTRAN. Alegação de inexigibilidade de emplacamento segundo o fabricante. Justificativa insuficiente. Recurso desprovido. 225

0351613-90.2014.8.19.0001

85219 / 2017 - TJ - (AC) - Pensão por morte. Pagamento feito à neta do segurado. Cancelamento. Servidor municipal. Decreto nº 1.484/89 vigente à época. Limitação de idade. Benefício cancelado..... 250

0054572-30.2013.8.19.0038

21540 / 2018 - TJ - (AC) - Obrigação de fazer com tutela antecipada. Transferência

para unidade de terapia intensiva. Falecimento da autora no curso do processo. Extinção do processo sem mérito. Princípio da causalidade. Incontroversa a conduta da municipalidade. Condenação mantida nos ônus sucumbenciais..... 246

NCPC

0013333-87.2018.8.19.0000

17529 / 2018 - TJ - (AI) - Parcelamento de custas processuais. Indeferimento. Pessoa jurídica com fins lucrativos. Não cabimento de Agravo de Instrumento. Rol exaustivo previsto no Art. 1.015 do NCPC. Recurso não conhecido..... 248

NEXO CAUSAL

0289991-15.2011.8.19.0001

63940 / 2017 - TJ - (AC) - Ação indenizatória. Coleta e armazenamento de células-tronco do cordão umbilical de recém-nascido. Alegação de falha na prestação do serviço. Nascimento prematuro do bebê. Ciência da possibilidade de insucesso na fase de execução do procedimento. Incerteza do serviço por conta de estágio científico. Lei consumerista. Rompimento de nexos causais. Recurso negado..... 214

OBRIGAÇÃO DE FAZER

0054572-30.2013.8.19.0038

21540 / 2018 - TJ - (AC) - Obrigação de fazer com tutela antecipada. Transferência para unidade de terapia intensiva. Falecimento da autora no curso do processo. Extinção do processo sem mérito. Princípio da causalidade. Incontroversa a conduta da municipalidade. Condenação mantida nos ônus sucumbenciais..... 246

O SIGILO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Jorge Lobo..... 59

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

0003931-14.2011.8.19.0004

72668 / 2016 - TJ - (AC) - Destituição de

poder familiar paterno c/c reconhecimento de paternidade socioafetiva. Pai biológico que alega alienação parental. Acordo de visitação não cumprido. Tentativa de exercer seu papel de pai que lhe é de direito. Coexistência da relação socioafetiva. Recurso desprovido... 236

PENA

0144387-52.2013.8.19.0001

13933 / 2015 - TJ - (ACRIM) - Direito autoral. Violação. Condenação em primeira instância com recrudescimento da pena-base. Recurso defensivo provido. Absolvição. Recurso Especial ao STJ interposto pelo Ministério Público. Retorno dos autos ao Tribunal de Justiça. Revisão da dosimetria. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos..... 278

PENSÃO

0351613-90.2014.8.19.0001

85219 / 2017 - TJ - (AC) - Pensão por morte. Pagamento feito à neta do segurado. Cancelamento. Servidor municipal. Decreto nº 1.484/89 vigente à época. Limitação de idade. Benefício cancelado..... 250

PODER DE POLÍCIA

0038152-76.2004.8.19.0001

52290 / 2017 - TJ - (AC) - Poluição sonora. Ambiente urbano. Bailes *Funk*. Ausência de tratamento acústico eficaz na quadra da escola de samba. Necessidade de observância do Poder de Polícia para coibir o nível de ruído excessivo. Obrigação pecuniária para reparação de dano ambiental desnecessária. Inexistência de dano permanente que viole o equilíbrio ecológico. Parcial provimento..... 255

PODER FAMILIAR

0033041-60.2017.8.19.0000

39647 / 2017 - TJ - (AI) - Destituição do poder familiar de ambos os genitores. Tentativas de reinserção familiar. Uso de drogas e prática de agressões entre os genitores na

presença do filho. Existência de casal interessado na adoção do infante. Princípio do melhor interesse da criança. 179

0199713-26.2015.8.19.0001

47206 / 2017 - TJ - (AC) - Adoção. Destituição de poder familiar. Genitora com problemas psiquiátricos. Pai que não busca contato com criança em situação de risco. Princípio do melhor interesse da criança. Apelo desprovido. 153

0068516-77.2017.8.19.0000

85286 / 2017 - TJ - (AI) - Poder familiar. Suspensão. Inserção das menores no Cadastro Nacional de Adoção (CNA). Constituição Federal. Proteção integral do menor. ECA. Relatório psicológico. Melhor interesse da criança. 202

0022829-58.2014.8.19.0202

87517 / 2017 - TJ - (AC) - Poder familiar. Destituição. Negligência e abandono. Vasto conjunto probatório. ECA. Famílias substitutas. Processo de adoção em conjunto. Manutenção dos laços fraternais. Negado provimento ao recurso. 197

0020538-64.2015.8.19.0036

4701 / 2018 - TJ - (AC) - Destituição de poder familiar. Situação de risco da infante. Estudo psicossocial. Menor abandonada em banheiro de igreja. Medida protetiva de acolhimento. Princípio da proteção integral da criança. Recurso não provido. 187

0000391-42.2015.8.19.0060

11433 / 2018 - TJ - (AC) - Adoção. Destituição do poder familiar. Pais biológicos que visam à reforma integral do julgado. Menor em situação de abandono material e moral. Risco pessoal e social. Vínculos afetivos com a mãe adotiva. Comprovação. Princípio do superior interesse da criança e do adolescente. 155

POLICIAL

0010352-19.2017.8.19.0001

16924 / 2017 - TJ - (ACRIM) - Constrangimento ilegal. Vítimas abordadas no interior do táxi. Utilização de arma de fogo de uso restrito e artefato explosivo. Ousadia da conduta criminosa na via pública. Sociedade em risco. Não reconhecimento do criminoso pelas vítimas. Policiais militares que identificam o criminoso nos depoimentos. Valoração da prova é livre. Decisão baseada no livre convencimento. 272

PRAZO

0013985-07.2018.8.19.0000

6565 / 2018 - TJ - (HC) - Ato infracional. Internação. Medida socioeducativa. Excesso de prazo legal. Seis meses. Sistema informatizado aponta a realização de audiência de reavaliação. Fim da violência ou da coação ilegal. 269

0004349-64.2016.8.19.0007

21342 / 2018 - TJ - (AC) - Indenização. Compra e venda. Produto de vestuário. Solicitação de troca. Prazo longo. Cancelamento. Devolução do valor. Não atendimento. Dano moral. Recurso provido parcialmente. 244

PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE

0054572-30.2013.8.19.0038

21540 / 2018 - TJ - (AC) - Obrigação de fazer com tutela antecipada. Transferência para unidade de terapia intensiva. Falecimento da autora no curso do processo. Extinção do processo sem mérito. Princípio da causalidade. Incontroversa a conduta da municipalidade. Condenação mantida nos ônus sucumbenciais. 246

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

0337348-78.2017.8.19.0001

87 / 2018 - TJ - (RSE) - Recurso em Sentido Estrito. Drogas. Pequena quantidade. Consumo próprio. Princípio da Insignificân-

cia. Inaplicabilidade. Tipicidade da conduta. Ministério Público que se pronuncia contra o indeferimento da denúncia. Ocorrência de prescrição da pretensão punitiva e declaração de extinção de punibilidade pelo juízo *a quo*. Recurso prejudicado. 307

PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE **0029419-04.2016.8.19.0001**

71307 / 2017 - TJ - (AC) - Direito do consumidor. Recurso sob a égide do NCPC. Jazigos perpétuos. Cobrança de taxa de manutenção ilícita e abusiva. Inexistência de previsão legal. Observância ao princípio da irretroatividade. Recurso negado. 232

PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

823384 / 2006 - STJ - (RESP) - Adoção póstuma. Intenção de adotar. Manifestação inequívoca de vontade. Laços de afetividade. ECA. Primazia dos interesses da criança. Recurso não conhecido. 119

1677903 / 2016 - STJ - (RESP) - Adoção póstuma. Avó materna. Guarda de menor portador de necessidades especiais. Recebimento de afeto desde o nascimento. Falecimento da autora no curso do procedimento. Princípio do melhor interesse da criança. Reconhecimento da guarda à avó. 103

0022863-68.2014.8.19.0061

38962 / 2017 - TJ - (AC) - Abuso sexual de filhos e enteada. Omissão da genitora. ECA. Menores encaminhados à família substituta. Estudo técnico. Princípio do melhor interesse da criança. Pagamento de multa. Parcelamento. 141

0042634-16.2017.8.19.0000

52262 / 2017 - TJ - (AI) - Adoção. Suspensão do poder familiar. Genitora portadora de doença mental. Integridade física e mental da infante em risco. Pai omissor. Guarda provi-

sória. Princípio do melhor interesse da criança. Recurso desprovido. 172

0003496-55.2013.8.19.0041

87295 / 2017 - TJ - (AC) - Adoção. Filiação socioafetiva. Guarda fática. Separação do casal. Desistência. Vínculo com a infante. ECA. Princípio do melhor interesse da criança. Não acolhimento do pedido. 161

0020321-26.2015.8.19.0002

1557 / 2018 - TJ - (AC) - Adoção. Formalização de situação fática. Melhor interesse da criança. Condições materiais e afetivas proporcionadas. Negligência da genitora e da família extensa. Recurso não provido. 163

PRISÃO

424390 / 2017 - STJ - (HC) - *Habeas Corpus*. Homicídio qualificado e estupro de vulnerável. Motivo fútil. Fuga do acusado. Relaxamento da prisão preventiva. Impossibilidade de garantia da ordem pública. Excesso de prazo na instrução criminal. Fase de encerramento. Ordem denegada. 78

0007550-17.2018.8.19.0000

3911 / 2018 - TJ - (HC) - Estupro de vulnerável. Fotografias e vídeos com cenas de sexo e pornografia. Ameaça e chantagem contra menor. Gravidade do crime. Hediondez. Inexistência de constrangimento ilegal por excesso de prazo. Manutenção da prisão preventiva. Garantia da ordem pública. 281

0008628-46.2018.8.19.0000

4340 / 2018 - TJ - (HC) - Prisão cautelar. Desclassificação da conduta. Delito de lesão corporal. Necessidade de revolvimento do acervo probatório. Inviabilidade. Prisão domiciliar afastada. Violência e grave ameaça. Pedido julgado improcedente. 303

PROVA

0002591-09.2014.8.19.0011

2679 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Homicídio duplamente qualificado. Precariedade dos indícios de autoria. Mera presunção. Impronúncia. Postulação do Ministério Público pela sentença de pronúncia. Prova oral nos autos é o testemunho de ouvir dizer (hearsay testimony). Declarações de pessoas que não presenciaram o crime. Insuficiência para sustentar o decreto condenatório. 293

REINTEGRAÇÃO DE POSSE

0410986-91.2010.8.19.0001

53218 / 2017 - TJ - (AC) - Ação de reintegração de posse. Alegação de posse do imóvel. Viagem ao exterior . Falecimento de tia com quem morava. Prática de esbulho não demonstrada. Necessidade de comprovar o fato constitutivo do direito. Majoração dos honorários de sucumbência. Recurso negado.....211

REPRESENTAÇÃO

0158690-66.2016.8.19.0001

9642 / 2018 - TJ - (AC) - Representação. Pessoa jurídica estrangeira. Microsoft. Irregularidade. Alegação de não possuir representante no Brasil. A representação deve ser feita por integrante do mesmo grupo econômico. Acolhimento dos embargos à execução. Pagamento de custas e honorários..... 262

SEGURO

0057620-73.2016.8.19.0205

16342 / 2018 - TJ - (AC) - Contrato de seguro prestamista. Falecimento do segurado. Pagamento de dívida de empréstimo. Alegação de desconhecimento do contratante. Finalidade diversa do seguro de vida. Beneficiária que não comprova o direito alegado. Recurso improvido.....228

SERVIDOR PÚBLICO

0060948-44.2016.8.19.0000

217 / 2016 - TJ - (RI) - Auxílio-adoção. Servidor público estadual. Projeto de lei. Vício orgânico. Princípio da igualdade. Violação.

Dignidade da pessoa humana. Representação acolhida parcialmente..... 125

0358326-13.2016.8.19.0001

8200 / 2018 - TJ - (AC) - Mandado de Segurança. Adoção. Servidor público. Casal homoafetivo. Licença adotante. Jurisprudência do STJ. Distinção. Não cabimento. Princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. 193

TRÁFICO DE DROGAS

425044 / 2017 - STJ - (HC) - Tráfico de drogas. Prova obtida de forma involuntária e coercitiva. Ilicitude constatada. Ordem concedida..... 88

TRANSEXUAL

0010813-57.2018.8.19.0000

5283 / 2018 - TJ - (HC) - Transexual. Transferência de unidade prisional para estabelecimento condizente com seu gênero. Pleito indeferido. Necessidade de avaliação de estudo psicossocial para verificação de orientação sexual e identidade de gênero. Reapreciação do pedido pela autoridade coatora..... 315

TRANSPORTE PÚBLICO

1223554 / 2017 - STJ - (RESP) - Indenizatória. Responsabilidade objetiva. Transporte público. Queda de coletivo. Dano moral. *Quantum* indenizatório. Alteração. Impossibilidade. Valores arbitrados em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Agravo não provido. 75

UNIÃO ESTÁVEL

0056698-31.2017.8.19.0000

70254 / 2017 - TJ - (AI) - Propriedade compartilhada de animais de estimação. Dissolução de união estável de mais de 20 anos. Recusa de uma das partes em arcar com despesa de custeio. Alegação que os animais foram adquiridos antes da união está-

vel. Irresignação. Responsabilidade de ambos. Dever de cuidar. Valor arbitrado para cada um dos ex-companheiros em favor de cada animal..... 253

VÍCIO FORMAL

0445191-10.2014.8.19.0001

18/2017 - TJ - (AI) - Consumidor. Arguição de Inconstitucionalidade. Lei Estadual que impõe ao comércio informar na mídia o valor de venda à vista em destaque em relação ao valor da parcela. Inexistência de vício formal. Ausência de invasão à competência

legislativa federal. Repartição constitucional. Competência concorrente. Rejeição de arguição..... 207

VISITAÇÃO AVOENGA

0022608-31.2016.8.19.0000

28574 / 2016 - TJ - (AI) - Acolhimento institucional. Aplicação de medida protetiva. Conselho tutelar. Proibição de visita de qualquer familiar. Avó materna que pleiteia direito à visitação. Reconhecimento. Princípio da prevalência do interesse do menor.....150

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MIN. HUMBERTO MARTINS (51720/2016) - STJ	RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA.....	69
MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO (1677903/2016) - STJ	RECURSO ESPECIAL - CÍVEL.....	103
MIN. MARCO AURÉLIO BELLIZE (1223554/2017) - STJ	RECURSO ESPECIAL - CÍVEL.....	75
MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (424390/2017) - STJ	<i>HABEAS CORPUS</i>	78
MIN. NANCY ANDRIGHI (823384/2006) - STJ	RECURSO ESPECIAL - CÍVEL.....	119
MIN. PAULO DE TARSO SANSEVERINO (1566168/2014) - STJ	RECURSO ESPECIAL - CÍVEL.....	63
MIN. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (425044/2017) - STJ	<i>HABEAS CORPUS</i>	88

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DES. ANDRÉ EMÍLIO RIBEIRO VON MELENTOVYTCH 0003931-14.2011.8.19.0004 (72668/2016) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	236
DES. ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS BITENCOURT 0029419-04.2016.8.19.0001 (71307/2017) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	232
DES. ANTÔNIO ILOÍZIO BARROS BASTOS 0057620-73.2016.8.19.0205 (16342/2018) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	228
DES. AUGUSTO ALVES MOREIRA JUNIOR 2227289-36.2011.8.19.0021 (78825/2017) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	216
DES. CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA 0052998-47.2017.8.19.0000 (65257/2017) - TJ	AGRAVO DE INSTRUMENTO	225
DES. CARLOS EDUARDO DA ROSA DA FONSECA PASSOS 0351613-90.2014.8.19.0001 (85219/2017) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	250

DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA 0358326-13.2016.8.19.0001 (8200/2018) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	193
DES. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA 0068516-77.2017.8.19.0000 (85286/2017) - TJ	AGRAVO DE INSTRUMENTO	202
DES. CESAR FELIPE CURY 0042634-16.2017.8.19.0000 (52262/2017) - TJ	AGRAVO DE INSTRUMENTO	172
DES. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JUNIOR 0054572-30.2013.8.19.0038 (21540/2018) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	246
DES. CLÁUDIA TELLES DE MENEZES 0064757-42.2016.8.19.0000 (855/2016) - TJ	AÇÃO RESCISÓRIA	222
DES. CONCEIÇÃO APARECIDA MOUSNIER TEIXEIRA DE GUIMARAES PEÑA 0199713-26.2015.8.19.0001 (47206/2017) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	153
DES. FERNANDO FERNANDY FERNANDES 0013333-87.2018.8.19.0000 (17529/2018) - TJ	AGRAVO DE INSTRUMENTO	248
DES. FLÁVIO MARCELO DE AZEVEDO HORTA FERNANDES 0010352-19.2017.8.19.0001 (16924/2017) - TJ	APELAÇÃO CRIMINAL	272
DES. GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO 0022608-31.2016.8.19.0000 (28574/2016) - TJ	AGRAVO DE INSTRUMENTO	150
DES. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA 0010813-57.2018.8.19.0000 (5283/2018) - TJ	<i>HABEAS CORPUS</i>	315
DES. HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE FIGUEIRA 0289991-15.2011.8.19.0001 (63940/2017) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	214
DES. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO 0337348-78.2017.8.19.0001 (87/2018) - TJ	RECURSO EM SENTIDO ESTRITO....	307
DES. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO 0002591-09.2014.8.19.0011 (2679/2016) - TJ	APELAÇÃO CRIMINAL	293
DES. JOSÉ ROBERTO PORTUGAL COMPASSO 0038152-76.2004.8.19.0001 (52290/2017) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	255
DES. JUAREZ FERNANDES FOLHES 0020538-64.2015.8.19.0036 (4701/2018) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	183

DES. LEILA MARIA RODRIGUES PINTO DE CARVALHO E ALBUQUERQUE 0004349-64.2016.8.19.0007 (21342/2018) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	244
DES. LUCIANO SILVA BARRETO 0008628-46.2018.8.19.0000 (4340/2018) - TJ	<i>HABEAS CORPUS</i>	303
DES. LUIZ ZVEITER 004519110-2014.8.19.0001 (18/2017) - TJ	ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE	207
DES. MÁRCIA PERRINI BODART 0016103-59.2014.8.19.0011 (1816/2018) - TJ	APELAÇÃO CRIMINAL	300
DES. MARIA HELENA PINTO MACHADO MARTINS 0033041-60.2017.8.19.0000 (39647/2017) - TJ	AGRAVO DE INSTRUMENTO	179
DES. MARIA SANDRA ROCHA KAYAT DIREITO 0007550-17.2018.8.19.0000 (3911/2018) - TJ	<i>HABEAS CORPUS</i>	281
DES. MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA 0158690-66.2016.8.19.0001 (9642/2018) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	262
DES. MARIO GUIMARÃES NETO 0015095-41.2018.8.19.0000 (19977/2018) - TJ	AGRAVO DE INSTRUMENTO	230
DES. MAURÍCIO CALDAS LOPES 0060948-44.2016.8.19.0000 (217/2016) - TJ	REPRES. POR INCONSTITUCIONALIDADE	125
DES. MÔNICA DE FARIA SARDAS 0022829-58.2014.8.19.0202 (87517/2017) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	197
DES. MÔNICA MARIA COSTA DI PIERO 0410986-91.2010.8.19.0001 (53218/2017) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	211
DES. ODETE KNAACK DE SOUZA 0022863-68.2014.8.19.0061 (38962/2017) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	141
DES. PAULO DE OLIVEIRA LANZELLOTTI BALDEZ 0144387-52.2013.8.19.0001 (13933/2015) - TJ	APELAÇÃO CRIMINAL	278
DES. RENATA MACHADO COTTA 0020321-26.2015.8.19.0002 (1557/2018) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	163

DES. RICARDO COUTO DE CASTRO 0056698-31.2017.8.19.0000 (70254/2017) - TJ	AGRAVO DE INSTRUMENTO	253
DES. ROSITA MARIA DE OLIVEIRA NETTO 0067727-78.2017.8.19.0000 (28038/2017) - TJ	<i>HABEAS CORPUS</i>	288
DES. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA 0013985-07.2018.8.19.0000 (6565/2018) - TJ	<i>HABEAS CORPUS</i>	269
DES. WAGNER CINELLI DE PAULA FREITAS 0003496-55.2013.8.19.0041 (87295/2017) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	161
DES. WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO 0000391-42.2015.8.19.0060 (11433/2018) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	155
JDS. DES. MARCELO ALMEIDA 0012502-39.2018.8.19.0000 (16548/2018) - TJ	AGRAVO DE INSTRUMENTO	169

(823384/2006) - STJ (RESP)	MIN. NANCY ANDRIGHI..... 119
(1566168/2014) - STJ (RESP)	MIN. PAULO DE TARSO SANSEVERINO 63
(51720/2016) - STJ (REC. EM MS)	MIN. HUMBERTO MARTINS 69
(1677903/2016) - STJ (RESP)	MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO 103
(424390/2017) - STJ (HC)	MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA..... 78
(425044/2017) - STJ (HC)	MIN. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR 88
(1223554/2017) - STJ (RESP)	MIN. MARCO AURÉLIO BELLIZE 75
0144387-52.2013.8.19.0001 (13933/2015) - TJ (ACRIM)	REL. DES. PAULO DE OLIVEIRA LANZELLOTTI BALDEZ 278
044519110.2014.8.19.0001 - TJ (ARG.DE INCONST.)	REL. DES. LUIZ ZVEITER 207
0060948-44.2016.8.19.0000 (217/2016) - TJ (RI)	REL. DES. MAURÍCIO CALDAS LOPES..... 125
0064757-42.2016.8.19.0000 (855/2016) - TJ (ARESC)	REL. DES. CLÁUDIA TELLES DE MENEZES 222
0002591-09.2014.8.19.0011 (2679/2016) - TJ (ACRIM)	REL. DES. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO 293
0022608-31.2016.8.19.0000 (28574/2016) - TJ (AI)	REL. DES. GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO 150
0003931-14.2011.8.19.0004 (72668/2016) - TJ (AC)	REL. DES. ANDRÉ EMÍLIO RIBEIRO VON MELENTOVYTCH..... 236
0010352-19.2017.8.19.0001 (16924/2017) - TJ (ACRIM)	REL. DES. FLÁVIO MARCELO DE AZEVEDO HORTA FERNANDES 272
0067727-78.2017.8.19.0000 (28038/2017) - TJ (HC)	REL. DES. ROSITA MARIA DE OLIVEIRA NETTO 288
0022863-68.2014.8.19.0061 (38962/2017) - TJ (AC)	REL. DES. ODETE KNAACK DE SOUZA 141
0033041-60.2017.8.19.0000 (39647/2017) - TJ (AI)	REL. DES. MARIA HELENA PINTO MACHADO MARTINS 179
0199713-26.2015.8.19.0001 (47206/2017) - TJ (AC)	REL. DES. CONCEIÇÃO APARECIDA MOUSNIER TEIXEIRA DE GUIMARÃES PENA..... 153
0042634-16.2017.8.19.0000 (52262/2017) - TJ (AI)	REL. DES. CÉSAR FELIPE CURY 172
0038152-76.2004.8.19.0001 (52290/2017) - TJ (AC)	REL. DES. JOSÉ ROBERTO PORTUGAL COMPASSO 255
0410986-91.2010.8.19.0001 (53218/2017) - TJ (AC)	REL. DES. MÔNICA MARIA COSTA DI PIERO 211
0289991-15.2011.8.19.0001 (63940/2017) - TJ (AC)	REL. DES. HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE FIGUEIRA..... 214
0052998-47.2017.8.19.0000 (65257/2017) - TJ (AI)	REL. DES. CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA 225
0056698-31.2017.8.19.0000 (70254/2017) - TJ (AI)	REL. DES. RICARDO COUTO DE CASTRO 253
0029419-04.2016.8.19.0001 (71307/2017) - TJ (AC)	REL. DES. ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS BITENCOURT..... 232
2227289-36.2011.8.19.0021 (78825/2017) - TJ (AC)	REL. DES. AUGUSTO ALVES MOREIRA JUNIOR 216
0351613-90.2014.8.19.0001 (85219/2017) - TJ (AC)	REL. DES. CARLOS EDUARDO DA ROSA DA FONSECA PASSOS..... 250
0068516-77.2017.8.19.0000 (85286/2017) - TJ (AI)	REL. DES. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA..... 202
0003496-55.2013.8.19.0041 (87295/2017) - TJ (AC)	REL. DES. WAGNER CINELLI DE PAULA FREITAS 161
0022829-58.2014.8.19.0202 (87517/2017) - TJ (AC)	REL. DES. MÔNICA DE FARIA SARDAS 197
0337348-78.2017.8.19.0001 (87/2018) - TJ (RSE)	REL. DES. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO 307
0020321-26.2015.8.19.0002 (1557/2018) - TJ (AC)	REL. DES. RENATA MACHADO COTTA 163
0016103-59.2014.8.19.0011 (1816/2018) - TJ (ACRIM)	REL. DES. MÁRCIA PERRINI BODART 300
0007550-17.2018.8.19.0000 (3911/2018) - TJ (HC)	REL. DES. MARIA SANDRA ROCHA KAYAT DIREITO 281
0008628-46.2018.8.19.0000 (4340/2018) - TJ (HC)	REL. DES. LUCIANO SILVA BARRETO..... 303

0020538-64.2015.8.19.0036 (4701/2018) - TJ (AC)	REL. DES. JUAREZ FERNANDES FOLHES 183
0010813-57.2018.8.19.0000 (5283/2018) - TJ (HC)	REL. DES. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA 315
0013985-07.2018.8.19.0000 (6565/2018) - TJ (HC)	REL. DES. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA 269
0358326-13.2016.8.19.0001 (8200/2018) - TJ (AC)	REL. DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA 193
0158690-66.2016.8.19.0001 (9642/2018) - TJ (AC)	REL. DES. MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA 262
0000391-42.2015.8.19.0060 (11433/2018) - TJ (AC)	REL. DES. WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO 155
0057620-73.2016.8.19.0205 (16342/2018) - TJ (AC)	REL. DES. ANTÔNIO ILOÍZIO BARROS BASTOS 228
0012502-39.2018.8.19.0000 (16548/2018) - TJ (AI)	REL. JDS. DES. MARCELO ALMEIDA 169
0013333-87.2018.8.19.0000 (17529/2018) - TJ (AI)	REL. DES. FERNANDO FERNANDY FERNANDES 248
0015095-41.2018.8.19.0000 (19977/2018) - TJ (AI)	REL. DES. MÁRIO GUIMARÃES NETO 230
0004349-64.2016.8.19.0007 (21342/2018) - TJ (AC)	REL. DES. LEILA MARIA RODRIGUES PINTO DE CARVALHO E ALBUQUERQUE 244
0054572-30.2013.8.19.0038 (21540/2018) - TJ (AC)	REL. DES. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JUNIOR 246

**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**