

# TJ-RJ

■ VOLUME 111 ■

# Revista de Direito

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA  
O Direito e a Proteção aos Idosos

- Poderes, Deveres e Responsabilidade do Juiz
- Os Juizados Especiais Cíveis e a Necessária Flexibilização do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica
- Aspectos Jurídicos do Serviço de Acolhimento em Instituições de Longa Permanência para Idosos
- A Judicialização das Políticas Públicas para a População Idosa: a Experiência da Central Judicial do Idoso
- Proibição de Voto
- Novidades sobre a Violação de Correspondência Corporativa
- Desperdício Tecnológico no Brasil: o Paradoxo entre o Uso da Internet e o Desenvolvimento de Negócio no Ambiente Digital

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 111 - 2017  
jul./ago./set.

# 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](http://www.tjrj.jus.br)

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

[revistadireito@tjrj.jus.br](mailto: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<sup>a</sup>. NILZA BITAR  
 Des<sup>a</sup>. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR  
 Des<sup>a</sup>. 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<sup>a</sup>. ELISABETE FILIZZOLA ASSUNÇÃO  
 Des. CELSO FERREIRA FILHO  
 Des. JOSÉ CARLOS MALDONADO DE CARVALHO  
 Des<sup>a</sup>. HELDA LIMA MEIRELES  
 Des. ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO AMADO  
 Des. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA  
 Des. CAMILO RIBEIRO RULIÈRE  
 Des. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES  
 Des. GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO  
 Des<sup>a</sup>. TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES  
 Des. CLÁUDIO BRANDÃO DE OLIVEIRA

**CONSELHO DA MAGISTRATURA**

Des. MILTON FERNANDES DE SOUZA  
 Des. CLÁUDIO DE MELLO TAVARES  
 Des<sup>a</sup>. ELISABETE FILIZZOLA ASSUNÇÃO  
 Des. CELSO FERREIRA FILHO  
 Des<sup>a</sup>. MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO  
 Des<sup>a</sup>. SUIMEI MEIRA CAVALIERI  
 Des<sup>a</sup>. DENISE VACCARI MACHADO PAES

Des<sup>a</sup>. MARIA HELENA PINTO MACHADO  
 Des<sup>a</sup>. DENISE NICOLL SIMÕES  
 Des. LUIZ FERNANDO DE ANDRADE PINTO

**COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO**

Des<sup>a</sup>. MÁRCIA FERREIRA ALVARENGA  
 Des<sup>a</sup>. 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<sup>a</sup>. MARIA ISABEL PAES GONÇALVES  
 Des. LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES FILHO

**3ª CÂMARA CÍVEL**

Des<sup>a</sup>. HELDA LIMA MEIRELES  
Des. FERNANDO FOCH DE LEMOS  
ARIGONY SILVA  
Des. MÁRIO ASSIS GONÇALVES  
Des<sup>a</sup>. 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<sup>a</sup>. MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA  
COSTA  
Des<sup>a</sup>. MARIA HELENA PINTO MACHADO  
MARTINS

**5ª CÂMARA CÍVEL**

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

**6ª CÂMARA CÍVEL**

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

**7ª CÂMARA CÍVEL**

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

**8ª CÂMARA CÍVEL**

Des. ADRIANO CELSO GUIMARÃES  
Des<sup>a</sup>. MÔNICA MARIA COSTA DI PIERO  
Des<sup>a</sup>. 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<sup>a</sup>. 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<sup>a</sup>. 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<sup>a</sup>. SIRLEY ABREU BIONDI

Des. GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO

Des. MAURO PEREIRA MARTINS

#### 14<sup>a</sup> CÂMARA CÍVEL

Des. JOSÉ CARLOS PAES

Des. CLÉBER GHELFFENSTEIN

Des. GILBERTO CAMPISTA GUARINO

Des. PLÍNIO PINTO COELHO FILHO

Des. FRANCISCO DE ASSIS PESSANHA FILHO

#### 15<sup>a</sup> CÂMARA CÍVEL

Des. RICARDO RODRIGUES CARDOZO

Des. HORÁCIO DOS SANTOS RIBEIRO NETO

Des<sup>a</sup>. JACQUELINE LIMA MONTENEGRO

Des<sup>a</sup>. MARIA REGINA FONSECA NOVA ALVES

Des. GILBERTO CLÓVIS FARIAS MATOS

#### 16<sup>a</sup> 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

#### 17<sup>a</sup> CÂMARA CÍVEL

Des. EDSON AGUIAR DE VASCONCELOS

Des. ELTON MARTINEZ CARVALHO LEME

Des. WAGNER CINELLI DE PAULA FREITAS

Des<sup>a</sup>. MÁRCIA FERREIRA ALVARENGA

Des<sup>a</sup>. FLÁVIA ROMANO DE REZENDE

#### 18<sup>a</sup> 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<sup>a</sup>. MARGARET DE OLIVAES VALLE DOS  
SANTOS

#### 19<sup>a</sup> CÂMARA CÍVEL

Des. FERDINALDO NASCIMENTO

Des. GUARACI DE CAMPOS VIANNA

Des<sup>a</sup>. VALÉRIA DACHEUX NASCIMENTO

Des. JUAREZ FERNANDES FOLHES

Des. LÚCIO DURANTE

#### 20<sup>a</sup> CÂMARA CÍVEL

Des<sup>a</sup>. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR

Des<sup>a</sup>. CONCEIÇÃO APARECIDA MOUSNIER  
T. GUIMARÃES PENA

Des<sup>a</sup>. MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA

Des<sup>a</sup>. MÔNICA DE FARIA SARDAS

Des. ALCIDES DA FONSECA NETO

#### 21<sup>a</sup> CÂMARA CÍVEL

Des<sup>a</sup>. DENISE LEVY TREDLER

Des. PEDRO FREIRE RAGUENET

Des. ANDRÉ EMÍLIO RIBEIRO VON  
MELENTOVYTCH

Des<sup>a</sup>. REGINA LÚCIA PASSOS

Des<sup>a</sup>. MÔNICA FELDMAN DE MATTOS

#### 22<sup>a</sup> CÂMARA CÍVEL

Des<sup>a</sup>. ODETE KNAACK DE SOUZA

Des. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA

Des. ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA

Des. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA  
SILVA

Des. MARCELO LIMA BUHATEM

#### 23<sup>a</sup> CÂMARA CÍVEL

Des<sup>a</sup>. 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<sup>a</sup>. NILZA BITAR  
 Des<sup>a</sup>. GEÓRGIA DE CARVALHO LIMA  
 Des<sup>a</sup>. ANDRÉA FORTUNA TEIXEIRA  
 Des<sup>a</sup>. CÍNTIA SANTARÉM CARDINALI  
 Des. LUIZ ROBERTO AYOUB

**25ª CÂMARA CÍVEL**

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

**26ª CÂMARA CÍVEL**

Des<sup>a</sup>. ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA  
 Des<sup>a</sup>. SANDRA SANTARÉM CARDINALI  
 Des<sup>a</sup>. 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<sup>a</sup>. LUCIA HELENA PASSO  
 Des<sup>a</sup>. TEREZA CRISTINA SOBRAL  
 BITENCOURT SAMPAIO  
 Des<sup>a</sup>. MARIA LUIZA DE FREITAS  
 CARVALHO

**SEÇÃO CÍVEL****SEÇÃO CÍVEL COMUM**

Des. SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA  
 FERNANDES  
 Des. ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO

**FREITAS CÂMARA**

Des. MÁRIO ASSIS GONÇALVES  
 Des<sup>a</sup>. MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA  
 COSTA  
 Des. HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE  
 FIGUEIRA  
 Des<sup>a</sup>. TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES  
 Des. RICARDO COUTO DE CASTRO  
 Des<sup>a</sup>. MÔNICA MARIA COSTA DI PIERO  
 Des. LUIZ FELIPE MIRANDA DE  
 MEDEIROS FRANCISCO  
 Des. JOSÉ CARLOS VARANDA DOS SANTOS  
 Des. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS  
 Des. JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI  
 Des. AGOSTINHO TEIXEIRA DE ALMEIDA  
 FILHO  
 Des. CLÉBER GHELFFENSTEIN  
 Des. GILBERTO CLÓVIS FARIAS MATOS  
 Des. EDUARDO GUSMÃO ALVES DE BRITO  
 NETO  
 Des. ELTON MARTINEZ CARVALHO LEME  
 Des. CLÁUDIO LUIZ BRAGA DELL'ORTO  
 Des. GUARACI DE CAMPOS VIANNA  
 Des<sup>a</sup>. MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA  
 Des. PEDRO FREIRE RAGUENET  
 Des. ROGÉRIO OLIVEIRA SOUZA

**SEÇÃO CÍVEL DO CONSUMIDOR**

Des<sup>a</sup>. SÔNIA DE FÁTIMA DIAS  
 Des. MURILO ANDRÉ KIELING CARDONA  
 PEREIRA  
 Des<sup>a</sup>. REGINA LÚCIA PASSOS  
 Des. LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES  
 FILHO  
 Des<sup>a</sup>. LEILA MARIA RODRIGUES PINTO DE  
 CARVALHO E ALBUQUERQUE  
 Des. WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO  
 Des<sup>a</sup>. ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA  
 Des<sup>a</sup>. NATACHA NASCIMENTO GOMES  
 TOSTES GONÇALVES DE OLIVEIRA  
 Des. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES  
 Des<sup>a</sup>. TEREZA CRISTINA SOBRAL  
 BITENCOURT SAMPAIO

**CÂMARAS CRIMINAIS****1ª CÂMARA CRIMINAL**

Des. LUIZ ZVEITER  
 Des. MARCUS HENRIQUE PINTO BASÍLIO  
 Des. ANTÔNIO JAYME BOENTE  
 Des.<sup>a</sup> KATYA MARIA DE PAULA MENEZES  
 MONNERAT  
 Des.<sup>a</sup> MARIA SANDRA ROCHA KAYAT  
 DIREITO

**2ª CÂMARA CRIMINAL**

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

**3ª CÂMARA CRIMINAL**

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

**4ª CÂMARA CRIMINAL**

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

**5ª CÂMARA CRIMINAL**

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

Des.<sup>a</sup> DENISE VACCARI MACHADO PAES  
 Des. LUCIANO SILVA BARRETO  
 Des. MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA  
 SILVA FERREIRA

**6ª CÂMARA CRIMINAL**

Des. NILDSO ARAÚJO DA CRUZ  
 Des.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> SUELY LOPES MAGALHÃES  
 Des. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA  
 Des.<sup>a</sup> ELIZABETE ALVES DE AGUIAR  
 Des. CLÁUDIO TAVARES DE OLIVEIRA  
 JÚNIOR  
 Des.<sup>a</sup> 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 25 de setembro de 2017)

## SUMÁRIO

### • **DOCTRINA**

Poderes, Deveres e Responsabilidade do Juiz

LUCIANO SABOIA RINALDI DE CARVALHO..... 13

Os Juizados Especiais Cíveis e a Necessária Flexibilização do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica

ALEXANDRE CHINI E RODOLFO KRONENBERG HARTMANN ..... 19

Aspectos Jurídicos do Serviço de Acolhimento em Instituições de Longa Permanência para Idosos

LUIZ CLÁUDIO CARVALHO DE ALMEIDA ..... 27

A Judicialização das Políticas Públicas para a População Idosa: a Experiência da Central Judicial do Idoso

PAULA REGINA DE OLIVEIRA RIBEIRO..... 36

Proibição de Voto

JORGE LOBO ..... 53

Novidades Sobre a Violação de Correspondência Corporativa

MÁRIO PAIVA..... 55

Desperdício Tecnológico no Brasil: O Paradoxo entre o uso da Internet e o Desenvolvimento de Negócio no Ambiente Digital

ALLEN DOS SANTOS PINTO DA SILVA FILHO..... 58

• **JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** ..... 69

• **JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA – O DIREITO E A PROTEÇÃO AOS IDOSOS**..... 91

• **JURISPRUDÊNCIA CÍVEL** ..... 223

• **JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL** ..... 315

• **ÍNDICE DE DOCTRINAS E ACÓRDÃOS POR ASSUNTO**..... 337

- **ÍNDICE DE ACÓRDÃOS POR RELATOR** ..... 351
- **ÍNDICE DE ACÓRDÃOS POR ORDEM NUMÉRICA**..... 355

# **DOCTRINA**



## PODERES, DEVERES E RESPONSABILIDADE DO JUIZ

LUCIANO SABOIA RINALDI DE CARVALHO  
Desembargador do TJRJ

Os artigos 139 a 143 estão inseridos no capítulo do CPC-15 relacionado aos poderes, deveres e responsabilidade do magistrado na direção dos processos sob sua responsabilidade. Cumpre esclarecer, por indispensável, que há deveres não mencionados nesta parte do CPC-15, como aqueles indicados no artigo 35 da Lei Orgânica da Magistratura, por exemplo o dever de cumprir as leis, não exceder prazos para julgar, de urbanidade, manter conduta irrepreensível na vida pública e particular, dentre tantos outros. Neste estudo, concentrarei a análise apenas nos dispositivos legais acima indicados.

No CPC-73, o artigo 125 atribuía ao juiz o dever de “assegurar às partes igualdade de tratamento, velar pela rápida solução do litígio, prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça e tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”. Tais hipóteses foram, com alguns ajustes redacionais, mantidas pelo CPC-15 em seu artigo 139, abaixo reproduzido:

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.

**“É intuitivo reconhecer que o juiz – a despeito do dever de cooperação (art. 6º) – tem a função de dirigir o processo, como verdadeiro gestor, encarregado de conduzi-lo com higidez até a solução final, em tempo razoável, preferencialmente por decisão de mérito.”**

Constata-se, pela leitura do dispositivo, que houve ampliação nos poderes do juiz no que se refere à efetividade da sua atuação, como indicam os incisos IV, VI, IX e X.

Analiso, primeiramente, o que consta no *caput* do artigo 139. É intuitivo reconhecer que o juiz - a despeito do dever de cooperação (art. 6º) - tem a função de dirigir o processo, como verdadeiro gestor, encarregado de conduzi-lo com higidez até a solução final, em tempo razoável, preferencialmente por decisão de mérito. Porém, isso não significa a existência de hierarquia do magistrado em relação aos demais sujeitos do processo. A lei apenas confere ao juiz o papel de condutor do processo, mais comprometido e engajado com o resultado do processo (pelo ângulo da sua eficácia), o que não fere o dever de imparcialidade.

Nessa linha, FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI<sup>1</sup> comenta o artigo 139:

O dispositivo, ao indicar que compete ao juiz dirigir o processo, mantém a regra do art. 125 do CPC/1973, no sentido de que o magistrado é o presidente do processo. Algo absolutamente natural, vez que, apesar da mitigação do publicismo processual por alguns dispositivos (v.g., art. 190), o processo ainda permanece como instrumento estatal, público, de solução de conflitos. A presidência do processo pelo juiz, contudo, não o torna a figura central do processo, tampouco lhe dá ascendência hierárquica sobre advogados, defensores, membros do MP ou partes. Mas também não significa - como impropriamente apontam alguns - que há igualdade entre eles. Há simetria na condução do processo, mas não no momento das decisões. Na medida em que o princípio da cooperação passa a ser expressamente adotado no ordenamento jurídico processual brasileiro, expande-se o papel presidencial (diretivo) do juiz. Antes (art. 125 do CPC/1973), exclusivamente no controle da relação processual e na tomada de decisões. Agora, como órgão colaborativo, cooperador, a trabalhar em conjunto com as partes para que se alcance o melhor resultado. Bom exemplo do que se imagina um modelo cooperativista (ou participativo) de processo civil é encontrado no

<sup>1</sup> GAAJRDONI, Fernando da Fonseca. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil** / coordenação Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. - 2ª ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 256.

saneamento compartilhado, previsto no art. 357 e §§ do CPC/2015.

A propósito, FABIANO CARVALHO<sup>2</sup> acentua que “a direção do processo deve ser exercida pelo juiz porque ele é o sujeito imparcial - e não desinteressado! - no processo a quem o ordenamento jurídico confia o exercício da função jurisdicional”.

**“(...) o CPC-2015 mostra, com indisfarçável nitidez, um de seus objetivos mais relevantes: dar verdadeira efetividade às decisões judiciais(...).”**

Inegavelmente, o inciso IV apresenta a alteração mais significativa, quando autoriza o juiz a “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”. Ao assim proceder, o CPC-15 mostra, com indisfarçável nitidez, um de seus objetivos mais relevantes: dar verdadeira efetividade às decisões judiciais.

Assim, com o advento da nova regra, o juiz está autorizado a adotar todas as providências que considerar adequadas - sem descuidar da observância aos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade - para efetivação da sua decisão.

Ademais, importa dizer que a adoção dessas medidas consideradas atípicas não é subsidiária em relação às típicas, notadamente quando verificado que a medida típica (ex.: multa por descumprimento) se mostrar inservível ao fim pretendido, quando se está diante, v.g., de devedor contumaz sem patrimônio registrado em seu nome. Nada obstante, quando a ciência do devedor não causar risco à efetivação da decisão judicial, deverá ser exercido o contraditório prévio, oportunizando o cumprimento espontâneo. Aliás, como determina o inciso IV do artigo 77, que impõe às partes o dever de “cumprir com exatidão as decisões judiciais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação”.

Nessa quadra, CASSIO SCARPINELLA BUENO<sup>3</sup> assevera que o poder descrito no inciso IV é “verdadeiro ‘dever-poder geral executivo ou de efetivação’ e cláusula genérica de atipicidade dos meios executivos”.

Naturalmente, esse poder-dever de efetivação não pode representar uma espécie de “salvo conduto jurisdicional” para justificar medidas absurdas, arbitrárias e desproporcionais, como, por exemplo, a suspensão do direito de dirigir para quem exerce profissão de motorista profissional. O juiz deve ser criterioso e cauteloso na adoção de tais medidas e, ao fazê-lo, tem a obrigação de fundamentar sua decisão adequadamente. Mesmo porque, como ensina a sabedoria popular, “a diferença entre o remédio e o veneno é a dose”.

2 TUCCI, José Rogério Cruz e ... [et. al]. **Código de Processo Civil Anotado**; 1ª. ed. - Rio de Janeiro; LMJ Mundo Jurídico, 2016, p.211.

3 BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**; 2ª. ed. rev., atual., e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 169.

Cabe enfatizar que a medida coercitiva se difere da medida indutiva na medida em que a primeira tem por objetivo impor uma penalidade ao devedor em caso de descumprimento, enquanto que, sob segunda, o devedor receberá um benefício caso cumpra a ordem. É o que se depreende do acórdão colacionado abaixo, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>4</sup>:

DIREITO PROCESSUAL PÚBLICO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MAJORAÇÃO DA MULTA. INADEQUAÇÃO. TÉRMINO DO PRAZO. INOCORRÊNCIA. Direito processual coletivo. Direito processual público. Multa fixada originariamente para o caso de descumprimento de obrigação de fazer em certo prazo. Decisão posterior que, antes do término do prazo assinado ao devedor para o cumprimento da obrigação, amplia o valor da multa. Fundamentação da decisão agravada que indica claramente que a ampliação da multa foi determinada com a finalidade de induzir o cumprimento da obrigação. Diferença entre medidas coercitivas e indutivas. Art. 139, IV, do CPC. Enquanto medidas coercitivas impõem consequências negativas para o descumprimento da decisão, as medidas indutivas estabelecem consequências positivas, de natureza premial, para o caso de cumprimento. Fundamentação da decisão que demonstra a inadequação do aumento da multa, ainda mais quando se considera que naquele momento o prazo para cumprimento ainda estava em curso. Provimento do recurso para restaurar o valor original da multa, sem que isto impeça a verificação de motivo superveniente que justifique a fixação de novos meios, coercitivos, indutivos, mandamentais ou sub-rogatórios para assegurar o cumprimento da decisão.

O artigo 139, VI, trouxe outra inovação ao atribuir ao juiz o poder de dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito para dar maior efetividade à tutela do direito. Fora das duas hipóteses elencadas no inciso VI, outras adaptações somente serão permitidas na forma do artigo 190, a partir da iniciativa das partes em causas que admitam autocomposição<sup>5</sup>. Perceba-se, ainda, a ressalva específica constante no parágrafo único, que autoriza a dilação de prazos somente antes de encerrado o prazo regular.

Porém, não se deve incorrer no equívoco de confundir a dilação de prazo, tratada no inciso VI do artigo 139, com a devolução do prazo prevista no artigo 223 do código<sup>6</sup>, quando a parte

---

4 0065037-13.2016.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Desembargador ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA - Julgamento: 19/04/2017 - Segunda Câmara Cível do TJ/RJ.

5 “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

6 “Art. 223. Decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial, ficando assegurado, porém, à parte provar que não o realizou por justa causa. § 1º. Considera-se justa causa o evento alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou

deverá demonstrar (provar) que não praticou o ato processual por motivo de justa causa.

É positiva a possibilidade de flexibilização do procedimento mediante a alteração da ordem de produção dos meios de prova, com vistas a conferir maior efetividade à tutela do direito, mormente considerando que o juiz, destinatário direto das provas, pode determinar sua realização de ofício (art. 370). A formação do convencimento do julgador passa pela apreciação da prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido (art. 371). Logo, é absolutamente coerente permitir a alteração da ordem de produção dos meios de prova por aquele que, justamente, as analisará por ocasião do julgamento.

Por sua vez, o inciso VII trata do poder de polícia do juiz, mas que deve ser compreendido do ponto de vista processual, no sentido de fiscalização acerca da regularidade do processo. A parte final faz referência à solicitação de força policial para, quando necessário, assegurar a regular atividade jurisdicional, bem como a segurança interna dos fóruns e tribunais.

O inciso VIII atribui ao magistrado o poder de convocar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes para melhor esclarecimento dos fatos da causa, sem incidência da pena de confissão. A medida é pertinente como forma de reafirmar o princípio da cooperação, quando a parte será convocada, mesmo por ato de ofício, para prestar melhores esclarecimentos sobre os fatos da causa, propiciando-se, assim, uma decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º). Acrescente-se, nessa linha, que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (art. 378).

A premissa de saneamento permanente, inclusive em grau recursal, está contemplada no inciso IX, que atribui ao magistrado o dever, e não a faculdade, de “determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais”, sempre que isso for possível. No mesmo sentido, cito os seguintes casos: emenda da petição inicial (art. 321), irregularidades após as alegações do réu (art. 352), juízo de admissibilidade recursal (art. 932, parágrafo único), preenchimento errôneo de guias de custas (art. 1.007, § 7º) e instrução deficiente do agravo de instrumento (1.017, § 3º).

Com vistas a racionalizar a prestação jurisdicional nas hipóteses de demandas seriais, repetitivas, deverá o juiz oficiar ao Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, aos legitimados referidos na Lei nº 7.347/85 (art. 5º) e Lei nº 8.078/90 (art. 82) para promoverem eventual ação coletiva.

Por seu turno, o artigo 140 aprimorou a redação do antigo artigo 126, sem, contudo, alterar seu significado, ao estabelecer que o juiz, uma vez provocado, tem obrigação de decidir a demanda que lhe foi submetida, inclusive em caso de lacuna ou obscuridade no direito positivo. Mesmo porque, conforme consagrado no brocardo romano, *da mihi factum, dabo tibi ius* (dá-me os fatos e te direi o direito). Nada obstante, o parágrafo único excepciona o julgamento por equidade apenas aos casos expressamente autorizados na legislação, previsão essa que obriga o juiz a decidir os

---

por mandatário.

§ 2º. Verificada a justa causa, o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar.

litígios com base no princípio da legalidade, e não a partir de seus próprios conceitos subjetivos de justiça. O julgamento por equidade é permitido, por exemplo, na hipótese do artigo 723, parágrafo único, ao enunciar que, nos procedimentos de jurisdição voluntária, “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 princípio da correlação ou da congruência está albergado no artigo 141, em que se lê: “o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”. Logo, é imperativo que a sentença fique adstrita ao pedido formulado, sob pena de incorrer em nulidade em razão de julgamento *citra/infra petita, ultra petita ou extra petita* (respectivamente, aquém, além e fora do pedido). Afora as questões de ordem pública, que podem ser conhecidas de ofício, aquelas associadas ao mérito dependem de requerimento da parte.

O artigo 142 repete a regra prevista no revogado artigo 129, aperfeiçoando o texto legal ao substituir “sentença” por “decisão”, definição mais abrangente por compreender também as interlocutórias e acórdãos. Assim, identificando que as partes se serviram do processo, em conluio, para praticar ato simulado ou vedado por lei, cabe o juiz proferir decisão que impeça tais objetivos espúrios, aplicando as penalidades legais, inclusive revogando eventual benefício da gratuidade de justiça<sup>7</sup>. Os atos simulados ou fraudulentos serão considerados nulos, na forma da lei civil (CC, arts. 166, III, VI, e 167).

O artigo 143 regula a responsabilização civil e regressiva do juiz por perdas e danos quando, (i) no exercício das suas funções, atuar com dolo ou fraude; ou (ii) recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento das partes. Esse dispositivo praticamente repete o artigo 133 do CPC-73, acrescentando o termo “*regressivamente*”. Aqui, é vital a presença da intenção deliberada e consciente de praticar o ilícito, com dolo. Nessa situação, a responsabilidade civil do juiz não se confunde com a responsabilidade civil do Estado, estampada no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Por outro lado, na hipótese do inciso II, demonstrada a ocorrência de culpa, a ação de perdas e danos deverá ser direcionada ao Estado.

Em conclusão, as alterações na lei processual civil acerca dos poderes, dever e responsabilidade do magistrado representam inegável avanço em relação ao código revogado, especialmente quanto à prerrogativa de 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, por guardar estreita sintonia com o princípio da efetividade, anseio maior da atividade jurisdicional.

---

<sup>7</sup> Ver capítulo anterior sobre o tema.

## OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E A NECESSÁRIA FLEXIBILIZAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

ALEXANDRE CHINI<sup>1</sup>

Juiz de Direito

RODOLFO KRONENBERG HARTMANN<sup>2</sup>

Juiz Federal

Em 18 de março de 2016, o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/16) entrou em vigor já com algumas alterações promovidas por outro ato normativo (Lei nº 13.256/16). Obviamente, diversos questionamentos já vinham sendo apresentados antes mesmo de sua vigência, fomentando certa insegurança entre os operadores do Direito, o que, de certa forma, era até de se esperar, diante das inúmeras alterações.

Com relação aos Juizados Especiais, o novo CPC fez referência expressa ao Sistema dos Juizados nos artigos 985, I, 1.062, 1.063, 1.064, 1.065. Como parte do estudo da nova sistemática, aduziremos análise sobre o incidente de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica e os meios dos quais o magistrado pode lançar mão para flexibilizar o procedimento.

Pois bem, o art. 1.062 do CPC prevê uma nova modalidade de intervenção de terceiro<sup>3</sup>, o

---

1 Pós-graduado em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF (1993). Professor Universitário da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Salgado de Oliveira. Membro do Fórum Permanente de História do Direito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Coordenador das Turmas Recursais Cíveis, Criminais e Fazendárias do Estado do Rio de Janeiro.

2 Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF-RJ. Membro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro fundador do ICPC – Instituto Carioca de Processo Civil. Autor do **Curso Completo do Novo Processo Civil** (4ª Ed.) e do **Novo Código de Processo Civil Comparado e Anotado** (2ª ed., 3ª tir.). Coautor do livro **Petições & Prática Cível** (1ª ed., 3ª tir.). Professor parceiro no aplicativo “Questão de Ordem” (iOS e Android).

3 Sobre a possibilidade da intervenção do *Amicus Curiae* nos Juizados Especiais Cíveis, confira a decisão proferida pelo eminente Desembargador JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO, presidente da Comissão judiciária de Articulação dos Juizados Especiais, no Incidente de Uniformização de Jurisprudência, convalidada em Consulta, Processo nº 0200248-18.2016.8.19.0001: “A Seccional da Ordem dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro é juridicamente interessada para intervir no processo, não só pela relevância da matéria discutida, bem como pela especificidade do tema objeto da controvérsia, mas, sobretudo, diante da repercussão social que envolve o Enunciado 2.2.5 do Aviso Conjunto TJ/COJES nº 15/2016. Pois bem, o *Amicus Curiae*, como modalidade de intervenção de terceiros seria vedado pela Lei nº 9.099/95 que, em seu art. 10, não admite qualquer forma de intervenção de terceiros nem de assistência. Ocorre que o *Amicus Curiae*, no âmbito dos Juizados Especiais, deve ser admitido como exceção ou mitigação ao art. 10 da Lei nº 9.099/95, tão-somente nas hipóteses de Uniformização de Jurisprudência, de forma a possibilitar o contraditório influente na tomada de decisão que deve ser construída em conjunto. Dessa forma, a decisão debatida e construída em conjunto é dotada de legitimação perante a sociedade. (MARINONI, ARENHART E MITI-

incidente de desconsideração da personalidade jurídica, que será aplicado nos juizados, não obstante a existência de restrição específica prevista em lei (art. 10, Lei nº 9.099/95). A desconsideração da personalidade jurídica já vinha sendo realizada nos juizados<sup>4</sup>, em que pese a ausência de regulamentação da forma procedimental para tanto. Contudo, com o advento do novo CPC, foi criado um modelo a ser seguido (art. 133 - art. 137), incluído dentro do rol de modalidades de intervenção de terceiros.

Assim, foi necessária a criação de outra regra (art. 1.062, do CPC) para justificar a incidência da intervenção de terceiros nos juizados, apesar da vedação expressa (art. 10, Lei nº 9.099/95). Quanto a este aspecto, não se vislumbra empecilhos sérios para que a desconsideração aqui seja deferida. O problema, em realidade, reside na observância do novo processamento estatuído.

Com efeito, não tendo sido requerida a desconsideração na petição inicial, será, então, formado um “apenso”, com suspensão da demanda primitiva, para que seja viabilizada a citação do sócio a fim de que apresente defesa quanto a este tema. Após, haverá dilação probatória se for o caso e, enfim, será proferida decisão interlocutória (quando se tratar de desconsideração realizada perante órgão de primeira instância), caso em que será possível o recurso de agravo de instrumento (art. 1.015, inc. IV, do CPC).

Observa-se, dessa forma, certos empecilhos práticos para a adoção desta maneira de proceder em sede de juizados. Primeiro, porque o contraditório prévio, a dilação probatória para a solução do incidente, bem como a suspensão da demanda originária irão conspirar contra os critérios norteadores desta via (art. 2º, Lei nº 9.099/95). E, segundo, é que não há possibilidade de emprego

---

DIERO, 2015). Portanto, apesar de o Novo Código de Processo Civil não prever textualmente, como fez na hipótese do art. 1.062 do CPC, a intervenção do *Amicus Curiae* no microsistema dos Juizados Especiais, é de suma importância para a legitimação das decisões socialmente relevantes, sua intervenção. Por outro lado, imperioso destacar que a intervenção do *Amicus Curiae* é uma exceção à regra do art. 10 da Lei nº 9.099/95, uma vez que a finalidade dos Juizados Especiais é a busca da decisão mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum (art. 6º) de maneira célere e simples. Contudo, não seria possível a intervenção do *Amicus Curiae* nos processos pendentes de julgamento nos Juizados ou nas Turmas Recursais, porém a Lei nº 10.259/01, que dispõe sobre os Juizados Especiais Federais, em seu art. 14, § 7º, possibilita, como exceção à regra do art. 10 da Lei nº 9.099/95, a intervenção do *Amicus Curiae*. A técnica da analogia, definida no art. 4º da LINDB, deve ser aplicada para suprir a lacuna existente na Lei nº 9.099/95 sobre a intervenção objeto do presente requerimento. Logo, o art. 14, § 7º da Lei nº 10.259/2001 permite, de um ponto de vista sistemático, que a requerente atue como Amigo da Corte, nos Juizados Especiais, somente nas hipóteses de Uniformização de Jurisprudência”.

4 (...) “por exemplo, na regra genérica do art. 50 do CC, no art. 28 do Código do Consumidor, no art. 4ª da Lei nº 9.605/1998 em relação ao ressarcimento por danos ao meio ambiente, no art. 34 da Lei nº 12.259/2011 em relação às infrações à ordem econômica ou, ainda, no art. 14 da Lei nº 12.846/2013 em relação à prática de atos ilícitos. Até mesmo a ocorrência de hipóteses como a do art. 2º, § 2º, da CLT ou a dos arts. 134 e 135 do CTN merece ser constatada pelo incidente aqui analisado”. (BUENA, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 184.)

do agravo de instrumento perante as Turmas Recursais.

Pensamos que, em tais casos, não deverá ser observado o procedimento estabelecido na nova legislação (art. 133 - art. 137, do CPC), por ser a mesma absolutamente incompatível com seus princípios inspiradores. Assim, a descon sideração da personalidade jurídica deverá ser reconhecida nos próprios autos, sem que haja a suspensão da análise de qualquer tema.

Sem embargos, conforme o § 4º do art. 795 do CPC<sup>5</sup>, para a descon sideração da personalidade jurídica, é obrigatória a observância do incidente processual. Entretanto, tal disposição legal não é absoluta, pois a lei dispensa a instauração do referido incidente quando a descon sideração for requerida na petição inicial, devendo ser citado o sócio ou a pessoa jurídica (§ 2º, art. 134 do CPC) para, nos termos do art. 135 do CPC, se manifestar, no prazo de 15 dias.

Discorrendo sobre o tema, ELPÍDIO DONIZETTI<sup>6</sup> afirma que:

a aplicação ou não de determinada regra ou princípio constante no novo CPC aos juizados especiais vai depender do confronto das respectivas normas. A principiologia dos juizados guarda relação com as fontes materiais – no caso, as razões históricas – que determinaram a sua criação. Dessa forma, ainda que uma regra do Código prescreva que este ou aquele instituto aplica-se aos juizados especiais. Em se verificando que esse instituto vai de encontro a tal conjunto de princípios, a aplicação da regra deve ser afastada.

O mesmo autor afirma<sup>7</sup>:

Fato é que o procedimento engendrado pelo novo Código para a descon sideração da personalidade jurídica, que prevê, entre outros atos, a citação dos sócios e a suspensão do processo<sup>8</sup>, tornou-se garantista, porém mais formalizado e moroso do que o procedimento admitido pela jurisprudência. Resta saber se, no âmbito dos juizados especiais, esse procedimento, que exaure o contraditório antes do deferimento da constrição, vai se sobrepor ao procedimento informal e célere até então adotado.

(...) Mas será que a regra pode afastar os princípios que norteiam os juizados especiais? Princípios como a informalidade, a simplicidade e a cele-

---

5 “O instituto tem como objetivo viabilizar o que a prática forense consagrou com o nome de “redirecionamento da execução”, ou, de forma mais precisa, criar condições para que, ao longo do processo (de forma incidental, portanto, daí o nome ‘incidente’), sejam apuradas as razões pelas quais o direito material autoriza a responsabilização de pessoas naturais por atos praticados por pessoas jurídicas, sujeitando, assim, os bens do sócio aos atos executivos, na forma do inciso VII do art. 790. De acordo com o § 4º do art. 795, ‘para a descon sideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código’”. BUENA, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 184.

6 Coleção repercussões do novo CPC, Coordenador geral, Fredie Didier Jr., Ed. JusPodium, p. 89, 2015.

7 Obra citada, pp. 92/93.

8 Excepciona-se a regra de suspensão do processo quando o pedido de descon sideração for formulado na petição inicial (art. 134, § 3º).

ridade, que foram extraídos das históricas “cortes dos homens pobres” e que por isso mesmo, na medida do possível, devem reequilibrar o fiel da balança, de modo a conferir mais garantia aos hipossuficientes, podem ser afastados em homenagem ao contraditório prévio?

No conflito entre princípios, como um não pode ser excluído em detrimento de outro, deve-se proceder à ponderação dos bens jurídicos envolvidos, aliada ao princípio da proporcionalidade.

**“Desse modo, a desconsideração nos Juizados Especiais deve preservar aquilo que moveu o legislador, ou seja, a comunicação prévia e a possibilidade de defesa pelo requerido, mas sem a suspensão do procedimento ou a instauração de um incidente processual (...).”**

É por isso que qualquer diálogo das fontes deve ser formulado observando os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, não se podendo permitir um monólogo das fontes em detrimento do Sistema estabelecido pela Lei nº 9.099/95, até porque o devido procedimento legal a que faz referência o art. 98, I, da Constituição Federal (oral e sumariíssimo) nada mais é do que um devido procedimento legal simples e simplificado, que atenda à sua finalidade de forma célere e econômica, se possível através da conciliação ou da transação.

Por sua vez, é por isso também que, nas hipóteses de divergências, de natureza processual, entre o Código de Processo Civil e a Lei nº 9.099/95, a autonomia dos Juizados Especiais para regular o seu procedimento deve ser preservada, devendo a interpretação ser realizada à luz dos princípios reitores do Sistema dos Juizados Especiais Cíveis<sup>9</sup>.

9 “AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. COMPLEMENTAÇÃO DO PREPARO RECURSAL NO PROCEDIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. LEI Nº 9.099/95. RESOLUÇÃO Nº 12/2009.

1. O Superior Tribunal de Justiça, desde a decisão do STF nos Edcl no RE 571.572-8/BA, Rel. Min. ELLEN GRACIE, passou a admitir o uso da reclamação para ‘dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a [sua] jurisprudência...’ (art. 1º da Resolução n.º 12/2009, do STJ).

2. A divergência exigida, nos termos do art. 1º da Resolução nº 12, deve ser verificada em face de jurisprudência consolidada do STJ, hábil a proporcionar ao jurisdicionado confiança de que a legislação federal será interpretada e aplicada em um mesmo sentido. Precedente.

3. A expressão ‘jurisprudência consolidada’ abrange apenas temas de direito material, excluindo questões processuais, em face da autonomia dos Juizados Especiais para regular o seu procedimento (art. 14, *caput* e § 4º da LF nº 10.249/01).

4. Necessidade, ainda, que a decisão do Juizado Especial Cível tenha contrariado (a) súmula do STJ, (b) decisão proferida em sede de recursos repetitivos ou (c) jurisprudência consolidada desta Corte.

5. O preparo recursal no âmbito do procedimento dos Juizados Especiais Estaduais (Lei n.º 9.099/95), além de se tratar de questão processual, é regulado por norma especial, não tendo aplicação a jurisprudência desta Corte relativa à regra geral do art. 511, § 2º, do CPC.

6. Interpretação da questão à luz dos princípios reitores do Sistema dos Juizados Especiais Cíveis.

NEGATIVA DE SEGUIMENTO À RECLAMAÇÃO MANTIDA. AGRAVO

REGIMENTAL DESPROVIDO.” (AgRg na Rcl 4312/RJ, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO,

Claro que, com isso, não queremos dizer que os princípios mencionados são os únicos a serem observados: as normas Constitucionais, assim como os princípios da ampla defesa, do devido processo legal, do contraditório, e da fundamentação substancial, dentre outros, são a sustentação do Sistema dos Juizados.

Contudo, por força do art. 98, I, da Constituição Federal, o devido processo legal nos Juizados Especiais é sumaríssimo e oral, e que, em razão disso, o princípio do contraditório e da ampla defesa encontram restrições sistêmicas significativas se comparadas às possibilidades existentes no modelo processual estabelecido pelo CPC. Por exemplo, no Sistema dos Juizados, o número de testemunhas é limitado a três para cada parte<sup>10</sup>, já no CPC/2015, o número de testemunhas arroladas pelas partes é de dez, sendo três para a prova de cada fato<sup>11</sup>. Existe, ainda, restrição à realização de prova pericial complexa, além de o rito ser concentrado<sup>12</sup> e só existir a possibilidade de se utilizar do Recurso Inominado<sup>13</sup> ou dos Embargos de Declaração<sup>14</sup>.

Nesse contexto, os incidentes processuais praticamente não são admitidos, com exceção da arguição de suspeição e impedimento do juiz, que são processados em autos apartados e observado o rito do Código de Processo Civil. Todas as demais matérias de defesa devem ser arguidas na contestação (art. 30 da Lei nº 9.099/95), sendo decididos de plano todos os incidentes que possam interferir no regular prosseguimento do processo.

Mas não é só, o art. 16 da Lei nº 9.099/95 dispensa a distribuição e a autuação do pedido inicial, tudo em atenção à simplicidade e à informalidade do Sistema dos Juizados, sem falar na irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

Assim, se o legislador de 2015 visou instituir mais uma exceção ao disposto nos arts. 10, 16, 29 e 30 da Lei dos Juizados, ao prever a aplicabilidade, ao procedimento sumariíssimo, do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do CPC, cabe ao intérprete buscar meios para que a referida exceção seja compatibilizada com as características do Sistema.

---

DJe de 25/10/2010)

10 Art. 34 da Lei nº 9.099/95. As testemunhas, até o máximo de três para cada parte, comparecerão à audiência de instrução e julgamento levadas pela parte que as tenha arrolado, independentemente de intimação, ou mediante esta, se assim for requerido.

11 Art. 357, § 6º, do novo CPC.

12 “Diante dos princípios da celeridade (art. 2º da Lei nº 9.099/95) e da concentração, que determinam a solução de todos os incidentes no curso da audiência ou na própria sentença (art. 29), a quase totalidade da doutrina sustenta a irrecorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do processo. Como decorrência, tais decisões não transitam em julgado e poderão ser impugnadas no próprio recurso interposto contra a sentença, sendo por isso incabível o agravo de instrumento.” (**Sinopses Jurídicas, Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais e Estaduais**, SANTOS, Marisa Ferreira dos; CHIMENTI, Ricardo Cunha. editora Saraiva, 10ª Edição, 2012, p. 31).

13 Art. 41 da Lei nº 9.099/95. Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado.

14 Art. 48 da Lei nº 9099/95. Caberão embargos de declaração quando, na sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição, omissão ou dúvida.

Desse modo, a descon sideração nos Juizados Especiais deve preservar aquilo que moveu o legislador, ou seja, a comunicação prévia e a possibilidade de defesa pelo requerido, mas sem a suspensão do procedimento ou a instauração de um incidente processual.

O art. 5º da Constituição Federal, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, dispõe, no inciso LV, expressamente que:

aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

É, portanto, garantia de índole constitucional, dotado daquilo que a doutrina chama de eficácia plena, constituindo-se em vetor indicativo da conduta a ser observada tanto pelo legislador quanto pelo juiz ou por quem tenha poderes decisórios, no plano administrativo, público ou privado.<sup>15</sup>

Por isso, tanto a legislação constitucional quanto a infraconstitucional contêm dispositivos destinados a nivelar o contraditório nos casos em que não há essa igualdade substancial<sup>16</sup>.

Assim, se for garantido aos sócios ou diretores (terceiros), nos próprios autos da execução, o exercício do direito de defesa, estará garantido o tratamento isonômico entre as partes, sem a suspensão do processo e a formação do incidente.

No sentido do texto, confira o seguinte julgado:

---

15 Para ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER E CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, o princípio do contraditório “também indica garantia fundamental de justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*. Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo” (**Teoria geral do processo**. 31ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 79). No mesmo sentido, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA sustenta que “o princípio do contraditório constitui uma necessidade inerente ao procedimento, ostentando a natureza de direito inviolável em todos os seus estágios e graus, como condição de paridade entre as partes. Um procedimento em que não se assegure o contraditório não é um procedimento jurisdicional; poderá ser uma sequência de atos, mas não um procedimento jurisdicional, nem mesmo um processo” (**A atendibilidade dos fatos supervenientes no Processo Civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 59). Ainda, no entender de FREDIE DIDIE JR., “o princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder” (**Curso de Direito Processual Civil**. 18ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1, p. 81).

16 Nesse passo, oportuno a lição de LUIZ RODRIGUES WAMBIER: “Em suma, contraditório quer dizer que há, para os envolvidos no processo judicial ou administrativo, direito a dialogar com quem vá decidir, com o objetivo de efetivamente influir na construção do processo mental de tomada da decisão. E esse diálogo compreende também o dever de ciência e o correspondente direito de reação, tanto no que diz respeito ao pedido inicial quanto no que se refere aos atos do procedimento que ocorram em seguida. Além do dever de dar ao réu ciência da existência da ação contra si ajuizada, deve-se dar ciência de todos os atos processuais que se seguirem a todos os envolvidos no processo, *i.e.*, partes, assistentes simples e litisconsorcial, Ministério Público etc., concedendo-lhes a oportunidade de manifestação e de produção de prova e de contraprova”.

“DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. FORMAÇÃO DE INCIDENTE EM APARTADO. INCOMPATIBILIDADE COM O PROCEDIMENTO ESTABELECIDO PELA LEI Nº 9.099/95. CONVERSÃO DA PENHORA EM ARRESTO. POSSIBILIDADE. Os incidentes processuais praticamente não são admitidos no Sistema dos Juizados, com exceção da arguição de suspeição e impedimento do juiz, que são processadas em autos apartados. Todas as demais matérias de defesa devem ser arguidas nos próprios autos, quando não forem dispensadas na forma do art. 16 da Lei nº 9.099/95 (dispensa a distribuição e autuação do pedido inicial), tudo em atenção à simplicidade e informalidade do Sistema dos Juizados. O rito da desconsideração da personalidade jurídica previsto nos art. 133 a 137 do Código de Processo Civil deve ser flexibilizado para compatibilizar-se com os princípios reitores da Lei nº 9.099/95, ou seja, sem a suspensão da execução e sem a instauração de um processo em apartado (incidente), garantindo aos sócios ou diretores (terceiros), nos próprios autos da execução, o exercício do direito de defesa. Penhora que deve ser convertida em arresto (art. 139, IV, c/c art. 301, todos do CPC). Procedência parcial do *writ*”. (Mandado de Segurança nº 0001504-46.2016.8.19.9000, 4ª Turma Recursal Cível do Estado do Rio de Janeiro, julgado em 25 de abril de 2017).

Concluindo, a desconsideração da personalidade jurídica só deve ser deferida - ou não - após a intimação das partes, sem a suspensão do processo ou formação de incidente, facultando ao juízo, o deferimento das medidas necessárias a garantir a efetividade da execução como, p. ex., o deferimento de arresto<sup>17</sup> ou outras tutelas provisórias de urgência cautelares aplicáveis ao caso concreto<sup>18</sup>, assegurado às partes o contraditório e a ampla defesa, sem a necessidade de se violar os princípios reitores do Sistema dos Juizados Especiais Cíveis.

#### **BIBLIOGRAFIA:**

BORRIG ROCHA, Felipe. **Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Teoria e Prática**, 9ª edição, editora Atlas, 2017.

BUENA, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**, 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

---

17 Na forma do art. 139, IV, c/c art. 301, todos do Código de Processo Civil, a penhora deferida em arresto.

18 “é viável, sistematicamente, a concessão de tutela provisória fundamentada em urgência (art. 300) que signifique, por exemplo, a indisponibilidade de bens do citando – inclusive por meio eletrônico (art. 854) – com vistas à satisfação futura do direito a ser reconhecido naquele incidente. “BUENA, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 185).

CHINI, Alexandre; FLEXA, Alexandre. “A Tutela de Urgência em Caráter Antecedente no Sistema dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais”, **Revista Direito em Movimento**, volume 25, página 15, 2016.

DIDIER JR., Fredie, **Curso de Direito Processual Civil**, volume I, 18ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. “A corte dos homens pobres e a principiologia do CPC/2015: O que serve ou não aos juizados especiais? In: **Juizados Especiais**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Coordenadores: Bruno Garcia Redondo, Welder Queiroz dos Santos, Augusto Vinícius Fonseca e Silva, Leandro Carlos Pereira Valladares. Salvador: Juspodivm, out. 2015.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. **Curso Completo do Novo Processo Civil**. 4ª. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHRT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, **Novo Código de Processo Civil Comentado**, 2ª edição. Revistas dos Tribunais.

SABINO, Aldo. **Reflexos do Novo CPC nos Juizados Especiais Cíveis**, volume VI, 2ª edição, Goiânia, outubro de 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert; **Código de Processo Civil Anotado**. Editora GZ, 2016.

## ASPECTOS JURÍDICOS DO SERVIÇO DE ACOLHIMENTO EM INSTITUIÇÕES DE LONGA PERMANÊNCIA PARA IDOSOS

LUIZ CLÁUDIO CARVALHO DE ALMEIDA

Promotor de Justiça titular da Promotoria de Justiça de Proteção ao Idoso e à Pessoa com Deficiência do Núcleo Campos dos Goytacazes  
Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção ao Idoso e à Pessoa com Deficiência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro  
Membro da Associação Nacional do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência – AMPID

### Introdução

Ao mesmo tempo em que o serviço prestado pelas chamadas instituições de longa permanência para idosos é regulado por diversas fontes legais, o que gera uma verdadeira cacofonia normativa, há por outro lado certa carência de estudos jurídicos sobre a natureza de tal serviço.

Assim, pretende o presente texto analisar os contornos normativos do serviço em tela, de modo a delinear os direitos e deveres envolvidos na relação estabelecida entre a instituição, o idoso abrigado e eventuais terceiros envolvidos.

Não se trata de tarefa fácil, dada a carência de referências bibliográficas sobre o tema e em razão da pouca clareza da própria definição do que seria uma instituição de longa permanência para idosos, doravante designada apenas como ILPI.

### Instituições de Longa Permanência para Idosos: O Que São?

Apesar da consagração do termo, a utilização da nomenclatura “instituição de longa permanência para idosos” não encontra previsão nem na Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que dispõe sobre a política nacional do idoso, nem na Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, conhecida como Estatuto do Idoso.<sup>1</sup>

O Estatuto do Idoso, que representa o marco legal no que se refere a direitos da pessoa idosa, faz a opção pelo uso da expressão “entidade de atendimento”.

Contudo, depreende-se do texto legal que o termo entidade de atendimento não se confunde com instituições de longa permanência para idosos. Pelo que se extrai da definição legal, a ILPI seria uma espécie do gênero entidade de atendimento.

---

<sup>1</sup> Apenas ao tratar do contrato de prestação de serviço, no art. 35, o Estatuto do Idoso se vale de um termo aproximado, qual seja “entidade de longa permanência”, mas no capítulo destinado a arrolar os deveres das entidades, bem como sanções pelo descumprimento da norma, o termo adotado é “entidade de atendimento ao idoso”.

Corroborar tal conclusão o teor do art. 49, do Estatuto do Idoso, que faz referência a “entidades que desenvolvam programas de institucionalização de longa permanência”, dando a entender que, *a contrario sensu*, existiriam outras entidades que não desenvolvem programas de institucionalização de longa permanência.

**“Contudo, depreende-se do texto legal que o termo entidade de atendimento não se confunde com instituições de longa permanência para idosos (...)”.**

De fato, ao regulamentar a Lei nº 8.842/94, o Decreto nº 1.948, de 3 de julho de 1996, lança luzes sobre a questão ao classificar os serviços de atendimento à pessoa idosa em dois grupos: a) asilares; e b) não asilares. Nesta última modalidade estariam inseridos o Centro de Convivência, o Centro-Dia e a Casa-Lar, por exemplo (conforme art. 4º, do Decreto nº 1.948/96).

O Decreto nº 1.948/96 define como serviço asilar aquele prestado “em regime de internato, ao idoso sem vínculo familiar ou sem condições de prover à própria subsistência de modo a satisfazer as suas necessidades de moradia, alimentação, saúde e convivência social” (art. 3º).

Apenas em um nível normativo menos denso é que surge a definição de instituição de longa permanência para idosos, eis que o item 3.6 da Resolução – RDC nº 283, de 26 de setembro de 2005, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, consagra o seguinte conceito: “instituições governamentais ou não governamentais, de caráter residencial, destinada a domicílio coletivo de pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, com ou sem suporte familiar, em condição de liberdade e dignidade e cidadania”.

Deve ser acrescido ainda que a Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009, do Conselho Nacional de Assistência Social, arrola o serviço de acolhimento institucional como serviço de proteção social especial de alta complexidade, descrevendo-o na forma que se segue:

Acolhimento para idosos (as) com 60 anos ou mais, de ambos os sexos, independentes e/ou com diversos graus de dependência. A natureza do acolhimento deverá ser provisória e, excepcionalmente, de longa permanência quando esgotadas todas as possibilidades de autossustento e convívio com os familiares. É previsto para idosos(as) que não dispõem de condições para permanecer com a família, com vivência de situações de violência e negligência, em situação de rua e de abandono, com vínculos familiares fragilizados ou rompidos. Idosos(as) com vínculo de parentesco ou afinidade – casais, irmãos, amigos etc. – devem ser atendidos na mesma unidade. Preferencialmente, deve ser ofertado aos casais de idosos o compartilhamento do mesmo quarto. Idosos(as) com deficiência devem ser incluídos(as) nesse serviço, de modo a prevenir práticas segregacionistas e o isolamento desse segmento”.

É importante salientar que, no contexto da assistência social, a institucionalização deve ter um caráter de excepcionalidade e brevidade, uma vez que a diretriz adotada pela política nacional é de manutenção da pessoa idosa na família, conforme determina o art. 4º, inciso III, da Lei nº 8.842/94.

No entanto, o serviço prestado pelas instituições de longa permanência para idosos nem sempre é vinculado ao Sistema Único de Assistência Social, podendo ser prestado livremente pelo mercado sob a forma empresarial.

A despeito dos conceitos apresentados, vale registrar que, no Brasil, a variedade com que o serviço de acolhimento é prestado suscita um debate mais profundo sobre a necessidade de uma regulamentação mais específica para o tema. No curso histórico das inspeções realizadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, já foram observadas diversas formas de organização de instituições de longa permanência para idosos moldadas a partir, sobretudo, do perfil de autonomia e independência do ancião acolhido. Tal observação indica a existência de grande espectro de entidades, ora se assemelhando ao condomínio de casas em que apenas se identifica sua natureza a partir da verificação da idade dos moradores, ora se assemelhando a unidades hospitalares em função do perfil de dependência e da presença de doenças crônicas na população abrigada.<sup>2</sup>

**“Até que se alcance o grau de excelência no atendimento ao idoso nas instituições de longa permanência um longo caminho ainda terá que ser percorrido (...).”**

### Modalidades

O Estatuto do Idoso, em seu art. 48, consagra a classificação das entidades de atendimento em governamentais e não governamentais, sujeitando-as, no entanto, ao mesmo regime de princípios (art. 49) e obrigações (art. 50).

Sendo espécie de entidade de atendimento, mostra-se aplicável à ILPI a mesma classificação.

Permite-se refinar tal classificação subdividindo as entidades não governamentais em: a) entidades com finalidade lucrativa; b) entidades sem finalidade lucrativa.

É importante salientar que se inclui, presentemente, como entidade com finalidade lucrativa aquela cujos atos constitutivos permitem a distribuição do lucro aos sócios. Esta observação é importante, uma vez que o fato de uma ILPI cobrar mensalidade não a torna, somente por tal característica, entidade com finalidade lucrativa, uma vez que é preciso, para que haja tal caracterização, que os valores obtidos como saldo credor sejam destinados em alguma medida aos sócios. Caso tais valores tenham destinação para a própria instituição como parcela de reinvestimento, não se divisará o fim lucrativo.

Outra classificação que pode ser adotada é em relação ao grau de dependência.

---

<sup>2</sup> Contudo, a despeito da ausência de uma forma definida, há balizas suficientes sobre o que uma instituição de longa permanência não pode ser. Nesse sentido, mostra-se altamente relevante o alerta feito por IADYA GAMA MAIO (*in* PINHEIRO, Naide Maria (Coord.). **Estatuto do Idoso Comentado**. Campinas: LZN, 2006, p. 308): “Aqui se reforça a ideia de que o abrigo não pode ser confundido com prisão ou hospital, não devendo ter a destinação de uma entidade que simplesmente ‘dite’ normas de condutas aos idosos, que os enclosure ou se torne o último lugar que restou ao idoso, quando abandonado pela sua família. Pelo contrário, o que se espera é a prestação de serviço de qualidade consciente no oferecimento de um ambiente de respeito à singularidade e à identidade de cada idoso que ali habita”.

Muito embora uma mesma ILPI possa abrigar pessoas com graus de dependência diversos, certo é que tal classificação implicará repercussões jurídicas relevantes em razão da equipe exigida para cada perfil (*vide* item 4.6.1.2, da Resolução RDC nº 283/05).

A Resolução RDC nº 283/05 estabelece, em seu item 3.4, a seguinte classificação:

- a) Grau de Dependência I - idosos independentes, mesmo que requeiram uso de equipamentos de autoajuda;
- b) Grau de Dependência II - idosos com dependência em até três atividades de autocuidado para a vida diária tais como: alimentação, mobilidade, higiene; sem comprometimento cognitivo ou com alteração cognitiva controlada; e
- c) Grau de Dependência III - idosos com dependência que requeiram assistência em todas as atividades de autocuidado para a vida diária e ou com comprometimento cognitivo.

Nesse sentido, dependendo do enfoque que se queira dar à análise, permitir-se-ia a classificação das entidades em razão do grau de dependência dos idosos, cujo perfil esteja adequado às condições técnicas do serviço oferecido.

### O Contrato

O art. 35 do Estatuto do Idoso estabelece que toda entidade de longa permanência, qualquer que seja sua natureza, deve celebrar contrato de prestação de serviço com a pessoa abrigada.

Ressalte-se que mesmo as entidades filantrópicas integrantes do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) que se valham do cofinanciamento autorizado pelo art. 35, § 1º, do Estatuto do Idoso, ou seja, que se utilizem do benefício do idoso no limite legal para custeio das despesas do mesmo, no período de acolhimento, estão sujeitas ao dever de elaborar o contrato com o idoso.

O art. 35, §§ 1º e 2º, da Lei nº 10.741/03, estabelece a possibilidade de as entidades filantrópicas cobrarem do idoso participação no custeio da instituição até o limite máximo de 70% (setenta por cento) do benefício previdenciário ou assistencial do idoso, obedecida a regulamentação feita pelo Conselho Municipal do Idoso ou pelo Conselho Municipal de Assistência Social.

Tal limite, entretanto, não se aplica a entidades empresariais.

É que detalha, com clareza, o escólio de ROBERTO MENDES DE FREITAS JUNIOR (*in* FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e Garantias do Idoso: Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 175)

A limitação não se aplica aos serviços extraordinários não prestados regularmente pela entidade, como, por exemplo, gastos com medicação, fraldas geriátricas, plano de saúde particular do idoso, etc.

O limite de 70% (setenta por cento) tampouco incide sobre as entidades privadas, com fins lucrativos, que podem cobrar normalmente pelos servi-

ços prestados aos idosos, mesmo que o preço exceda à porcentagem citada.

Tratando-se de entidade pública nenhuma cobrança é permitida.

O art. 35 do Estatuto do Idoso encontra-se regulamentado pela Resolução nº 33/17, do Conselho Nacional dos Direitos do Idoso, a qual oferece, inclusive, um contrato modelo como anexo.

O contrato se presta não só a comprovar que o abrigo deu-se com a expressa anuência do idoso, como também para deixar claras as regras que regerão a relação da entidade com a pessoa abrigada, com direitos e deveres para ambas as partes.

Não estando o idoso em condições de compreender o conteúdo do documento, em razão de algum comprometimento de ordem mental que afete sua capacidade civil, faz-se necessária a nomeação prévia de um curador para que o mesmo possa firmar o contrato, conforme previsão do art. 35, § 3º, do Estatuto do Idoso.

Nunca é demais registrar que o instituto da curatela sofreu importantes alterações a partir do advento da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que restringiu o alcance da curatela a atos de natureza patrimonial.

Assim sendo, ainda que o idoso esteja sob o regime de curatela, é imprescindível que se investigue, dentro do possível, sua adesão à ideia de viver em uma instituição de longa permanência, de modo a impedir que o abrigo se transforme, ao revés do que se espera, numa ferramenta de violação de direitos.

### **Princípios e Obrigações**

As entidades de atendimento são regidas pelos princípios insculpidos no art. 49, da Lei nº 10.741/03, quais sejam: I – preservação dos vínculos familiares; II – atendimento personalizado e em pequenos grupos; III – manutenção do idoso na mesma instituição, salvo em caso de força maior; IV – participação do idoso nas atividades comunitárias, de caráter interno e externo; V – observância dos direitos e garantias dos idosos; e VI – preservação da identidade do idoso e oferecimento de ambiente de respeito e dignidade.

Além disso, o Estatuto do Idoso estabelece, em seu art. 50, uma série de obrigações cujo cumprimento é cogente, sob pena de multa ou até mesmo interdição do estabelecimento, *ex vi* do que dispõe o art. 56, do mesmo diploma legal.

Dentre tais obrigações merecem ser destacadas algumas.

Na verdade, as obrigações arroladas no art. 50 do Estatuto do Idoso nada mais são do que desdobramentos dos princípios acima descritos e que encontram previsão no art. 49 do mesmo diploma legal.

Para tal conclusão basta comparar, por exemplo, o princípio descrito no inciso II do art. 49

com a obrigação prevista no inciso V do art. 50 do Estatuto do Idoso. É perceptível a identidade dos preceitos, cujo texto é praticamente igual.

Em linhas gerais, as obrigações que incidem sobre as instituições de longa permanência exigem de tais entidades a realização permanente de ações que zelem pelo respeito à dignidade da pessoa humana, mantenham a identidade do idoso no período de abrigamento, bem como evitem o rompimento de vínculos com a família e a comunidade.

Busca o Estatuto quebrar o paradigma historicamente sedimentado do abrigamento como forma de exílio do idoso em relação à sociedade.

Para tanto, consagra dispositivos que determinam medidas mitigadoras dos efeitos deletérios de um abrigamento. Note-se que, pela lógica do sistema protetivo em comento, o atendimento asilar surge como medida excepcional, diante da prioridade estabelecida em favor do atendimento no seio da família (art. 3º, inciso V, da Lei nº 10.741/03).<sup>3</sup>

Por isso, são de grande destaque na aferição da qualidade do serviço prestado as ações de preservação de vínculos familiares (art. 50, inciso VI, do EI) e de participação em atividades comunitárias, internas e externas (art. 49, inciso IV, do EI).

Destaca-se que a fiscalização do cumprimento de tais obrigações legais cabe ao Ministério Público, à Vigilância Sanitária, ao Conselho de Direitos ou a outro ente indicado por lei (art. 52 do Estatuto do Idoso).

### **A Fiscalização das Entidades de Acolhimento**

Conforme se depreende do art. 52 do Estatuto do Idoso, as entidades governamentais e não governamentais de atendimento ao idoso serão fiscalizadas pelos Conselhos do Idoso, Ministério Público, Vigilância Sanitária e outros previstos em lei”.

Portanto, a vigilância dessas entidades está a cargo de três entidades expressamente previstas em lei, sendo o rol não exaustivo, diante da possibilidade aberta a outros entes, desde que respaldados por previsão legal.

O Estado do Rio de Janeiro possui uma condição *sui generis*, já que a Lei de Organização Judiciária local atribui à Vara da Infância, Juventude e do Idoso essa tarefa administrativa de fiscalização (art. 52, inciso II, da Lei Estadual nº 6.956, de 13 de janeiro de 2015), somando os esforços das demais instituições já atuantes.

No entanto, a possibilidade de lavratura de auto de infração pela equipe vinculada à vara

---

3 Segundo ROBERTO MENDES DE FREITAS JUNIOR: “vale notar que o abrigo do idoso em entidade de longa permanência, deverá observar, sempre, os princípios da brevidade e da excepcionalidade, ou seja, o idoso somente será abrigado em última hipótese, e tão logo seja possível, deverá retornar imediatamente ao seio familiar”. (in MENDES, Gilmar Ferreira; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salmão; MUDROVITSCH, Rodrigo Bittencourt. **Manual dos Direitos da Pessoa Idosa**. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 457).

não autoriza que o processo respectivo possa ser deflagrado de ofício, conforme entendimento que se extrai do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso em mandado de segurança nº 26.166 - RJ (2008/0011655-8), de relatoria da Ministra ELIANA CALMON, que, apesar de analisar a questão sob a luz de legislação estadual hoje revogada (o então vigente Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro), continua atual diante da manutenção de norma semelhante autorizadora da atividade fiscalizatória.

A *quaestio* referia-se à insurgência de entidade de atendimento contra a lavratura de auto de infração pelo Serviço de Fiscalização do Juízo da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, bem como contra a deflagração de ofício do procedimento apuratório que se seguiu. A instância *a quo* reconheceu a nulidade do feito sem, no entanto, manifestar-se quanto ao auto de infração que lhe deu origem.

Nesse cenário, é que foi submetido ao Superior Tribunal de Justiça apenas a análise da validade do auto de infração, com a conclusão de que o mesmo seria válido em razão de previsão legal expressa para tal atuação extraordinária do Poder Judiciário fluminense.

Deve ser registrado que não há notícia de nenhum outro Estado da federação que tenha optado por colocar o Poder Judiciário no rol dos entes de fiscalização de instituições de longa permanência para idosos.

Por fim, devem ser divisados diferentes ritos previstos para imposição de sanções tanto aos dirigentes quanto às entidades de atendimento.

### **Da Apuração Administrativa de Infração às Normas de Proteção ao Idoso**

O Capítulo V do Título IV do Estatuto do Idoso prevê procedimento para apuração da infração às normas de proteção ao idoso.

Trata-se de procedimento de cunho eminentemente administrativo judiciariforme<sup>4</sup> iniciado a requerimento do Ministério Público<sup>5</sup> ou por auto de infração lavrado por servidor efetivo e assina-

---

4 Há certa controvérsia sobre a natureza jurídica do procedimento para imposição de penalidade administrativa. A discussão guarda similitude com o mesmo debate que existe sobre a natureza jurídica do procedimento para apuração de infração administrativa previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 194 e seguintes). Sobre o tema, encontram-se os argumentos das correntes divergentes em MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 629 e ss. Registra-se, porém, o ponto de vista de ROBERTO MENDES DE FREITAS JUNIOR (FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e Garantias do Idoso: Doutrina, Jurisprudência e legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 185), para quem “as infrações administrativas devem ser apuradas por meio de procedimento administrativo, instaurado perante o Poder Executivo Municipal, do local da infração, que terá competência para aplicação das penalidades correspondentes”.

5 Muito embora o texto legal mencione “requisição”, ao que tudo indica trata-se de uma impropriedade redacional, vez que não se mostra sustentável no sistema processual pátrio que o órgão do MP possa deflagrar o procedimento por meio de uma “ordem” ao magistrado processante. De todo modo, cabe ao Ministério Público a deflagração do procedimento, mas deverá submeter-se à deliberação judicial (Nesse sentido, JESUS, Damásio de (Coord.). **Estatuto do Idoso Anotado: Lei nº 10.741/2003: Aspectos Cíveis e Administrativos**.

do, se possível, por duas testemunhas.<sup>6</sup>

Note-se que o Estatuto do Idoso prevê apenas 3 (três) infrações administrativas, muito embora uma delas remeta a uma série de hipóteses elencadas no já mencionado art. 50, do EI.

Portanto, não é a violação de qualquer norma que permitirá a lavratura de auto de infração ou deflagração do procedimento correlato. Há que se enquadrar o fato em alguma das hipóteses de infração administrativa prevista pelo Estatuto do Idoso.

É importante salientar que no caso de omissões quanto ao procedimento ou rito não se aplicam as normas do Código de Processo Civil, mas sim a Lei nº 6.457/77 (que regula as infrações à legislação sanitária federal) e a Lei nº 9.784/99 (que regula o procedimento administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), conforme previsto no art. 64, do EI.<sup>7</sup>

### Da Apuração Judicial de Irregularidades em Entidades de Atendimento

Não se deve confundir o procedimento para apuração administrativa de infração às normas de proteção ao idoso com a ação de apuração judicial de irregularidades em entidades de atendimento.

Esta última trata-se de ação de rito especial e que se diferencia da modalidade anteriormente descrita por vários aspectos: a) só pode ser deflagrada por petição inicial que cumpra os requisitos do Código de Processo Civil; b) não pode ser iniciada por auto de infração; c) além do Ministério Público, qualquer pessoa interessada está legitimada para deflagrar o processo (art. 65 do Estatuto do Idoso); d) são aplicáveis subsidiariamente as normas do Código de Processo Civil (arts. 68 e 69 do EI); e) a causa de pedir não se restringe às hipóteses de infração administrativa.

---

São Paulo: Damásio de Jesus. 2005, p. 172). Em sentido contrário, posiciona-se ROBERTO MENDES DE FREITAS JUNIOR, para quem o termo “requisição” foi utilizado corretamente uma vez que o destinatário da mesma seria o Poder Executivo Municipal, a quem caberia processar o pedido de apuração de infração à norma de proteção ao idoso, e não o Poder Judiciário (FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e Garantias do Idoso: Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 186).

6 Quando o auto de infração for lavrado por servidores do próprio juízo que analisará a defesa do autuado, são muito pertinentes as palavras de PATRÍCIA PIMENTEL DE OLIVEIRA CHAMBERS RAMOS (*in* MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 634): “A vinculação administrativa dos servidores efetivos ou credenciados, responsáveis pela elaboração do auto de infração, ao Juiz da Vara da Infância e Juventude não é recomendável, por interferir na imparcialidade do Magistrado, mas não há nulidade. Ideal seria que pertencessem a um órgão administrativo autônomo e independente”.

7 O art. 64 apesar de abrir o Capítulo VI do Título IV do Estatuto do Idoso, se refere ao procedimento do capítulo anterior. Tal conclusão é possível uma vez que a norma subsidiária para o procedimento da ação de apuração judicial de irregularidades e entidade de atendimento (justamente o que é tratado pelo Capítulo VI do Título VI) é o Código de Processo Civil, conforme se extrai da dicção do art. 68, c/c o art. 69, do EI. Nesse sentido, o escólio de MANOEL ONOFRE DE SOUZA NETO: “*Ab initio*, cumpre registrar imprecisão técnica no tocante à redação do presente dispositivo, ou pelo menos no que se refere ao seu posicionamento, haja vista que o capítulo ao qual ele está inserido refere-se à *apuração judicial* de irregularidades em entidade de atendimento e não ao da apuração mediante procedimento administrativo de tais irregularidades” (*in* PINHEIRO, Naide Maria (Coord.). **Estatuto do Idoso Comentado**. Campinas: LZN, 2006, p. 331).

Uma primeira observação deve ser no sentido de que se houver pedido que incida não só em face da entidade, como também de algum dirigente, este último deverá integrar desde o início da relação processual o polo passivo da demanda.

Deve ser registrado que muitas vezes a irregularidade pode ser sanada com o afastamento do dirigente responsável.<sup>8</sup>

Outro ponto que merece um comentário é que a irregularidade pode ser sanada no curso do processo, levando à extinção do mesmo sem resolução de mérito (art. 68, § 3º, do EI).

### Conclusão

Até que se alcance o grau de excelência no atendimento ao idoso nas instituições de longa permanência, um longo caminho ainda terá que ser percorrido.

Historicamente, esse serviço tem sido desenvolvido majoritariamente por entidades filantrópicas que em muitas situações não contam com o respaldo financeiro necessário para manutenção de sua estrutura e contratação de equipe técnica, o que tem graves repercussões na qualidade do serviço prestado.

Hodiernamente, percebe-se aos poucos uma mudança no cenário pelo aumento paulatino dos empreendimentos de natureza privada com fins lucrativos alavancados pelo aumento da demanda decorrente do processo de envelhecimento crescente da população.

No entanto, cumpre ser registrado que o serviço de acolhimento é também serviço público que compõe o rol dos direitos socioassistenciais do usuário do Sistema Único de Assistência Social (SUAS).

Nesse cenário, em que se submetem às mesmas regras o serviço prestado por entidades públicas, filantrópicas e empresariais, é necessário ter como meta a observância do mesmo padrão de qualidade delineado pelas normas de proteção à população idosa. Eis o desafio que se coloca.

### Referências Bibliográficas

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e Garantias do Idoso: Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

---

<sup>8</sup> As sanções a que se sujeitam entidades e dirigentes encontram previsão no art. 55 da Lei nº 10.741/03, e devem ser levadas em conta pelo julgador no momento da prolação da sentença na ação de apuração judicial de irregularidades em entidade de atendimento. Note-se que, diferentemente da infração administrativa; não há uma previsão de sanção específica para cada caso de irregularidade.

## A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A POPULAÇÃO IDOSA: A EXPERIÊNCIA DA CENTRAL JUDICIAL DO IDOSO<sup>1</sup>

PAULA REGINA DE OLIVEIRA RIBEIRO<sup>2</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

O Brasil sempre foi tido como um país jovem e de jovens. A partir da década de 1980, contudo, essa máxima mudou, e, atualmente, a população idosa é o grupo que apresenta as taxas mais elevadas de crescimento, resultado da diminuição da taxa de natalidade e do aumento contínuo da esperança de vida.

O contingente dos brasileiros com idade igual ou superior a 60 anos já representa, segundo dados do Censo 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), aproximadamente 11% da população total, correspondente a mais de 20 milhões de pessoas idosas. Estima-se que o Brasil será o sexto país mais envelhecido do mundo, com uma proporção de um idoso para cada quatro jovens. O envelhecimento populacional brasileiro, portanto, é uma realidade inexorável.

Apesar dos números impressionantes, o envelhecimento populacional não se reduz apenas à quantidade de velhos existentes. Não se trata de uma questão numérica, mas especialmente de uma questão social relevante e um direito humano fundamental, que envolve diversos aspectos.

Consoante destacado por RAMOS (2002), ao se identificar a velhice como fenômeno social, associou-se a ela imediatamente a noção de decadência. Em razão disso, até meados do século passado, o Estado, a sociedade e a família não foram capazes de tratá-la como questão social relevante. Ocuparam-se dela tão somente a partir de uma perspectiva fundada na ideia de filantropia e assistencialismo. Essa percepção decorreu, entre outros fatores, de ideários negativos acerca dessa etapa da vida, caracterizados pela imagem de declínio, perdimento, improdutividade e adoecimento. Essa perspectiva negativa da velhice trouxe como grande consequência o fato de os idosos ainda hoje não conseguirem superar a sua exclusão social e terem dificuldade de se identificar como sujeitos de direitos.

Essa dificuldade de reconhecimento da população idosa como segmento social prioritário

---

1 Artigo originalmente publicado: RIBEIRO, P. R.O. “A judicialização das políticas públicas: a experiência da Central Judicial do Idoso”. In: Karla Giacomini; Alexandre Alcântara; Ana Amélia Camarano. (Org.). **Política Nacional do Idoso: Velhas e Novas Questões**. 1ª ed. Rio de Janeiro: IPEA, 2016, v. 1, pp. 379-396.

2 Defensora Pública do Distrito Federal. Mestre em gerontologia pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Especialista em gerontologia e saúde do idoso pela Universidade Estácio de Sá. Coordenadora do Núcleo de Defesa do Idoso e da Central Judicial do Idoso (CJI) - 2007/2014. Vice-Presidente do Conselho Nacional dos Direitos do Idoso Gestão 2012/2014. Presidente do Conselho dos Direitos do Idoso do Distrito Federal Gestão 2011/2013. Diretora da Escola Superior da Defensoria Pública do Distrito Federal.

impacta substancialmente nas estruturas familiares, sociais, políticas, econômicas e jurídicas, de modo que o poder público e a sociedade precisam estar preparados para as novas demandas que se apresentam. À medida que a população envelhece, é necessário que se considere o novo perfil etário e as desigualdades de acesso aos serviços públicos e privados, decorrentes das assimetrias de gênero, cor/raça, classe socioeconômica e nível educacional.

Eis aí o cerne da questão. O Brasil não está se preparando adequadamente para enfrentar esse novo paradigma social, e as iniciativas bem-sucedidas ainda são incipientes e pontuais. A implementação e execução das mais diversas políticas públicas carecem de eficácia, continuidade, gestão e orçamento. Quando o Estado deixa de cumprir com o seu dever legal de acesso aos serviços essenciais ao bem-estar de sua população, independentemente da faixa etária, abre o precedente para que as necessidades de serviços dessa população sejam discutidas, definidas e determinadas no âmbito do Judiciário. A judicialização das políticas públicas expressa a incapacidade do Estado de assegurar a todos os cidadãos os direitos que lhes são genericamente reconhecidos nas leis.

Este artigo está estruturado em mais quatro seções, além desta introdução. Na segunda seção, faz-se um panorama dos direitos da pessoa idosa na legislação brasileira. Na terceira, é apresentado o sistema judicial de proteção ao idoso. A quarta seção traz a experiência da Central Judicial do Idoso (CJI) quanto à adoção do princípio da não judicialização dos direitos. Na quinta seção, estão algumas considerações finais.

## **2. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO ESTATUTO DO IDOSO: GARANTIA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS?**

### **2.1 Pré-Constituição Federal de 1988**

Frente a um quadro em que, historicamente, os direitos humanos não foram considerados, as constituições brasileiras anteriores a de 1988 não previram o direito à velhice como direito humano fundamental de todo o cidadão brasileiro. Em razão disso, e de diversas outras questões estruturais, durante a vigência das primeiras constituições, a maior parte da população sequer chegou à velhice, pois as condições de vida no país eram as piores possíveis.

A Constituição Imperial de 1824 e a Constituição da República de 1891 não fizeram qualquer alusão à velhice como direito ou etapa da vida que merecesse especial atenção do Estado.

A Constituição de 1934 foi a primeira a instituir a obrigação da previdência social quanto à assistência médica e sanitária na velhice, mediante a contribuição igual da União, do empregador e do empregado (art. 121, § 1º, alínea “h”). Em que pese ter inaugurado constitucionalmente o tema da velhice, não a reconheceu como um direito de todos, mas tão somente daquela classe que

**“Vê-se, portanto, que o legislador brasileiro, ao longo da história do país, foi totalmente indiferente aos direitos e garantias da pessoa idosa. Outra, porém, não poderia ser a atitude do legislador da época se considerarmos que, até o início do século XX, a expectativa de vida da população brasileira era de apenas 33 anos (...).”**

contribuía para a previdência social.

A Constituição de 1937 seguiu a mesma orientação e destinou apenas um artigo à pessoa idosa, ao prever a instituição de seguros de velhice (art. 137, alínea “m”).

A Constituição de 1946 também não inovou nesse aspecto e reproduziu a orientação das constituições antecessoras quanto à assistência da previdência social contra as consequências da velhice (art. 157, inciso XVI). Da mesma forma, repetiu a Constituição de 1967, em seu art. 158, inciso XVI e a Constituição de 1969, em seu art. 165, inciso XVI.

Vê-se, portanto, que o legislador brasileiro, ao longo da história do país, foi totalmente indiferente aos direitos e garantias da pessoa idosa. Outra, porém, não poderia ser a atitude do legislador da época se considerarmos que, até o início do século XX, a expectativa de vida da população brasileira era de apenas 33 anos. O envelhecimento populacional era tão insignificante e relegado ao ambiente doméstico, que sequer justificava uma postura diferente.

## 2.2 Pós-Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988), considerada a Constituição Cidadã, também foi aparentemente singela ao tratar especificamente da pessoa idosa, reservando-lhe poucos artigos. Em seu capítulo VII, cujo Título VIII, apesar de denominado *Da família, da criança, do adolescente e do idoso*, o texto constitucional, no tocante ao idoso, se restringe aos artigos 229 e 230, que dispõem:

Artigo 229: Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e *os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.*

Art. 230: A família, a sociedade e o Estado têm o dever de *amparar as pessoas idosas*, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º Aos maiores de 65 anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos (Brasil, 1988, grifos nossos)

Além disso, a CF/1988 fez menção à facultatividade do voto para os maiores de 70 anos (art. 14, § 1º, II, “b”), à aposentadoria compulsória dos servidores públicos com 70 anos de idade (art. 40, § 1º, II) e quanto à proteção da velhice no âmbito da assistência social.

Nada mais se falou, na atual Constituição Federal, sobre a pessoa idosa. Vê-se que sequer foi estabelecida uma uniformidade etária sobre quem viria a ser idoso no Brasil, dispondo apenas sobre a concessão de alguns direitos conforme a aquisição de determinadas idades.

Em que pese a aparente omissão, o art. 1º, inciso III, deixou expresso que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana. Assim, todos os

direitos da pessoa idosa estão, em tese, garantidos constitucionalmente, vez que qualquer violação aos direitos fundamentais do idoso afrontará, invariavelmente, a dignidade da pessoa idosa.

E, mais, o artigo 2º da CF/1988 estipulou, entre os objetivos fundamentais da República, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ora, com base nesses dois artigos, muitos doutrinadores entendem que todos os direitos e garantias concedidos ao cidadão devem ser estendidos à pessoa idosa, sendo prescindível qualquer outro texto legislativo que os enumere.

Não obstante a assertiva ser verdadeira, não é essa a realidade da nossa cultura jurídica, essencialmente positivista. Assim, em que pesem as garantias constitucionais, o envelhecimento e os direitos dos idosos continuaram a ser tratados como uma questão secundária e de ordem privada.

Somente com o aumento da expectativa de vida da população, que hoje alcança em média 72 anos, e a conseqüente organização dos idosos, que passaram a lutar por um sistema de aposentadoria capaz de garantir-lhes dignidade, por um sistema de saúde adequado, por espaços de lazer, por leis mais duras contra atos de violência doméstica, a questão do envelhecimento e dos direitos dos idosos transformou-se em questão pública. Também contribuiu a adesão do Brasil ao Plano de Ação Internacional de Viena sobre Envelhecimento, aprovado em 1982, na Assembleia Mundial sobre Envelhecimento e, posteriormente, em 1991, a adoção dos Princípios das Nações Unidas em prol das Pessoas Idosas.

Todo esse movimento interno e externo chamou a atenção dos legisladores, que se viram estimulados, bem como pressionados pela sociedade civil, a elaborar um conjunto de determinações legais, voltado a dar efetividade aos dispositivos constitucionais que garantiam a dignidade de todo ser humano, independentemente de sua idade.

Sob esse contexto, foi promulgada a Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso (PNI), com o objetivo de assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade, trazendo, em seu art. 3º, uma série de preceitos assecuratórios da dignidade da pessoa humana:

- Art. 3º. A Política Nacional do Idoso reger-se-á pelos seguintes princípios:
- I – a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida;
  - II – o processo de envelhecimento diz respeito à sociedade em geral, devendo ser objeto de conhecimento e informação para todos;
  - III – o idoso não deve sofrer discriminação de qualquer natureza;

**“O grande legado da PNI, sem dúvida, foi a previsão de criação dos conselhos de direitos de idosos, no âmbito das três instâncias de governo.”**

IV – o idoso deve ser o principal agente e o destinatário das transformações a serem efetivadas através desta política;

V – as diferenças econômicas, sociais, regionais e, particularmente, as contradições entre o meio rural e o urbano do Brasil deverão ser observadas pelos poderes públicos e pela sociedade em geral, na aplicação desta Lei (Brasil, 1994).

A Política Nacional do Idoso - PNI foi o primeiro instrumento legal a estabelecer o critério cronológico ou etário para definir quem é idoso ou a partir de que idade se é considerado idoso no Brasil. A adoção legislativa deste critério seguiu a orientação da Organização Mundial de Saúde (OMS), que estabelece a idade de 60 anos para categorizar idoso nos países em desenvolvimento e 65 anos de idade para os países desenvolvidos.

Essa legislação, que já atingiu a sua maioria, nada mais é do que uma carta de boas intenções de que cada política setorial deve desenvolver na área do idoso. Resume-se a um rol de ações programáticas que, se efetivamente implementadas, jamais daria ensejo ao Estatuto do Idoso. Ora, não é leviano afirmar que só existe hoje o Estatuto do Idoso porque a CF/1988, a Política Nacional do Idoso, seus regulamentos e algumas outras legislações esparsas não foram cumpridas. Se o fossem, não haveria a necessidade de mais um diploma legal! O Brasil peca por excesso de leis e pelo descumprimento dessas mesmas leis.

O grande legado da PNI, sem dúvida, foi a previsão de criação dos conselhos de direitos de idosos, no âmbito das três instâncias de governo. Apesar das dificuldades, que aqui não nos cabe elencar, já estão em atividade os conselhos nacional, estaduais, do Distrito Federal e municipais de defesa dos direitos do idoso. O desafio é a implementação desses colegiados, deliberativos e paritários, em todos os municípios brasileiros, com estrutura e efetiva condição de funcionamento.

Como mencionado anteriormente, ante o não cumprimento das legislações protetivas ao idoso, mais uma lei foi criada, o Estatuto do Idoso, promulgado sob o nº 10.741, em 1º de outubro de 2003. Essa legislação é um microsistema jurídico que, até hoje, regulamenta, nas várias áreas do direito, as questões jurídicas que envolvem a pessoa idosa.

Embora não seja inovador em vários de seus dispositivos, o Estatuto do Idoso inaugura indubitavelmente uma nova era no reconhecimento dos direitos dos idosos e firmou, de uma vez por todas, o direito à velhice como uma questão social relevante, principalmente no que tange à apropriação pelos idosos do seu reconhecimento como sujeito de direitos.

É justamente em virtude desse empoderamento de boa parte dos idosos, ao menos em âmbito legal, que se abriu uma frente para a ampla judicialização dos seus direitos ante a omissão estatal.

### **3. SISTEMA JUDICIAL DE PROTEÇÃO AO IDOSO**

O Estatuto do Idoso, em seu art. 70, previu a possibilidade de criação de varas especializadas e exclusivas para o idoso. Seguindo essa orientação legal, a 1ª Conferência Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa, realizada em 2006, trouxe como uma de suas deliberações a criação de todo um

sistema judicial de proteção ao idoso, isto é, a criação de varas/juizados, promotorias de Justiça, defensorias públicas e delegacias especializadas na defesa da pessoa idosa.

Essas orientações desencadearam a instalação de órgãos especializados em todo o Brasil, consoante o quadro a seguir.

#### QUADRO 1

##### Brasil: instalação de órgãos judiciais de proteção ao idoso

| Capitais       | Instituições     |                  |            |           |
|----------------|------------------|------------------|------------|-----------|
|                | Vara/<br>juizado | Promotoria       | Defensoria | Delegacia |
| Manaus         | Sim              | Não <sup>1</sup> | Sim        | Sim       |
| Boa Vista      | Não              | Não <sup>1</sup> | Não        | Sim       |
| Macapá         | Não              | Não <sup>1</sup> | Não        | Não       |
| Belém          | Sim              | Sim              | Não        | Sim       |
| Rio Branco     | Não              | Não <sup>1</sup> | Sim        | Não       |
| Porto Velho    | Não              | Não <sup>1</sup> | Não        | Sim       |
| Palmas         | Não              | Sim              | Sim        | Sim       |
| São Luís       | Não              | Sim              | Sim        | Sim       |
| Teresina       | Não              | Sim              | Sim        | Sim       |
| Fortaleza      | Não              | Sim              | Sim        | Sim       |
| Natal          | Não              | Sim              | Não        | Sim       |
| João Pessoa    | Não              | Não <sup>1</sup> | Não        | Sim       |
| Recife         | Sim              | Sim              | Não        | Sim       |
| Maceió         | Não              | Sim              | Sim        | Não       |
| Aracaju        | Não              | Não              | Não        | Não       |
| Salvador       | Não              | Não <sup>1</sup> | Sim        | Sim       |
| Brasília       | Não              | Sim              | Sim        | Não       |
| Goiânia        | Não              | Sim              | Não        | Não       |
| Cuiabá         | Não              | Não              | Não        | Sim       |
| Campo Grande   | Sim              | Sim              | Não        | Não       |
| Belo Horizonte | Sim              | Sim              | Sim        | Sim       |
| Vitória        | Não              | Não <sup>1</sup> | Não        | Sim       |
| Rio de Janeiro | Sim              | Sim              | Sim        | Sim       |
| São Paulo      | Sim              | Sim              | Sim        | Sim       |
| Curitiba       | Sim              | Sim              | Não        | Não       |
| Florianópolis  | Não              | Não              | Não        | Não       |
| Porto Alegre   | Não              | Não              | Não        | Sim       |

Fonte: informações obtidas por meio dos sites eletrônicos dos respectivos órgãos.

Nota: <sup>1</sup> Possui promotoria do cidadão, que atende a diversos segmentos vulneráveis.

A partir da análise do quadro 1, verifica-se que apenas Rio de Janeiro, São Paulo e Belo Horizonte contam com a instalação de todos os órgãos especializados de defesa do idoso. Da mesma forma que três outras capitais – Macapá, Aracaju e Florianópolis – não possuem nenhum órgão do sistema de Justiça voltado especificamente para o atendimento à população idosa.

Quanto a varas ou juizados do idoso, não há uma uniformidade relativa à sua atuação. No Rio de Janeiro, em São Paulo, Belo Horizonte, Campo Grande e Curitiba, têm-se as varas de infância, juventude e idoso, cuja competência é fiscalizar, orientar e apurar irregularidades em instituições e abrigos para idosos, além de garantir medidas de proteção e atendimento ao idoso. Em Manaus, a vara é especializada em crimes contra o idoso, adolescente e crianças. Em Belém e Recife, há juizados criminais e cíveis do idoso, com destaque para esta última capital, cujo juizado cível é especializado nas relações de consumo do idoso.

Observa-se, portanto, que apenas 30% das capitais possuem varas ou juizados especializados na pessoa idosa, sendo a maior concentração na região Sudeste.

Esse percentual ultrapassa 55% em relação às promotorias de Justiça de defesa do idoso, equivalente a quinze capitais. Em outras oito capitais, apesar de não existir uma promotoria específica para o atendimento aos idosos, estes são atendidos nas denominadas promotorias de defesa do cidadão ou da cidadania, juntamente com outros grupos sociais vulneráveis.

O trabalho do Ministério Público na defesa dos direitos do cidadão idoso é referência nacional e se encontra fortemente estruturado e consolidado. Exemplo disso é a existência de uma associação específica de promotores e procuradores de Justiça com atuação na temática do idoso, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência (AMPID), cuja excelência da sua militância culminou com a elaboração e apresentação de uma proposta de convenção internacional da pessoa idosa, que está sendo debatida, desde 2008, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA).

No que tange às defensorias públicas, estas ainda apresentam dificuldades na instalação de núcleos especializados, dado o número reduzido de defensores públicos frente ao de juízes e promotores. Em muitas comarcas espalhadas Brasil afora sequer existe defensor público, ficando o cidadão carente, independentemente de sua idade, desamparado na defesa dos seus direitos e na garantia de acesso à Justiça. A perspectiva é que essa realidade mude a médio e longo prazo, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 80, de 4 de junho de 2014, que busca universalizar os serviços da Defensoria Pública em todo o território nacional e fixa um prazo de oito anos para que todas as comarcas passem a ter defensores públicos em número suficiente para atender à população carente.

Segundo dados do Mapa da Defensoria Pública do Brasil, publicado pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) em parceria com o Ipea, 72% das comarcas não possuem defensores públicos para defender os direitos da população carente e dos grupos vulneráveis; e nos estados de Goiás, Paraná e Santa Catarina, apesar da criação legal dessa instituição, ela ainda não está atuando por falta de defensores públicos concursados (IPEA, 2013).

Ora, como exigir que a Defensoria Pública cumpra com uma deliberação advinda da I Conferência Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa, se ela sequer consegue cumprir com o seu dever constitucional de prestar assistência jurídica integral e gratuita a toda a população carente do Brasil?

Mesmo diante de toda essa dificuldade, pode-se considerar que a Defensoria Pública está sensível às demandas da população idosa, essencialmente vulnerável e hipossuficiente, tanto que conta com núcleos especializados na defesa dos direitos dos idosos em doze capitais brasileiras. Se considerarmos que, em três estados, a Defensoria Pública ainda não foi devidamente instalada, pode-se afirmar que 50% das capitais brasileiras possuem defensorias especializadas no atendimento à pessoa idosa.

As delegacias de polícia, finalmente, contam com unidades especializadas em dezoito capitais, correspondendo a 67%. Merece destaque a cidade de São Paulo, que possui oito delegacias especializadas.

A implementação de delegacias especializadas, com equipe multiprofissional, é fundamental se considerarmos o crescente número de casos de violência – e consequentemente de crimes – cometidos contra a pessoa idosa. Dados do Disque Direitos Humanos, módulo idoso, mostram o aumento proporcional de denúncias, por unidades da federação (UF), comparativamente entre 2012 e 2013, chegando a um incremento total, em 2013, de 65,52% em relação ao ano de 2012, consoante tabela a seguir:

TABELA 1

**Brasil: comparativo 2012-2013 do aumento do número de denúncias por UF**

| UF | Anos |      | Aumento (%) <sup>1</sup> |
|----|------|------|--------------------------|
|    | 2012 | 2013 |                          |
| AC | 108  | 165  | 52,78                    |
| AL | 358  | 494  | 37,99                    |
| AM | 830  | 1018 | 22,65                    |
| AP | 57   | 57   | 0,00                     |
| BA | 1898 | 2631 | 38,62                    |
| CE | 1208 | 1793 | 48,43                    |
| DF | 722  | 1088 | 50,69                    |
| ES | 498  | 789  | 58,43                    |
| GO | 729  | 1212 | 66,26                    |
| M  | 908  | 1177 | 29,63                    |
| MG | 1728 | 3185 | 84,32                    |
| M  | 489  | 722  | 47,65                    |

|              |      |      |        |
|--------------|------|------|--------|
| <b>MT</b>    | 182  | 350  | 92,31  |
| <b>PA</b>    | 658  | 1010 | 53,50  |
| <b>PB</b>    | 654  | 1077 | 64,68  |
| <b>PE</b>    | 1247 | 1531 | 22,77  |
| <b>PI</b>    | 436  | 607  | 39,22  |
| <b>PR</b>    | 1011 | 1768 | 74,88  |
| <b>RJ</b>    | 3348 | 6049 | 80,68  |
| <b>RN</b>    | 1060 | 1297 | 22,36  |
| <b>RO</b>    | 135  | 225  | 66,67  |
| <b>RR</b>    | 19   | 22   | 15,79  |
| <b>RS</b>    | 1350 | 2437 | 80,52  |
| <b>SC</b>    | 595  | 1230 | 106,72 |
| <b>SE</b>    | 192  | 321  | 67,19  |
| <b>SP</b>    | 3003 | 6553 | 118,22 |
| <b>TO</b>    | 124  | 160  | 29,03  |
| <b>NA</b>    | 1    | 8    | 700,00 |
| <b>Total</b> |      |      | 65,52  |

Fonte: Secretaria de Direitos Humanos (SDH)/Disque Direitos Humanos/módulo idoso.  
Nota: <sup>1</sup> O percentual de aumento foi baseado na diferença entre as denúncias do estado em 2013 com 2012, dividido pelas denúncias do estado de 2012.

Ora, esses números mostram-se mais significativos se considerarmos o número absoluto de denúncias de violência proporcional à população idosa de cada UF. Na tabela 2, observa-se que o DF figura como a unidade com maior número proporcional de denúncias e, mesmo assim, não dispõe de uma delegacia especializada.

TABELA 2

**Brasil: número absoluto de denúncias de violência proporcional à população idosa por UF.**

|                |  |       |         |        |
|----------------|--|-------|---------|--------|
| <b>Ranking</b> |  |       |         |        |
| <b>1°</b>      |  | 1.088 | 197.613 | 550,57 |
| <b>2°</b>      |  | 1.018 | 210.225 | 484,24 |
| <b>3°</b>      |  | 1.297 | 342.890 | 378,26 |
| <b>4°</b>      |  | 165   | 46.926  | 351,62 |
| <b>5°</b>      |  | 722   | 239.270 | 301,75 |

|     |              |               |                   |               |
|-----|--------------|---------------|-------------------|---------------|
| 6°  |              | 6.049         | 2080.608          | 290,73        |
| 7°  | <b>PB</b>    | 1.077         | 451.386           | 238,60        |
| 8°  | <b>ES</b>    | 789           | 364.745           | 216,32        |
| 9°  | <b>GO</b>    | 1.212         | 561.625           | 215,80        |
| 10° | <b>MA</b>    | 1.177         | 568.680           | 206,97        |
| 11° | <b>RO</b>    | 225           | 112.685           | 199,67        |
| 12° | <b>CE</b>    | 1.793         | 909.475           | 197,15        |
| 13° | <b>PA</b>    | 1.010         | 535.134           | 188,74        |
| 14° | <b>SC</b>    | 1.230         | 656.913           | 187,24        |
| 15° | <b>PI</b>    | 607           | 331.877           | 182,90        |
| 16° | <b>BA</b>    | 2.631         | 1.451.206         | 181,30        |
| 17° | <b>AL</b>    | 494           | 276.763           | 178,49        |
| 18° | <b>SE</b>    | 321           | 185.957           | 172,62        |
| 19° | <b>RS</b>    | 2.437         | 1.459.597         | 166,96        |
| 20° | <b>AP</b>    | 57            | 34.276            | 166,30        |
| 21° | <b>PE</b>    | 1.531         | 937.943           | 163,23        |
| 22° | <b>PR</b>    | 1.768         | 1.170.955         | 150,99        |
| 23° | <b>MT</b>    | 350           | 239.626           | 146,06        |
| 24° | <b>MG</b>    | 3.185         | 2.310.564         | 137,85        |
| 25° | <b>SP</b>    | 6.553         | 4771.436          | 137,34        |
| 26° | <b>TO</b>    | 160           | 117.554           | 136,11        |
| 27° | <b>RR</b>    | 22            | 24.668            | 89,18         |
| 28° | <b>NA</b>    | 8             |                   |               |
|     | <b>Todos</b> | <b>38.976</b> | <b>20.590.597</b> | <b>189,29</b> |

Fonte: SDH/Disque Direitos Humanos/módulo idoso.

Os gestores públicos precisam estar atentos a estes números, a fim de implementar políticas concretas de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa. Os dados indicam que o número de denúncias vem crescendo consideravelmente a cada ano, e as políticas públicas de enfrentamento, se e onde implementadas, não vêm atingindo o seu intento.

Conclui-se, portanto, que o sistema de Justiça ainda precisa, e muito, se fortalecer para enfrentar as demandas da população idosa, notadamente os casos de violência contra os idosos, dado o seu contexto multifatorial.

#### **4. CJI: O SUCESSO DA EDUCAÇÃO, SENSIBILIZAÇÃO, ARTICULAÇÃO E MEDIAÇÃO COMO MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS**

#### 4.1 O perfil da população idosa do DF

Conhecer o perfil sociodemográfico de uma população é essencial para a formulação e implementação de políticas públicas em sintonia com as necessidades de distintos grupos sociais. Com isso, é possível planejar estratégias políticas conectadas com a realidade social apresentada nesses perfis, bem como criar serviços e atendimentos especializados, conforme as demandas apresentadas pelos diversos segmentos populacionais.

No DF, segundo dados do Censo 2010, existem 197.613 pessoas idosas (IBGE, 2010). Percentualmente, esse número absoluto representa 7,7% da sua população total. Um incremento de 41% em relação ao Censo 2000, quando a população idosa do DF representava 5,4%. As projeções para 2020 e 2030 apontam para um incremento populacional da ordem, respectivamente, de 10,4 e 15%.

O DF conta com a maior esperança de vida do Brasil. Já em 2014, a expectativa média chegou a 77,57 anos de idade, sendo 81,01 anos para mulheres e 73,84 anos para homens. Em 2030, a previsão é que a esperança média chegue a 80,83 anos, sendo 83,92 para mulheres e 77,30 para homens. As mulheres representam 57% da população idosa, chegando a 63% no grupo etário de 80 anos ou mais. Isso se justifica, em muito, pela maior expectativa de vida do gênero feminino.

Quase 60% dos idosos estão com idade entre 60 e 69 anos e 10,61% dos idosos desse segmento etário é constituído por analfabetos. O contingente de analfabetos mais que dobra no segmento etário de 80 anos ou mais, chegando a quase 22%.

Um dado que chama a atenção é que a maior parte da população idosa do DF, 29,97%, possui renda nominal considerada alta (mais de 5 salários-mínimos) e 27,31% faz parte da camada com renda média (de 2 a 5 salários-mínimos). Enquanto o rendimento nominal médio mensal brasileiro para pessoas entre 60 e 69 anos é de R\$ 1.413,65, no DF esse rendimento é de R\$ 3.829,94, superior em mais de 170%. A previdência social cobre 77% da população idosa, e os beneficiários do Benefício da Prestação Continuada (BPC) correspondem a 15,2% da população com 65 anos ou mais. Essa realidade é explicada pela alta concentração de servidores públicos na capital federal.

Como visto, o DF conta com uma população idosa bastante peculiar: alta esperança de vida, alto poder aquisitivo e índice de analfabetismo relativamente baixo. Por essas características, essas pessoas possuem melhores condições estruturais de vida, o que está diretamente relacionado ao envelhecimento saudável e a um maior acesso aos serviços e bens sociais diversos.

Assim, ao conhecer o perfil da população idosa do DF, torna-se mais factível e viável acompanhar a implementação ou não das políticas públicas voltadas para esse segmento populacional, consoante suas reais necessidades e, com isso, instrumentalizar os órgãos do sistema de Justiça para as devidas cobranças.

#### 4.2 A CJI

No âmbito do sistema de Justiça, consoante tabela apresentada na seção 3, o DF não possui vara/juizado ou delegacia especializada no idoso. Conta, porém, com núcleos especializados na

defesa dos direitos do idoso na Promotoria de Justiça e na Defensoria Pública.

Não obstante a existência desses núcleos especializados, percebeu-se que os idosos não estavam sendo atendidos em sua plenitude e continuavam tendo que ir de um lado para outro para conseguir resolver suas demandas. A partir daí, surge a ideia da CJI, um serviço que pudesse concentrar os diversos órgãos do sistema de Justiça e onde as demandas de ordem legal, social ou familiar da população idosa pudessem ser atendidas, em sua complexidade, por uma equipe multiprofissional, visando, sobretudo, a resolução consensual e administrativa dos conflitos. Assim, depois de muito estudo e preparação da equipe, a CJI iniciou suas atividades em outubro de 2007, no 4º andar do Fórum de Brasília.

A CJI é um projeto pioneiro e inovador do Tribunal de Justiça do DF e Territórios (TJDFT), do Ministério Público do DF e Territórios (MPDFT) e da Defensoria Pública do DF (DPDF), em cooperação técnica com a Polícia Civil do DF (PCDF) e com a Defensoria Pública da União (DPU), todos desenvolvendo um trabalho conjunto e especializado para assegurar, prioritariamente, os direitos da pessoa idosa no DF.

Não há entre as instituições partícipes da CJI qualquer grau de hierarquia ou subordinação, muito embora a coordenação seja exercida apenas pelos representantes do TJDFT, do MPDFT e da DPDF. Todos trabalham de maneira articulada, coordenada e integrada, visando à ajuda mútua por um interesse maior, que é a promoção e a defesa dos direitos da população idosa do DF.

O trabalho desenvolvido pela CJI possui três dimensões:

- subsidiar as autoridades do sistema judiciário – juízes do TJDFT, promotores da Promotoria de Justiça do Idoso (Projid) e defensores públicos do Núcleo de Assistência Jurídica de Defesa do Idoso (Najidoso) – nos procedimentos que apuram a prática de violência e/ou violação dos direitos dos idosos;
- orientar e prevenir as situações de violência e violação dos direitos da pessoa idosa, por meio de ações educativas; e
- promover a análise multidisciplinar das situações de negligência, abandono, exploração ou qualquer outra espécie de violência a que podem estar submetidos os idosos, a fim de buscar uma solução consensual para o conflito e, quando necessário, encaminhar a demanda aos órgãos competentes.

É oportuno destacar que o enfoque da atuação da CJI reside na proteção da pessoa idosa, objetivando estimular a sua participação como protagonista na defesa de seus próprios direitos, razão por que o idoso, quando capaz, participa ativamente da tomada de decisões de suas demandas.

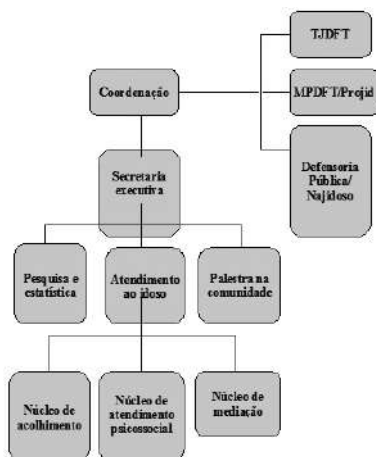
Além disso, a CJI investe no processo de fortalecimento e articulação da rede social existente, estabelecendo uma relação de integração entre as próprias instituições governamentais e não governamentais que já desenvolvem trabalhos na área do idoso, a exemplo do Conselho dos Direitos do Idoso, da Secretaria Especial do Idoso e da Secretaria de Desenvolvimento Social e

Trabalho, por meio do Centro de Referência de Assistência Social (Cras) e do Centro de Referência Especializado de Assistência Social (Creas), dos núcleos de atenção à saúde do idoso, das instituições de longa permanência para idosos (Ilpis), centros de convivências, polícias comunitárias, entre outros.

A CJI ainda realiza e fomenta pesquisas, estatísticas, seminários e fóruns que visam conhecer e avaliar a situação do idoso no DF, a fim de que as políticas públicas sejam implementadas, quer consensual, quer judicialmente, bem como campanhas educativas que objetivem o empoderamento da pessoa idosa e a erradicação da violência e dos maus-tratos a que estão submetidas.

A CJI possui a seguinte estrutura organizacional:

FIGURA 1  
Estrutura organizacional da CJI



Fonte: TJDFT.

A secretaria executiva é o núcleo administrativo que organiza, controla e executa os atos necessários ao funcionamento da CJI. É o órgão que faz a articulação com a rede social de proteção ao idoso, inclusive o mapeamento dessa rede. Cabe à secretaria executiva buscar parcerias, convênios e acordos capazes de ampliar e de aprimorar os serviços prestados pela CJI, bem como de realizar ações de promoção dos direitos do cidadão idoso, sendo esse trabalho de cunho informativo/educativo junto às instituições que prestam atendimento à pessoa idosa e à própria comunidade. Compete, ainda, à secretaria executiva a coleta e a análise dos dados relativos aos atendimentos e ao perfil da população atendida, de modo a subsidiar as ações necessárias para que as políticas públicas para os idosos sejam implementadas e devidamente executadas.

O núcleo de acolhimento é a porta de entrada da CJI. É o espaço onde o usuário (idoso, família, cuidador, Ilpi, rede) é acolhido, por meio de um processo individualizado de escuta ativa

centrado no indivíduo, o que pressupõe uma relação de confiança entre este e os profissionais como condição básica para um atendimento de qualidade. O acolhimento é realizado por uma dupla multiprofissional. Cada um dos profissionais envolvidos tem um olhar diferenciado acerca do caso: psicológico, social e jurídico. O acolhimento se dá por meio de entrevista e levantamento de dados, promovendo os profissionais envolvidos no acolhimento avaliação prévia do caso, com a inserção do idoso no contexto dos direitos e das garantias contidas na legislação. Após a identificação da(s) demanda(s), inicia-se o processo de articulação junto à rede social, à família e/ou às instituições governamentais e não governamentais. É a partir desse procedimento que se busca a resolução alternativa dos conflitos, por meio de sessões conjuntas com o idoso e as partes envolvidas, até que estes estejam preparados para uma mediação, para a solução administrativa do caso ou, em última hipótese, para a eventual judicialização da demanda. Este núcleo serve como uma espécie de “freio” ao processo de judicialização das demandas, pois tem como meta fortalecer o idoso para atuar como protagonista da busca pela solução pacífica e administrativa de seus mais diversos conflitos.

O núcleo de atendimento psicossocial ao idoso atende à demanda extrajudicial e judicial, advindas do TJDF, do MPDF, da DPDF e do núcleo de acolhimento, em situações de violação do Estatuto do Idoso, com vistas à elaboração de pareceres e relatórios psicossociais que possam subsidiar a autoridade competente quando da tomada de decisão. Nesse sentido, o seu objetivo é traçar o perfil psicossocial do idoso, mediante identificação da sua realidade, da sua autonomia, do contexto de sua rede de relacionamentos e da sua capacidade de superação frente ao conflito. O atendimento é realizado por dupla multiprofissional, formada por um assistente social e um psicólogo, de forma a permitir uma visão ampla e fidedigna acerca da situação apresentada, garantindo, assim, a qualidade e a eficácia da abordagem psicossocial.

Por fim, quando nenhuma das medidas consensuais é suficiente para resolver as demandas apresentadas pelo idoso, aí sim, o caso é encaminhado para o Najidoso ou para a Projid para a adoção das medidas judiciais cabíveis.

O sucesso obtido por meio da resolução alternativa dos conflitos é tão expressivo que, segundo dados estatísticos da CJI, apenas cerca de 10% das demandas precisam ser judicializadas, seja pelo Najidoso, seja pela Projid. Essas demandas tratam principalmente de questões que envolvem a interdição da pessoa idosa, a aplicação de medidas protetivas e o não respeito aos direitos dos idosos pelos planos de saúde e as instituições financeiras.

Quanto à participação da PCDF, apesar da inexistência de uma delegacia especializada, por meio do termo de cooperação técnica firmado entre os órgãos partícipes, os núcleos de polícia comunitária existentes em cada uma das delegacias devem prestar atendimento especializado às pessoas idosas, dando prioridade à apuração de suas denúncias, com o consequente encaminhamento do relatório do inquérito policial à CJI para que possa ser feito o devido acompanhamento. Fruto dessa parceria, cabe à CJI fazer a capacitação dos policiais civis envolvidos nesse atendimento, o que vem sendo feito regularmente ao longo desses anos.

Não obstante o sucesso dessa cooperação, cada vez mais mostra-se fundamental a criação de uma delegacia especializada, nos moldes da delegacia da mulher e da criança e do adolescente, a

fim de contar com uma equipe multiprofissional capacitada para apurar exclusivamente os crimes cometidos contra a população idosa, os quais vêm aumentando assustadoramente.

Já a cooperação com a DPU foi resultado da crescente demanda envolvendo questões previdenciárias. Por força dessa parceria, os servidores da CJI foram capacitados pela (DPU), em Brasília, para que pudessem prestar as orientações pertinentes sobre direito previdenciário e já fizessem a marcação dos atendimentos junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) ou à própria DPU. Desta feita, quando se trata de assuntos previdenciários, o idoso também não precisa ficar andando de um lado para o outro e já sai da CJI devidamente instruído e com os respectivos agendamentos feitos no INSS ou na DPU.

Em que pese a inexistência de uma vara ou juizado especializado no DF, com a CJI, todos os juízes do TJDFT têm também à disposição uma equipe multiprofissional integrada à rede de proteção e defesa da pessoa idosa para subsidiá-los nos processos que envolvam a violação dos direitos desse grupo social.

Além disso, ao longo desses sete anos com a CJI, o TJDFT e todo o sistema judicial existente no DF não sentiram a necessidade de criar uma vara ou juizado especializado, já que a metodologia de trabalho, equipe de profissionais envolvidos e abordagens realizadas por aquele serviço é maior do que qualquer prestação jurisdicional realizada por uma vara/juizado. É certo, todavia, que os juízes e demais servidores do Judiciário precisam ser mais bem capacitados para enfrentar a complexidade de matérias que abarcam os direitos da pessoa idosa e, para isso, a própria CJI vem sistematicamente promovendo cursos de capacitação nesse sentido.

O TJDFT tem a preocupação de construir indicadores sólidos e índices que reflitam a realidade do jurisdicionado idoso e que permitam delinear, de maneira segura, as competências legais para essa vara/juizado. Nessa vertente, a CJI se propõe a fomentar a construção de um modelo capaz de atender às demandas da população idosa do DF, servindo de campo de pesquisa para o levantamento de indicadores que nortearão os estudos para, se for o caso, criar futuramente um juízo especializado, a fim de que não haja a disparidade de competências observada nas diversas varas/juizados existentes pelo Brasil afora.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil possui um sistema de Justiça de defesa do idoso ainda deficitário. São poucas ou até inexistentes as varas, promotorias, defensorias e delegacias especializadas no idoso nas diversas UFs.

Rio de Janeiro, Belo Horizonte e São Paulo são as únicas unidades que possuem esse sistema completo e nem por isso deixam de enfrentar a crescente judicialização das demandas da população idosa, que decorrem da falta de políticas públicas específicas para esse grupo.

No DF, essa realidade não é diferente. Sob a peculiaridade do perfil sociodemográfico anteriormente exposto, não é exagero afirmar que grande parte dos idosos do DF conhece os seus direitos e sabe como reivindicá-los. Todavia, o DF é extremamente carente de políticas públicas específicas para esse segmento populacional, notadamente as previstas na PNI e no Estatuto do

Idoso, quanto à assistência social, saúde, transporte, habitação e educação.

Muito embora o DF conte com uma Política Distrital do Idoso desde 2006 e tenha sido a primeira UF a criar, em 2011, uma secretaria especial exclusiva para a população idosa, isso não foi suficiente para que houvesse uma efetiva coordenação local da política do idoso, nem que essa política fosse implementada nas mais diversas secretarias setoriais.

Frente a toda essa lacuna, surge a CJI, como um serviço que congrega todo o sistema de Justiça e de promoção e defesa da pessoa idosa, mas que visa, essencialmente, à solução alternativa dos conflitos vivenciados por essa população, seja no âmbito familiar, seja no âmbito governamental, seja no âmbito não governamental.

A conscientização pelo indivíduo do seu papel de cidadão faz com que ele lute por seus direitos e com que os segmentos marginalizados da sociedade busquem o efetivo acesso à Justiça. A CJI é, portanto, um instrumento de cidadania à disposição da população idosa do DF, considerando que o acesso à Justiça envolve muito mais que a mera judicialização das demandas. Envolve, sobretudo, o empoderamento das pessoas idosas sobre seus direitos e sua corresponsabilidade pela busca pacífica da solução de suas disputas privadas, públicas e sociais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao-compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm)>.

\_\_\_\_\_. Lei no 8.842, de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Brasília: PR, 1994.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Mapa da Defensoria Pública do Brasil**. Brasília: Anadep; Ipea, 2013 Disponível em: <<http://www.anadep.org.br>>. Acesso em: 1º maio 2014.

RAMOS, Paulo. **Fundamentos Constitucionais do Direito à Velhice**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002.

## BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

BRASIL. **Lei no 10.741, de 1 de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília: SDH, 2013.

CAMARANO, Ana Amélia (Org.). **Os Novos Idosos Brasileiros: Muito Além dos 60?** Rio de Janeiro: Ipea, 2004.

\_\_\_\_\_. **Idosos Brasileiros: Indicadores de Condições de Vida e de Acompanhamento de Políticas**. Brasília: SEDH, 2005.

CODEPLAN – COMPANHIA DE PLANEJAMENTO DO DISTRITO FEDERAL. **Indicadores Sociodemográficos Prospectivos para o Distrito Federal 1991-2030**. Brasília: Codeplan, 2009. Disponível em: <<http://www.codeplan.df.gov.br>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. **Síntese de Indicadores Sociais 2012**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

MPDFT – MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Um Olhar Sobre os Idosos: Análise do Perfil Populacional e Levantamento de Programas e Serviços Públicos Existentes no Distrito Federal**. Brasília: MPDFT, 2013.

RIBEIRO, Paula; NUNES, Alessandra. Central judicial do idoso – uma onda diferenciada de acesso à justiça. *In*: GALVÃO, Ivânia; ROQUE, Elizângela (Coord.). **A Aplicação da Lei em Uma Perspectiva Interprofissional**. Brasília: Lumen Juris, 2010.

TJDFT – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Cartilha da Central Judicial do Idoso**. Brasília: TJDFT, 2014. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 1º maio 2014.

## PROIBIÇÃO DE VOTO

**JORGE LOBO**

Mestre, doutor e livre-docente de Direito Comercial  
Advogado

Dois grupos de minoritários de uma companhia de capital aberto global recorreram ao Tribunal de Justiça de São Paulo e ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com a finalidade de suspender o exercício do direito de voto das sociedades controladoras na assembleia de acionistas, convocada para deliberar a instauração de procedimento arbitral de cunho indenizatório contra o diretor presidente, que fez colaboração premiada para beneficiar-se da imunidade penal criada pela Lei nº 12.850/13.

Apesar de idênticos os fundamentos de ambos os pedidos, o TJSP e o TRF da 1ª Região decidiram de forma diametralmente oposta (permitam-me a redundância). O primeiro, indeferiu a liminar, condenou os autores a pagar honorários de advogado e custas judiciais e extinguiu o processo; o segundo, concedeu a tutela de urgência, por julgar que as sociedades de comando, em virtude de existir flagrante conflito de interesses, não poderiam deliberar sobre demanda a ser proposta contra administrador que integra o “grupo de controle”.

O conflito de interesses é o tema mais intrincado e controvertido do direito societário na doutrina e na jurisprudência, de ontem e de hoje, aqui e alhures, por três motivos.

Primeiro, o conflito de interesses é uma questão subjetiva, uma questão de foro íntimo; segundo, militam a favor do acionista, ao manifestar a sua vontade, os princípios da presunção de boa-fé do voto e da liberdade de emití-lo; terceiro, as legislações o regulam através de cláusulas gerais, de conceitos jurídicos indeterminados, isto é, de normas de conteúdo vago, flexível, compelindo o exegeta a adequar o texto da lei à realidade e o juiz, ao aplicá-las, a agir com prudente arbítrio, de que é exemplo o art. 115 da nossa Lei de Sociedades Anônimas (LSA), que trata do voto lícito, do voto abusivo, do voto em conflito de interesses e da proibição de voto.

A LSA considera lícito ou legítimo o voto proferido com lealdade e de boa-fé “no interesse da companhia” (art. 115, *caput*, parte inicial) e ilícito ou abusivo o voto que visa “causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para o acionista ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas” (art. 115, *caput*, segunda parte).

A LSA reputa antagônico ou contrário o voto que puder beneficiar o acionista “de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia” (art. 115, §1º, parte final), e proíbe o voto do acionista “nas deliberações da assembleia geral relativas ao laudo de avaliação de bens que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador” (art. 115, §1º, parte inicial).

Ao disciplinar o exercício do direito de voto dessa forma, a LSA alinha-se ao Código Civil italiano, art. 2373, parte final; à Lei das Sociedades Anônimas alemã, art. 136; ao Código Federal Suíço das Obrigações, art. 695; ao Código das Sociedades Comerciais português, art. 384º, nº 6, alíneas “b” e “c”, e ao antigo Projeto de Sociedade Anônima Europeia, art. 92, § 3º.

Nesses sistemas jurídicos, é vedado, expressamente, ao acionista-administrador, qualquer que seja o número de ações que possua, tomar parte na deliberação da assembleia geral que vise destituí-lo do cargo, apurar a sua responsabilidade civil, penal e administrativa e compeli-lo a ressarcir os prejuízos causados à companhia e aos acionistas, enquanto, no Brasil, a proibição de voto é apenas implícita.

Anote-se, todavia, que o art. 115, § 1º, da LSA não esgota as hipóteses de proibição de voto, não havendo dúvida de que é defeso à sociedade controladora eleger membro do conselho de administração ou diretor executivo que saiba inapto, moral ou tecnicamente (art. 117, §1º, alínea “d”), ou que carecer de reputação ilibada (art. 147, § 3º), devendo o magistrado, em uma análise lógica, sistemática e econômica e com o valioso supedâneo do Direito Comparado, considerar impedido o acionista-administrador de participar da decisão que objetive afastá-lo de suas funções e atribuições, processá-lo e condená-lo ao pagamento de perdas e danos.

Salta aos olhos que o indivíduo, que tenha feito “colaboração premiada” nos termos da Lei nº 12.850, de 2013, para livrar-se da persecução penal, eventual condenação criminal e consequente prisão, não possui nem reputação ilibada, nem idoneidade moral e, se não as possui e ostenta, não pode ser eleito, nem, tampouco, permanecer ocupando o cargo de diretor presidente de companhia aberta, por não preencher os requisitos imprescindíveis para gerir e representar sociedades anônimas.

Aliás, o litígio judicial sequer teria ocorrido se o conselho de administração, incumbido eleger e destituir os diretores (art. 142 da LSA), houvesse afastado o diretor presidente com respaldo nos mesmos fundamentos de fato e de direito.

**“O conflito de interesses é o tema mais intrincado e controvertido do direito societário na doutrina e na jurisprudência, de ontem e de hoje, aqui e alhures (...)”.**

## NOVIDADES SOBRE A VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA CORPORATIVA

MÁRIO PAIVA  
Advogado<sup>1</sup>

Incrível como o impacto da tecnologia no Direito causa perplexidade nos meios jurídicos, vez que mesmo após anos de estudo não conseguimos chegar a soluções satisfatórias que deem efetiva segurança às partes envolvidas em questões judiciais decorrentes da utilização dos meios informáticos dispostos no trabalho. Nesta reflexão encontra-se a questão a respeito da possibilidade ou não do monitoramento pelo empregador do correio eletrônico utilizado, no ambiente de trabalho, pelo empregado.

Consideramos um marco nessas discussões o Congresso Internacional de Direito e Tecnologias da Informação, realizado em Brasília, no Superior Tribunal de Justiça, em outubro de 2002 pelo Centro de Estudos Judiciários, e onde proferimos a palestra “O Monitoramento do Correio Eletrônico no ambiente de trabalho”,<sup>2</sup> artigo este citado na grande maioria dos estudos realizados no país sobre o assunto inclusive pelo livro do ilustre Professor e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Dr. ALEXANDRE AGRA BELMONTE intitulado “**O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas relações de trabalho.**”<sup>3</sup>

Desde então, durante esses mais de 15 (quinze) anos de reflexão, a doutrina e jurisprudência têm passado por diversas, vamos dizer assim “ondas de pensamento” que evoluem conforme o tempo. Inicialmente, as decisões judiciais filiavam-se ao pensamento de que o correio eletrônico era inviolável seja ele privado ou corporativo, vez que sua proteção estaria presente em pactos internacionais e em todas as Constituições democráticas no mundo. Após, entendeu-se que correio eletrônico não era abarcado pela Constituição pois a palavra correspondência, insertas nas Cartas Magnas e pactos internacionais, abrangia apenas as correspondências físicas.

No entanto, estes pensamentos sucumbiram para dar espaço a teses mais bem elaboradas

---

1 Advogado militante em Belém, foi Conselheiro e Presidente da Comissão em Direito da Informática da OAB/PA. Ex-professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará, especialista em Direito da Informática. Assessor da OMDI - Organização Mundial de Direito e Informática; Membro do IBDI - Instituto Brasileiro de Direito da Informática e do Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico - IBDE. Colaborador de várias revistas e jornais da área jurídica nacionais e estrangeiros, tendo mais de 400 (quatrocentos) artigos publicados; autor e coautor de livros jurídicos; palestrante nacional e internacional.  
Site: [www.mariopaiva.adv.br](http://www.mariopaiva.adv.br) email: [mariopaiva@mariopaiva.adv.br](mailto:mariopaiva@mariopaiva.adv.br)

2 Conferência proferida no “Congresso Internacional de Direito e Tecnologias da Informação”, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários, nos dias 3 e 4 de outubro de 2002, no auditório do Superior Tribunal de Justiça e publicado na Revista CEJ, Brasília, nº 19, p. 24-39, out/dez 2002.

3 BELMONTE, Alexandre Agra. **O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho**. Editora Ltr, 2ª edição, São Paulo.

que, em 2005, foram sintetizadas em acórdão paradigma<sup>4</sup> da lavra do Ministro JOÃO ORESTE DALAZEN do Tribunal Superior do Trabalho, que pontuou, exemplarmente, a questão, afirmando que o *e-mail* pessoal seria inviolável pois tratava-se de sacrossanto direito do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência porém, o *e-mail* corporativo, não teria razoável expectativa de privacidade e, portanto, o empregador poderia monitorar tanto formalmente quanto o conteúdo das mensagens.

Em sendo assim, a doutrina e jurisprudência seguiam e seguem, nesse sentido, pacificando o entendimento com algumas nuances que variam caso a caso, como a de o trabalhador ser cientificado previamente desta possibilidade de monitoramento, a de que o *e-mail* corporativo não seja monitorado exaustiva e indiscriminadamente pelo empregador, que do simples manuseio pelo empregado do correio eletrônico corporativo utilizado, para fins particulares não decorra necessariamente a aplicação de justa causa, que seja avaliado o número de mensagens e conteúdo antes da aplicação de qualquer sanção disciplinar, etc.

No entanto, em setembro de 2017 o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em sua última instância, e em decisão não unânime, resolveu rediscutir a matéria e trouxe à baila a questão em julgamento conhecido como *Barbulescu versus Romênia*<sup>5</sup> afirmando que a privacidade dos trabalhadores não pode ser reduzida a zero e que o *chat* (corporativo), colocado pela empresa a disposição do engenheiro romeno, não pode ser monitorado indiscriminadamente e, além da obrigação das empresas de cientificar os funcionários quanto ao monitoramento, estas não devem também acessar o conteúdo das mensagens mesmo que aquele *chat* seja corporativo e o empregado tenha utilizado, em alguns momentos, para fins particulares.

Com isso, concluiu o Tribunal Supranacional que o artigo 8<sup>a</sup> da Convenção Europeia de Direitos Humanos deve ser aplicado, ainda que as comunicações feitas pelo empregado sejam particulares e realizadas em ferramentas tecnológicas de propriedade do empregador, no horário e local de trabalho, devendo com isso serem respeitados a vida privada e o sigilo de correspondência dos envolvidos.

Por isso é que, há duas décadas, advertimos que é preciso que haja um melhor aprofundamento sobre essas questões advindas do mundo virtual, pois, no caso em comento, colocamos em xeque direitos fundamentais, como a honra, a imagem, propriedade, privacidade, inviolabilidade de correspondência, dentre outros, e não podemos nos conformar que ao confrontar estes direitos teríamos uma solução fácil que pacificaria todas as questões envolvendo o monitoramento de correio eletrônico do empregado pelo empregador.

4 TST-RR-613/2000-013-10-00, Rel. Min. JOÃO ORESTE DALAZEN, 1ª Turma, DJ de 10/06/05.

5 Julgamento da Grande Câmara do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso de *Bărbulescu c. Romênia* número de pedido 61496/08.

**“(...) há duas décadas, advertimos que é preciso que haja um melhor aprofundamento sobre estas questões advindas do mundo virtual pois, no caso em comento, colocamos em xeque direitos fundamentais como a honra, a imagem, propriedade, privacidade, inviolabilidade de correspondência dentre outros (...)”.**

Vale ressaltar que nossa legislação foi entabulada por séculos em situações físicas e não foram preparadas para o que chamo de “informatização do direito”. Institutos seculares e estudos profícuos, muitas vezes, sequer servem de base para a solução que, na maioria das situações, depende de conceitos e práticas totalmente novas, desvinculadas de qualquer tipo de direito ou norma vigente, o que nos levou, à época, até mesmo a cogitar que deveríamos criar uma espécie de Direito das Tecnologias da Informação como um ramo específico e autônomo do direito para estudar o assunto.

Por fim resta a nós alertar a comunidade jurídica que muitos desafios ainda estão por vir e que precisamos levar estas questões de forma mais intensa para os bancos escolares através de cadeiras específicas e obrigatórias nas universidades, congressos e conferências, tendo em vista que este tema, dentre outros correlatos, precisa de estudos mais consistentes para assegurar tanto os profissionais de direito como os atores sociais a terem mais garantias no momento da utilização dos meios tecnológicos colocados à disposição pelo empregador para o empregado, no ambiente de trabalho, levando assim, a sociedade a uma maior segurança jurídica.

## DESPERDÍCIO TECNOLÓGICO NO BRASIL: O PARADOXO ENTRE O USO DA INTERNET E O DESENVOLVIMENTO DE NEGÓCIO NO AMBIENTE DIGITAL\*

*Technological waste in brazil: the paradox between internet use and business development in the digital environment*

ALLEN DOS SANTOS PINTO DA SILVA FILHO<sup>1</sup>

Resumo: O Brasil é um dos maiores usuários da internet, no entanto, é um dos últimos no desenvolvimento de negócio no ambiente digital. Como isso causa impacto econômico e se distancia do item 45 da Agenda de Desenvolvimento da OMPI.

Palavras-chaves: Brasil. Internet. Negócio. Inovação. Digital. Desenvolvimento.

*Abstract: Brazil is one of the largest users of the Internet, however, it is one of the last in the development of business in the digital environment. As this has economic impact and departs from item 45 of the WIPO Development Agenda.*

*Key-words: Brazil. Internet. Business. Innovation. Digital. Development.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Para que serve a Agenda de Desenvolvimento da OMPI. 3. Panorama legislativo no âmbito tecnológico no Brasil. 4. A distância entre Universidade, o meio empresarial e os órgãos governamentais. 5. Falta de política de propriedade intelectual. 6. O que podemos copiar. 7. Conclusão

### 1. INTRODUÇÃO

Em 2017 utilizei os dados publicados pela agência de marketing social *We Are Social* divulgou o relatório *Digital, Social e Mobile* de 2015, que demonstrou as estatísticas completas de uso de *internet* em 2014.

Em tal relatório, demonstrou-se que o Brasil era um dos maiores usuários da internet (gráfico 1), principalmente no uso da *internet mobile* (gráfico 2), o que aumenta aproximação com a tecnologia.

---

\* Artigo atualizado na versão eletrônica da Revista de Direito em março de 2019.

<sup>1</sup> Assessor de Órgão Julgador no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Pesquisador da UERJ vinculado ao Escritório de Propriedade Intelectual do Departamento de Inovação. Pesquisador do Núcleo Jurídico do Observatório de Inovação do Instituto de Estudos Avançados da USP. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Gestão Estratégica da Informação, Empreendedorismo e Inovação da UFSC. Assistente de Pesquisa da FGV Direito RIO e-mail: allen.silva@gmail.com

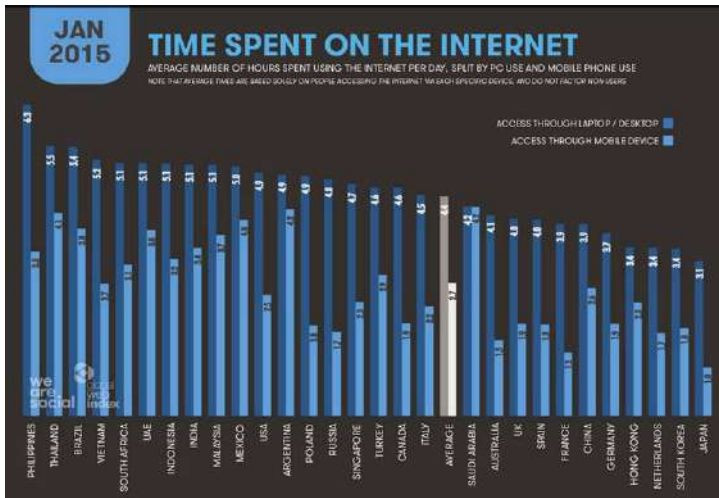


Gráfico 1



Gráfico 2

Na época, essa grandeza de acesso era destinada para navegação das redes sociais (gráfico 3), logo, não impactando em avanço tecnológico ou desenvolvimento econômico ou índice de inovação – o Brasil em 2017 ocupada a 69ª posição no ranking do Índice Global de Inovação.

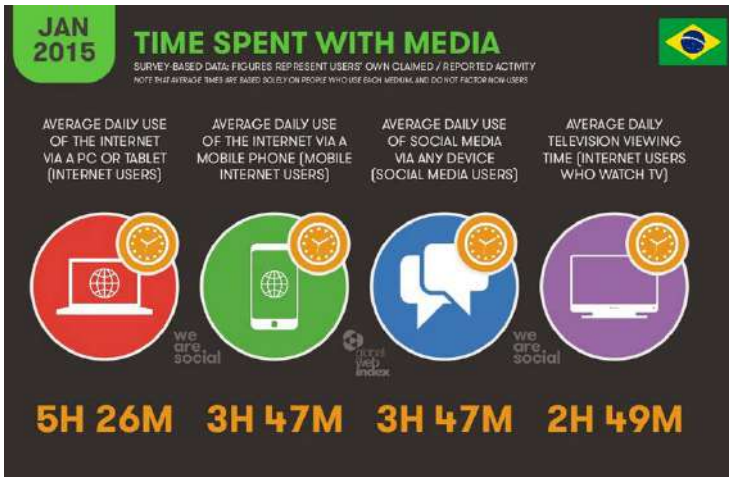


Gráfico 3

Passado o lapso temporal de dois anos, verifica-se que a situação não modificou muito.

Apesar de subir cinco posições no *ranking* do Índice Global de Inovação (gráfico 4), o brasileiro continua utilizando a *internet* para navegar pelas redes sociais (gráfico 5 e 6) em vez de produzir inovação, vide os aplicativos baixados para os telefones celulares (gráfico 7) e os setores referente ao *e-commerce* (gráfico 8).



Gráfico 4





Gráfico 8

Mesmo que tais dados não tenham 100% de certeza, apesar do nível de confiabilidade do estudo apresentado pela agência marketing social *We Are Social*, logo, se constata que o brasileiro tem um enorme potencial para desenvolver novas práticas comerciais, mas, não o faz, seja pela não utilização seja pela falta de educação empresarial, no sentido de como criar negócio com e na *internet*.

As Universidades e o setor empresarial não aceitam pedidos de amizade entre si, o que gera distanciamento e falta de comunicação. Os órgãos estatais não são bons moderadores e não contribuem para que o usuário saiba como se comportar e o investidor como auxiliar.

Desse modo, por mais que os brasileiros gastem mais tempo na *internet* do que vendo televisão, mas o distanciamento entre os atores principais, tanto do usuário quanto entre si, ocasiona um desperdício tecnológico no Brasil

No meio dessa celeuma, órgãos internacionais estudam e propõe formas para cada país se desenvolver.

No presente artigo, apresentamos alguns dados sobre o acesso do brasileiro à internet e subutilização para realização de novos negócios, bem como fazemos apontamentos sobre a distância entre o meio acadêmico e empresarial. Tudo isso, utilizando como pano de fundo o item 45 da Agenda de Desenvolvimento da OMPI, abaixo transcrito:

"45. Para abordar a aplicação da propriedade intelectual no contexto de interesses sociais amplos e especialmente preocupações voltadas para o desenvolvimento, tendo em vista que "a proteção e a observância dos direitos de propriedade intelectual deverão contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício recíproco dos produtores e dos usuários de conhecimentos tecnológicos e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio de direitos e obrigações """, nos termos do artigo 7º do Acordo TRIPS."

## 2. PARA QUE SERVE A AGENDA DE DESENVOLVIMENTO DA OMPI

A “Agenda de Desenvolvimento” foi adotada em 2007 pela Assembléia-Geral da OMPI, atendendo proposta apresentada três anos antes por Brasil e Argentina, com apoio dos países subdesenvolvidos e oposição liderada pelos Estados Unidos. Ela parte do pressuposto de que, apesar dos progressos científicos e tecnológicos do último século, há um crescente abismo entre os países ricos e os pobres nesses campos.

Por isso, defende a alteração da atual política de proteção da propriedade intelectual, para que possibilite a transferência e a disseminação de tecnologias em favor dos últimos. São ao todo 45 recomendações sobre assistência técnica e capacitação, políticas públicas e domínio público, transferência de tecnologia, acesso ao conhecimento, questões institucionais e outras<sup>2</sup>.

**“A falta de conhecimento sobre propriedade intelectual no meio acadêmico, principalmente, tecnológico, gera prejuízos imensuráveis para o desenvolvimento e crescimento econômico do país (...)”.**

## 3. PANORAMA LEGISLATIVO NO BRASIL

A Constituição Federal dispõe que:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade

---

2 Fleur Claessens. “A Agenda de Desenvolvimento da OMPI avança.” *Puentes entre el Comercio y el Desarrollo Sostenible*, v.VIII, n. 1, Marzo. 2007, p.13; Joana Varon. Conquistas da 5ª Reunião do Comitê sobre Desenvolvimento e Propriedade Intelectual da OMPI, 07/05/2010. <http://a2kbrasil.org.br/Conquistas-da-5-Reuniao-do-Comite>.

de econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Portanto, o brasileiro tem garantido constitucionalmente o livre exercício de qualquer atividade econômica, no entanto, não o faz. E quando faz não consegue sobreviver empresarialmente.

Para tanto, o Poder Legislativo vem promulgando leis que visam criar elementos facilitadores para o desenvolvimento de novos negócios, e, inclusive, o processo inovador.

A Lei nº 11.196/05 (LEI DO BEM), a Lei nº 10.973/2004, modificada pela Lei nº 13.243/2016 (LEI DA INOVAÇÃO), e a Lei Complementar nº 155/2016 (LEI DO INVESTIDOR ANJO), são atualmente normas essenciais e primordiais para aquele estudante e/ou empresário que pretende desenvolver atividades tecnológica no Brasil.

Sem entrar no mérito da eficácia legislativa, nota-se que tais dispositivos legais nem sempre atingem sua finalidade ou a intenção da lei, visto que a dificuldade de aplicação e entendimento, seja pelo operador do direito, seja pelo cidadão sem conhecimento jurídico, emperra sua aplicação aos casos concretos empresariais.

#### 4. A DISTÂNCIA ENTRE A UNIVERSIDADE, O MEIO EMPRESARIAL E OS ÓRGÃOS GOVERNAMENTAIS

A falta de objetividade legislativa ocasiona a falha na aplicação de recursos financeiros e humanos para o desenvolvimento inovador.

As Universidades brasileiras dividem-se em dois grupos: particulares e públicas. Explica-se que esta divisão é contextual. Pois bem, no grupo das particulares, se constata um controle de muitas universidades nas mãos de poucas empresas. Sendo certo que na maioria das vezes essas empresas “estudantis” tem seu capital negociado na bolsa de valores, logo, visam lucro.

O outro grupo, universidades públicas, sofre com a crise econômica do Estado, pois depende de verba pública para manutenção as suas atividades educacionais, incluindo aqui, por lógica, a pesquisa.

Portanto, sem muitas delongas nos deparamos com dois cenários não favoráveis às pesquisas.

No campo estatal, a divisão é outra: órgãos com disposição legal e órgãos com disposição legal e orçamentária, para contribuir com pesquisa.

No âmbito estadual, vamos nos delimitar ao Estado do Rio de Janeiro, os órgãos de fomento e apoio à pesquisa tem disposição legal, mas, hoje, em função da crise econômica, não conseguem arcar com as despesas já aprovadas e não abrem novos editais para iniciar novos processos.

Diante desse quadro, o empresário brasileiro, preocupado em sobreviver, não cogita se aproximar das Universidades e dos órgãos de fomento, pois não enxergam retorno financeiro.

Ocorre que a aproximação entre a Universidade, seja pública ou particular, e dos órgãos de fomento, seria o melhor dos mundos nesse momento de crise para este empresário desacreditado. A mão de obra especializada que está nas Universidades brasileiras e as possibilidades de parceria com os órgãos de fomento e apoio à pesquisa, tendem a gerar novos negócios e possibilidade de lucro nunca vistos no setor empresarial.

As leis supracitadas (Lei nº 11.196/05 (LEI DO BEM), a Lei nº 10.973/2004, modificada pela Lei nº 13.243/2016 (LEI DA INOVAÇÃO), e a Lei Complementar nº 155/2016 (LEI DO INVESTIDOR ANJO)), no seu escopo visam justamente esse aproveitamento e desenvolvimento “barato” de novos produtos (entenda-se novos negócios).

Pegemos de exemplo o Núcleo de Inovação Tecnológica das Unidades de Pesquisas do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação no Rio de Janeiro, NIT-RIO. Mesmo estando em pleno funcionamento num dos pontos mais conhecidos da Cidade do Rio de Janeiro, Urca, quase nenhum empresário do ramo de tecnologia o conhece.

O NIT-RIO está vinculado ligado à Subsecretaria de Coordenação das Unidades de Pesquisa (SCUP) do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI).

Desde a sua criação em 2007, o NIT-Rio atua em toda a cadeia da inovação tecnológica, executando atividades relacionadas à gestão da propriedade intelectual, negociação de parcerias com setor produtivo e transferência de tecnologia das sete Unidades de Pesquisa associadas – CBPF – Centro Brasileiro de Pesquisas Físicas, CETEM – Centro de Tecnologia Mineral, IMPA – Instituto Nacional de Matemática Pura e Aplicada, INT – Instituto Nacional de Tecnologia, LNCC – Laboratório Nacional de Computação Científica, MAST – Museu de Astronomia e Ciências Afins, ON – Observatório Nacional.<sup>3</sup>

Mesmo tendo todo um conteúdo intelectual, o NIT-RIO não possui investimento privado ou até público para o seu funcionamento, ocasionando um prejuízo no desenvolvimento ao apoio pesquisadores.

Segundo pesquisa empírica, coletamos dados que substanciam que, além da falta de apoio privado, a verba dos projetos apoiados pelo Estado não está sendo repassada. E, esse foi o mais preocupante, o pesquisador não confia em outro para desenvolver o resultado da sua pesquisa como um produto comercial.

## 5. FALTA DE POLÍTICA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

A falta de conhecimento sobre propriedade intelectual no meio acadêmico, principalmente, tecnológico, gera prejuízos imensuráveis para o desenvolvimento e crescimento econômico do país.

Como dito no final do capítulo anterior, os pesquisadores não tem confiança em demonstrar suas pesquisas para escritórios de negócios, que vão aprimorar e tornar comercial aquele novo produto ou processo inovador.

<sup>3</sup> <http://www.nitrio.org.br/?pgn=Quem%20somos>. Acesso em: 20/02/2017.

Apesar dos pesquisadores serem Mestres ou Doutores no ramo da pesquisa científica tecnológica, os pesquisadores preferem fazer suas pesquisas para si e não dão continuidade no teste prático, pois, assim, evitam que a pesquisa ganhe uma roupagem comercial.

Além disso, as agências de fomento ou demais órgãos estatais contribuem para a falta de política de propriedade intelectual. O que causa perplexidade, visto que são os maiores investidores de inovação no Brasil.

Também em pesquisa empírica na FAPERJ, verificou-se que nos contratos celebrados para fomento de pesquisa, a cláusula que prevê o pagamento do royalties não é exercida pela órgão estatal. Sob a justificativa, que o Estado não pretende se envolver no resultado da pesquisa. O que foi produzido pelo pesquisador é dele e de mais ninguém. Observe-se que o financiamento foi público.

Acompanhando a não preocupação com a propriedade intelectual, está o empresário do ramo tecnológico, aqui para fins didáticos falaremos de empresas de tecnologia com produtos web, ou seja, produzidos e comercializados na internet.

Em visita ao evento Circuito Startup – Rio, constatamos que o discurso padrão é: não estamos preocupados em registrar nossa tecnologia ou processo inovador. Queremos que outros usem, porque também utilizamos os dos outros.

Desse modo, resta evidente que falta conhecimento sobre como um registro de uma tecnologia pode não só proteger o produto, assim como gerar desenvolvimento econômico para todos os envolvidos na cadeia produtiva: pesquisador (universidade), Estado (órgão de fomento) e empresário.

## 6. O QUE PODEMOS COPIAR

Na Índia encontramos um ambiente digital muito diferente do Brasil. O governo indiano iniciaram um processo de investimento em educação e aproximação das Universidades com o meio empresarial.

Singapura também passou pelo mesmo processo de avanço tecnológico estruturado.

Mas, como não podemos evitar o inevitável, podemos copiar nossos amigos americanos.

No livro “Estado Empreendedor”, Mariana Mazzucato, demonstra como é importante a conexão entre os atores do setor: Universidade, Estado e Empresário. Através de casos concretos, a autora deixa claro a importância de uma política séria de propriedade intelectual.

Não existe avanço sem registro e sem participação coletiva (dos interessados).

A ampliação dos direitos de propriedade intelectual, em escala mundial, é vital em dois setores: ela garantiria incentivos à inovação pelas empresas nacionais e corporações multinacionais e constituiria uma barreira defensiva contra a imitação estrangeira de tecnologias desenvolvidas nacionalmente.<sup>4</sup>

## 7. CONCLUSÃO

Com a promulgação da Lei da Inovação, Lei do Bem, e novas políticas públicas de desenvolvimento e a aproximação real da Universidade do setor empresarial, espera-se que o Brasil entre na rota do desenvolvimento das medidas previstas no artigo 45 da Agenda da OMPI.

No entanto, as mazelas legislativas e o enorme entrave social econômico gerado por anos de brigas políticas, não causa entusiasmo que gere milhões de curtidas, como seria um vídeo numa rede social.

## 8. REFERÊNCIAS

RELATÓRIO DIGITAL, SOCIAL E MOBILE DE 2015. A agência de marketing social *We Are Social*. Disponível em: <<https://goo.gl/pssQqA>>. Acesso em 20 fev. 2017.

RELATÓRIO DIGITAL, SOCIAL E MOBILE DE 2015. A agência de marketing social *We Are Social*. Disponível em: <<https://goo.gl/E1L3hC>>. Acesso em 22 mar. 2019.

ACESSO A INTERNET E POSSE DE TELEFONE MÓVEL CELULAR PARA USO PESSOAL. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv63999.pdf>>. Acesso em 20/02/2017.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. Propriedade intelectual: os novos desafios para a América Latina. Disponível em: <<https://goo.gl/MJM1N7>>. Acesso em 20/02/2017.

ANPEI – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO DAS EMPRESAS INOVADORAS. Posicionamento Anpei: vetos presidenciais ao marco legal de C,T&I. São Paulo: Anpei, 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/P7ABOU>>. Acesso em 20/02/2017.

ANPROTEC – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE ENTIDADES PROMOTORAS DE EMPREENDIMENTOS INOVADORES. Posicionamento Anprotec sobre Código de CT&I. Brasília: Anprotec, 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/IoxBmu>>. Acesso em 20/02/2017. BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União, Brasília, 1990. Disponível em: <<http://goo.gl/4IS0w>>. Acesso em 20/02/2017.

---

<sup>4</sup> **Propriedade Intelectual: os Novos Desafios para a América Latina.** PAULO ROBERTO DE ALMEIDA.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 1993. Disponível em: <<http://goo.gl/G0BiY>>. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994. Dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 1994. Disponível em: <<http://goo.gl/f1M6Dh>>. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2004. Disponível em: <<http://goo.gl/h8WAw>>. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.563, de 11 de outubro de 2005. Regulamenta a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2005. Disponível em: <<http://goo.gl/9ci03>>. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Portaria Interministerial MP/MF/MCT no 127, de 29 de maio de 2008. Estabelece normas para execução do disposto no Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Brasília: MP; MF; MCT, 2008. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Câmara do Deputados. Projeto de Lei nº 2.177/2011. Institui o Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <<http://goo.gl/xyeJaA>>. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.772, de 28 de dezembro de 2012. Dispõe sobre a estruturação do Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal; sobre a Carreira do Magistério Superior, de que trata a Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987; sobre o Plano de Carreira e Cargos de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico e sobre o Plano de Carreiras de Magistério do Ensino Básico Federal, de que trata a Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008; sobre a contratação de professores substitutos, visitantes e estrangeiros, de que trata a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993; sobre a remuneração das Carreiras e Planos Especiais do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, de que trata a Lei nº 11.357, de 19 de outubro de 2006; altera remuneração do Plano de Cargos Técnico-Administrativos em Educação; altera as Leis nos 8.745, de 9 de dezembro de 1993, 11.784, de 22 de setembro de 2008, 11.091, de 12 de janeiro de 2005, 11.892, de 29 de dezembro de 2008, 11.357, de 19 de outubro de 2006, 11.344, de 8 de setembro de 2006, 12.702, de 7 de agosto de 2012, e 8.168, de 16 de janeiro de 1991; revoga o art. 4º da Lei nº 12.677, de 25 de junho de 2012; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/B9Xtx>>. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Portaria nº 251, de 12 de março de 2014. Brasília: MCTI, 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/SKHKdb>>. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Produtivismo incluyente: empreendedorismo vanguardista. Brasília: SAE/PR, 2015a. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 77/2015. Brasília: Senado Federal, 2015b. Disponível em: <<http://goo.gl/EnXv0w>>. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, a Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, a Lei nº 8.010, de 29 de março de 1990, a Lei nº 8.032, de 12 de abril de 1990, e a Lei nº 12.772, de 28 de dezembro de 2012, nos termos da Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015. Diário Oficial da União, Brasília, 2016a. Disponível em: <<http://goo.gl/gjDTBT>>. Acesso em 20/02/2017.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto. Mensagem Presidencial nº 8, de 11 de janeiro de 2016. Brasília: Palácio do Planalto, 2016b. Disponível em: <<http://goo.gl/bDLexZ>>. Acesso em 20/02/2017.

CGEE – CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS. Modelos institucionais das organizações de pesquisa. Brasília: CGEE, 2010. v. 3. (Série Documentos Técnicos).

CGU – CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Coletânea de entendimentos, gestão de recursos das instituições federais de ensino superior e dos institutos que compõem a Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica: perguntas e respostas. Brasília: CGU, 2013.

FORAY, D.; MOWERY, D.; NELSON, R. The need for a new generation of policy instruments to respond to the grand challenges, *Research Policy*, v. 41, n. 10, p. 1697-1792, dez. 2012.

KLINE, S.; ROSENBERG, N. An overview of innovation. In: LANDAU, R.; ROSENBERG, N. (Eds.). *The positive sum strategy*. Washington: National Academy of Press, 1986.

MAZZUCATO, Mariana. O estado empreendedor: Desmascarando o mito do setor público x setor privado. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

RAUEN, C. O elemento “tradução” e o êxito na incubação de projetos tecnológicos: o caso da incubadora do Inmetro. *Revista Gestão & Conexões*, v. 3, n. 2, p. 25-46, jul./dez. 2014.

RIBEIRO, V.; SALLES-FILHO, S.; BIN, A. Gestão de institutos públicos de pesquisa no Brasil: limites do modelo jurídico. *Revista de Administração Pública*, v. 49, n. 3, p. 595-614, 2015.



# **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**



AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.322.449 - RJ (2012/0094924-1)

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. OFENSA AOS ARTS. 165, 458, 535, II, DO CPC/73 NÃO DEMONSTRADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRERROGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ÂMBITO CONSUMERISTA. INATACADO FUNDAMENTO BASILAR DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA Nº 283/STF. OBRIGAÇÃO DE IMPLANTAR SETOR DE RELACIONAMENTO, A FIM DE DISPONIBILIZAR AO CONSUMIDOR FÁCIL ACESSO A CANAL DESTINADO AO CANCELAMENTO DA LINHA TELEFÔNICA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.

1. Afasta-se a alegação de ofensa aos arts. 165, 458, 535, II, do CPC/73, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. De acordo com a jurisprudência desta Corte, “o Ministério Público, no âmbito de ação consumerista, faz jus à inversão do ônus da prova, a considerar que o mecanismo previsto no art. 6º, inc. VIII, do CDC busca concretizar a melhor tutela processual possível dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos e de seus titulares - a espécie, os consumidores -, independentemente daqueles que figurem como autores ou réus na ação” (REsp 1.253.672/RS,

Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 09/08/2011).

3. O recurso especial não impugnou fundamento basilar que ampara o acórdão recorrido, de forma que a irresignação esbarra no obstáculo da Súmula nº 283/STF, que assim dispõe: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”.

4. A Corte de origem ratificou a sentença de piso que, a partir do exame do acervo probatório dos autos, concluiu pela inexistência de setores de relacionamento para o cancelamento de linhas telefônicas, razão pela qual condenou a parte recorrente a implantar referido serviço, bem como ao pagamento de danos materiais, a serem apurados em liquidação de sentença, caso o consumidor comprove o fato gerador do direito reclamado. Rever tal conclusão, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula nº 7/STJ.

5. A inexistência de similitude fático-jurídica entre os acórdãos recorrido e paradigma impede a análise da alegada divergência jurisprudencial.

6. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGInt no Recurso Especial nº 1.322.449 - RJ (2012/0094924-1), em que é Agravante: TIM Celular S.A. e Agravado Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros REGINA HELENA COSTA (Presidente),

GURGEL DE FARIA, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO e BENEDITO GONÇALVES votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2017.  
(Data do Julgamento)

**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**  
Relator

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA (Relator): A hipótese é de agravo interno interposto contra decisão que conheceu em parte do recurso especial e, nessa extensão, lhe deu parcial provimento, pelas seguintes razões: (I) ausência de violação aos arts. 165, 458, 535, II, do CPC/73; (II) impossibilidade de exame do art. 96 do Regulamento do SMP/ANATEL pois tal ato normativo não se enquadra no conceito de tratado ou lei federal previstos no texto constitucional; (III) incidência da Súmula nº 7/STJ com relação à tese de carência da ação; (IV) a Corte local decidiu em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do Ministério Público em ação consumerista; e (V) não cabimento de condenação do réu em honorários advocatícios em Ação Civil Pública, a menos que comprovada a má-fé.

Irresignada, a parte agravante repisa a alegação de violação aos arts. 165, 458, 535, II, do CPC/73, ao argumento de que não foram declinados os fundamentos jurídicos para a imposição da obrigação de instalar Setor de Relacionamento pela TIM e pela inexistência de fundamento para se concluir pela ocorrência de danos individuais aos consumidores.

Repisa, também, a alegação de que foi indevida a inversão do ônus da prova em fa-

vor do *Parquet*, pois tal providência ocorreu somente na prolação da sentença, o que impediu a parte agravante de comprovar no curso da instrução que já havia instalado todos os setores de relacionamento previstos pela ANATEL. Nesse ponto, alega que a inversão também foi indevida, pois não foram atendidos os requisitos de verossimilhança da alegação e hipossuficiência do consumidor. Afirma, ainda, que caberia ao Ministério Público comprovar os prejuízos causados aos consumidores e a suposta não instalação de todos os setores de relacionamento.

Por outro lado, alega que em momento algum a parte agravante se insurgiu contra o art. 96 do Regulamento do SMP.

Alega, também, que o óbice previsto na Súmula nº 7/STJ não se aplica ao caso, já que a análise sobre a instalação dos setores de relacionamento previstos no Regulamento da ANATEL não enseja o reexame de provas, porquanto bastaria a leitura dos documentos acostados aos autos. Defende que a manutenção do entendimento de que é necessário instalar setores de relacionamento, nega vigência à legislação que prevê a competência da ANATEL para regular e fiscalizar o Setor de Telecomunicações.

Por fim, aduz dissídio jurisprudencial.

O *Parquet* estadual apresentou impugnação a f. 546/554.

É o relatório.

### Voto

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA (Relator): Em que pesem os argumentos deduzidos no presente recurso, a decisão agravada não merece reparos.

De início, com relação à tese de que não

foram declinados os fundamentos jurídicos para a imposição da obrigação de instalar Setor de Relacionamento pela TIM e pela inexistência de fundamento para se concluir pela existência de danos individuais aos consumidores, convém a transcrição do seguinte trecho do acórdão recorrido (f. 81/384):

De fato, a apelante alega que o pedido formulado pelo Ministério Público carece de utilidade, porque não há dano comprovado causado a usuários da TIM e porque o provimento pleiteado já é objeto de norma federal específica, editada pela ANATEL.

Ora, decerto que somente após a formação do conjunto probatório torna-se possível aferir se a providência pleiteada foi ou está sendo cumprida, ao passo em que os danos sofridos pelos consumidores devem ser objeto de prova na fase de liquidação de sentença.

(...)

Já no inquérito civil que deu origem ao processo judicial, restou sobejamente demonstrada a violação ao direito básico do consumidor de desvincular-se do contrato mantido com a prestadora de serviços apelante.

Basta analisar o teor dos ofícios de f. 67/69 e 144/145, expedidos pela ANATEL em resposta as informações solicitadas pelo Ministério Público quanto à conduta da apelante e ao descumprimento do art.2º, da Resolução nº 316/2002.

Como se vê, não houve ofensa aos arts. 165, 458, 535, II, do CPC/73, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

Quanto ao argumento de que foi indevida a inversão do ônus da prova em favor do *Par-*

*quet*, melhor sorte não assiste à parte agravante pois a Corte local decidiu em consonância com o entendimento desta Corte no sentido de que o Ministério Público, no âmbito de ação consumerista, faz jus à inversão do ônus da prova.

A propósito:

CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I, DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA Nº 284/STF. VIOLAÇÃO DO ARTS. 165, 458 E 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. PRESTAÇÃO DEFICIENTE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. REQUISITOS AUTORIZADORES. REVISÃO. SÚMULA Nº 7/STJ. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE COM DISPENSA DE PRODUÇÃO DE PROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME. SÚMULA Nº 7/STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 128 E 460 DO CPC. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INEXISTÊNCIA. REDUÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO. NÃO INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA Nº 284/STF. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO A DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE.

1. Não ofende os arts. 165 e 458, incisos II e III, do Código de Processo Civil, o acórdão que fundamenta e decide a matéria de direito valendo-se dos elementos que julga aplicáveis e suficientes para a solução da lide.

2. A alegação genérica de violação do art. 535, inciso I, do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omissa o acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula nº 284/STF.

3. Inexiste violação do art. 535, inciso

II, do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

4. É sabido ser “pacífico nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual o Ministério Público, no âmbito de ação consumerista, faz jus à inversão do ônus da prova, a considerar que o mecanismo previsto no art. 6º, inc. VIII, do CDC busca concretizar a melhor tutela processual possível dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos e de seus titulares - na espécie, os consumidores -, independentemente daqueles que figurem como autores ou réus na ação” (REsp nº 1.253.672/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 02/08/2011, DJe 09/08/2011).

[...]

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp nº 1526946/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 17/09/2015, DJe 24/09/2015)

Ademais, no que pertine à alegação de que o momento processual para inversão do ônus da prova teria sido inoportuno, convém asseverar que a parte agravante sequer impugnou, em seu recurso especial, fundamento basilar do acórdão recorrido, qual seja, o de que a inversão do ônus da prova não gerou prejuízo à apelante, pois as partes tiveram oportunidade de produzir as provas que julgaram necessárias, sendo que a parte ora agravante requereu o julgamento antecipado do feito por entender que a matéria seria exclusivamente de direito (fl. 385). Destarte, o inconformismo esbarra no obstáculo da Súmula nº 283/STF, que assim dispõe: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”. A respeito do tema: AgRg nº REsp nº 1.326.913/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 04/02/2013; EDcl

no AREsp 36.318/PA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 09/03/2012.

Em razão da aplicação do mencionado óbice sumular, resta prejudicado o exame do dissídio jurisprudencial sobre a interpretação dos arts. 6º, VIII, do CDC e 333, I, do CPC/73.

Por outro lado, quanto ao argumento de que a parte agravante não se insurgiu contra o art. 96 do Regulamento do SMP, convém a transcrição do seguinte trecho do recurso especial (f. 418/419):

37- Todavia, o entendimento manifestado no v. acórdão contraria as Normas da referida Agência Reguladora eis que, apesar de a TIM cumprir o quanto disposto no art. 96 do Regulamento do SMP, editado pela ANATEL, o Tribunal *a quo* manteve o entendimento de que era necessário instalar Setores de Relacionamento.

38- Desta forma, tal comando acaba por negar vigência a todo o arcabouço legislativo que conferiu competência à ANATEL para regular e fiscalizar o Setor de Telecomunicações no país, pois mesmo diante da comprovação de que a TIM atende tais determinações, o v. acórdão dispõe de forma diversa:

“Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.”

“Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...)

IX - editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita,

fiscalizando e aplicando sanções;

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;”

39- Não obstante a TIM ter comprovado a instalação dos Setores de Relacionamento exigidos pela ANATEL, permitindo o cancelamento dos contratos por todos os meios exigidos (dentro do prazo de 24 horas), está sendo obrigada pelo Poder Judiciário a instalar outros supostos Setores de Relacionamento (que não se sabe quais são, conforme esclarecido acima).

40- Assim, verifica-se que a condenação imposta pelo v. acórdão recorrido nega vigência às normas editadas pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL e, conseqüentemente, viola os dispositivos de lei federal que atribuem à Agência competência para dispor sobre a matéria.

Como se vê, a parte agravante foi clara em defender que o acórdão recorrido contrariou as normas da ANATEL, motivo pelo qual, nesse ponto, o recurso especial não foi conhecido.

De outro giro, convém, igualmente, destacar o seguinte excerto do acórdão recorrido (f. 381/383):

Quanto ao argumento de que se mostra inadequada a via eleita, bem observado pela ilustre Procuradora de Justiça que os fundamentos da preliminar se confundem com o mérito da lide.

De fato, a apelante alega que o pedido formulado pelo Ministério Público carece de utilidade, porque não há dano comprovado causado a usuários da TIM e porque o provimento pleiteado já é objeto de norma federal específica, editada pela ANATEL.

Ora, decerto que somente após a formação do conjunto probatório torna-se possível aferir se a providência pleiteada foi ou está sendo cumprida, ao passo em que os danos sofridos pelos consumidores devem ser objeto de prova na fase de liquidação de sentença.

Tampouco há que se falar em nulidade da sentença por não terem sido sanadas todas as omissões apontadas pelo recorrente em seus embargos declaratórios, diante do que dispõe o art. 515, do CPC.

Não há qualquer omissão do julgado quanto à natureza dos prejuízos materiais experimentados pelos consumidores, na medida em que se chega à caracterização do dano material, na hipótese, através de raciocínio lógico. Assim, se os usuários da apelante tiveram frustradas as tentativas de cancelamento de suas linhas telefônicas, diante da deficiência do serviço prestado pela apelante neste sentido, o dano experimentado configura-se, naturalmente, na manutenção não desejada do contrato, o que, em sede de liquidação de sentença, deverá ser comprovado individualmente pelo consumidor.

Nem se diga que deixou o magistrado sentenciante de esclarecer se concluiu que a apelante não implantou os Setores de Relacionamento, sendo óbvio que, se a condenou a fazê-lo, é porque da análise das provas produzidas nos autos concluiu que inexistiam ditos setores, não se tratando a questão, pois, de omissão, mas sim de inconformismo da apelante com o resultado que lhe foi desfavorável. Rejeito, portanto, as preliminares suscitadas.

Como se vê, a Corte de origem ratificou a sentença de piso que, a partir do exame do acervo probatório dos autos, concluiu que inexistiam os setores de relacionamento para cancelamento de linhas telefônicas, razão pela qual é devida a condenação da parte recorrente. Assim, como antes asseverado, rever tal conclusão, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula nº 7/STJ.

Por fim, com relação à alegação de dissídio jurisprudencial com relação à interpretação do interesse processual do Ministério Público, o recurso especial não pode ser conhecido no

tocante à alínea c do permissivo constitucional. Isso porque o dissídio jurisprudencial não foi comprovado na forma exigida pelos arts. 541, parágrafo único, do CPC/73 e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

Com efeito, a parte recorrente apontou como paradigma julgado que não tem similitude fática com a matéria ora apreciada. Enquanto o acórdão recorrido concluiu como “correto o raciocínio adotado pelo douto julgador de piso, ao entender desimportante para o deslinde da controvérsia o fato de que a Resolução nº 477/2007 foi editada após a denúncia que gerou o inquérito civil, seja porque já havia orientação da agência reguladora quanto à necessidade de disponibilização ao usuário de setor de atendimento com acesso pessoal a qualquer serviço e informação do mesmo, bem como norma dispondo ser de 24 horas o prazo para desativação do telefone, seja porque mesmo após a edição de nova norma, chegaram à agência reguladora notícias do descumprimento do direito do usuário pela apelante.” (f. 384/385), o aresto colacionado para confronto, a seu turno, cuidou da “superveniência de norma regulamentadora, expedida pela ANATEL, em 2007, tratando especificamente sobre as Regras de Prestação do Serviço Móvel Pessoal a todos os Planos de Serviços prestados pelas Operadoras de Telefonia, flagrante a perda do interesse processual da autora no curso da demanda.” (f. 526).

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

É o voto.

**AgRg no CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 131.786 - RJ (2013/0405814-8)**

**PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E JUSTIÇA DO TRABALHO. PETROBRAS. PROGRAMA DE**

**ASSISTÊNCIA MULTIDISCIPLINAR À SAÚDE (AMS). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.**

**1. Compete à Justiça do Trabalho decidir as questões referentes ao Programa de Assistência Multidisciplinar à Saúde (AMS), oferecido pela Petrobras a seus empregados, aposentados e pensionistas, pois suas disposições são oriundas de convenção coletiva de trabalho. Jurisprudência do STJ.**

**2. Agravo regimental provido.**

#### ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AgRg no Conflito de Competência nº 131.786 - RJ (2013/0405814-8), Agravante : Petróleo Brasileiro S A Petrobras, Suscitante : Juízo da 82ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro – RJ, Suscitado : Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental para reformar a decisão monocrática anteriormente proferida e reconhecer a competência da 82ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro/RJ, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros PAULO DE TARSO SANSEVERINO, MARIA ISABEL GALLOTTI, ANTONIO CARLOS FERREIRA, RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, MARCO BUZZI, MARCO AURÉLIO BELLIZZE e MOURA RIBEIRO votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO.

Brasília (DF), 08 de junho de 2016. (Data do Julgamento)

**MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
Relator

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA: Trata-se de agravo regimental interposto por PETRÓLEO BRASILEIRO S/A (PETROBRAS) contra decisão que, em função do pedido e da causa de pedir relativos a contrato de prestação de assistência médico-hospitalar celebrado com a agravante, reconheceu a competência da Justiça estadual comum para o julgamento da demanda.

Alega a agravante que a decisão merece ser revista, pois, em casos absolutamente idênticos ao presente e nos quais figura como parte, vem sendo reconhecida a competência da Justiça trabalhista. Acrescenta:

“A questão de fundo versa, isto sim, acerca de benefício concedido por Acordo Coletivo de Trabalho da PETROBRAS, Agravante, a seus empregados, aposentados e dependentes deles, como, inclusive, já bem apanhou essa E. Corte Superior no julgamento do CC nº 111.565/BA, de que foi relatora a Ministra NANCY ANDRIGHI (DJe/STJ de 21/11/2012)” (f. 92).

Transcreve julgados do STJ e do STF, visando amparar sua argumentação.

Requer a reforma do julgado.

É o relatório.

## EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E JUSTIÇA DO TRABALHO. PETROBRAS. PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA MULTIDISCIPLINAR À SAÚDE (AMS). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. Compete à Justiça do Trabalho decidir as questões referentes ao Programa de

Assistência Multidisciplinar à Saúde (AMS), oferecido pela Petrobras a seus empregados, aposentados e pensionistas, pois suas disposições são oriundas de convenção coletiva de trabalho. Jurisprudência do STJ.

2. Agravo regimental provido.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (Relator): O recurso merece ser acolhido.

A questão controvertida cinge-se a definir se a relação jurídica objeto do processo entre a parte autora e ré é de trabalho, de forma a atrair a competência da Justiça trabalhista, ou se é de natureza civil, hipótese em que a competência é da Justiça comum.

A competência *ratione materiae* é definida em função do pedido e da causa de pedir.

Da análise do pedido inicial, verifica-se que a parte autora busca fazer cumprir os termos de contrato de prestação de assistência médico-hospitalar celebrado com a ré, PETROBRAS, tendo em vista sua recusa ao autorizar procedimento cirúrgico.

Não fosse o caso específico dos autos, já de amplo conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, a competência seria da Justiça comum estadual por envolver relação de natureza cível pautada pelo contrato entre o empregado e a empresa gestora do plano de saúde.

No entanto, para os casos da espécie, verifica-se que o programa de assistência multidisciplinar de saúde é mantido e gerido pela própria PETROBRAS, pois decorrente de cláusulas estabelecidas diretamente em acordos coletivos de trabalho.

Assim, a obrigação decorre diretamente do

contrato de trabalho existente entre as partes e de acordo coletivo de trabalho, devendo ser reconhecida a competência da Justiça trabalhista.

A propósito, cito os seguintes precedentes:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. EMPREGADOS, APOSENTADOS E RESPECTIVOS DEPENDENTES. ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que as questões referentes ao Programa de Assistência Multidisciplinar à Saúde (AMS), oferecido pela Petrobrás a seus empregados, aposentados e pensionistas, são julgadas pela Justiça laboral, pois suas disposições são oriundas de Convenção Coletiva de Trabalho (CC nº 111.565/BA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Segunda Seção, julgado em 14/11/2012, DJe 21/11/2012). 2. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AgRg no CC n. 126.545/BA, relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Segunda Seção, DJe de 20/08/2014.)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA. PETROBRÁS. PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA MULTIDISCIPLINAR À SAÚDE (AMS). AÇÃO DE COBRANÇA DE DESPESAS COM MÉDICO PARTICULAR. JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar ação em que associado do Programa de Assistência Multidisciplinar à Saúde (AMS) da Petrobrás busca ser ressarcido de despesas feitas com médico particular. Isso porque todas as condições para a prestação dos serviços previstos no referido programa, inclusive a cobertura de honorários médicos, como no caso em tela, foram negociadas entre trabalhadores e empregados em convenção coletiva de trabalho. Precedente da Segunda Seção: CC 111.565/BA, Rel. Ministra

NANCY ANDRIGHI, julgado em 14/11/2012, DJe 21/11/2012. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp n. 36.392/RJ, Quarta Turma, relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 27/05/2013.)

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PETROBRÁS. ASSISTÊNCIA À SAÚDE OFERECIDO A EMPREGADOS, EX-EMPREGADOS E PENSIONISTAS, DE ACORDO COM DISPOSIÇÕES DE NORMA INTERNA DA EMPRESA E CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. NEGATIVA DE COBERTURA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO TRABALHISTA. 1. Consoante precedentes desta Corte, o Programa de Assistência Multidisciplinar à Saúde (MAS) é oferecido pela Petrobrás a seus empregados, aposentados e pensionistas consoante as disposições estabelecidas em Convenção Coletiva de Trabalho. É, portanto, competente para conhecer do eventual descumprimento dessa norma o juízo trabalhista. 2. É indiferente para esta conclusão que a controvérsia se estabeleça acerca de inclusão de dependentes (RMS 30.859/SP), reajuste de mensalidades (CC 76.953/SP) ou extensão da cobertura. 3. Juízo da 18ª Vara do Trabalho de Salvador - BA, ora suscitante, para processar e julgar a causa.” (CC n. 111.565/BA, relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, Segunda Seção, DJe de 21/11/2012)

Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental para reformar a decisão monocrática anteriormente proferida e reconhecer a competência da 82ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro (RJ).

É como voto.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.504.432 - RJ (2014/0329184-7)**

EMENTA

**PROCESSUAL CIVIL. RECURSO**

**ESPECIAL. OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA Nº 284/STF. JUSTIÇA GRATUITA. EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE PATROCÍNIO GRATUITO INCONDICIONAL. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PRECEDENTES.**

1. A assertiva genérica de violação do art. 535 do CPC/1973 compromete a fundamentação do recurso especial. Aplicação da Súmula nº 284/STF.

2. É possível o gozo da assistência judiciária gratuita mesmo ao jurisdicionado contratante de representação judicial com previsão de pagamento de honorários advocatícios *ad exitum*.

3. Essa solução é consentânea com o propósito da Lei nº 1.060/1950, pois garante ao cidadão de poucos recursos a escolha do causídico que, aceitando o risco de não auferir remuneração no caso de indeferimento do pedido, melhor represente seus interesses em juízo.

4. A exigência de declaração de patrocínio gratuito incondicional não encontra assento em qualquer dispositivo da Lei nº 1.060/1950, criando requisito não previsto, em afronta ao princípio da legalidade.

5. Precedentes das Terceira e Quarta Turmas do STJ.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido, com determinação de retorno dos autos à origem para processamento da apelação.

#### ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de RECURSO ESPECIAL Nº 1.504.432 - RJ (2014/0329184-7), em que são Recorrente Waldir Muniz dos Santos e outros, e Recorrido Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e,

nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros MAURO CAMPBELL MARQUES, ASSUSETE MAGALHÃES (Presidente), FRANCISCO FALCÃO e HERMAN BENJAMIN votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 13 de setembro de 2016. (Data do Julgamento)

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES  
Presidente

MINISTRO OG FERNANDES  
Relator

#### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de recurso especial interposto por Waldir Muniz dos Santos e outros, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, publicado na vigência do CPC/1973, assim ementado:

Agravo regimental erroneamente denominado de agravo inominado.

Apelação Cível.

Parte que requer gratuidade de justiça para custas processuais, mas contrata pagamento de honorários advocatícios.

Isenção que abrange ambos as verbas. Inteligência do art. 3º, inciso V, da Lei nº 1.060/50.

Contratação de honorários que obriga igualmente ao pagamento das custas.

Acordo em contrário entre a parte e o patrono em prejuízo do erário público, eivado de nulidade. Impossibilidade.

Pedido de gratuidade revogado.

Agravo regimental interposto mediante o recolhimento das custas respectivas, insis-

tindo no benefício pleiteado.

Decisão mantida.

Desprovimento do recurso.

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (e-STJ, f. 494/500).

Os recorrentes referem contrariedade ao art. 535, II, do CPC/1973, dizendo que o julgado não se manifestou expressamente acerca das questões arguidas nos embargos de declaração.

Apontam, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 2º, parágrafo único, 4º, caput e §§ 1º e 3º, e 5º, § 4º, da Lei nº 1.060/1950.

Questionam a negativa do benefício da gratuidade da justiça apenas em razão de os patronos não terem anexado declaração incondicional de patrocínio gratuito.

Aduzem que não têm condições de arcar com as despesas processuais sem prejuízo de seu próprio sustento.

Contrarrazões a f. 567/576.

É o relatório.

#### Voto

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): O presente recurso merece prosperar em parte.

A suscitada violação do art. 535 do CPC/1973 foi deduzida de modo genérico, o que justifica a aplicação da Súmula nº 284/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DO PLANO GERAL DE CARGOS DO PODER EXECUTIVO - GDPGPE. EXTENSÃO AOS INATIVOS. POSSIBILIDADE. GRATIFICAÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO ATACADO. SÚMULA Nº 283/STF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. SÚMULA Nº 284/STF.

1. Inviável o apelo especial quanto à alegação de ofensa ao art. 535 do CPC se as razões expendidas no recurso forem genéricas, constituindo simples remissão aos embargos de declaração opostos na origem, sem particularizar os pontos em que o acórdão teria sido omissos, contraditórios ou obscuros. Incidência da Súmula nº 284/STF.

[...]

(AgRg no AREsp 304.959/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 27/09/2013)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA Nº 284/STF. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUÇÃO. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. CONCLUSÃO OBTIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM MEDIANTE ANÁLISE DAS PROVAS DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 07/STJ.

1. Não se conhece da violação ao art. 535 do CPC, pois as alegações que fundamentaram a pretensa ofensa são genéricas, sem discriminação dos pontos efetivamente omissos, contraditórios ou obscuros. Incide, no caso, a Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia.

[...]

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.370.724/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 02/10/2013)

Recebida a apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o relator determinou à parte a juntada de declaração de patrocínio gratuito incondicional assinada por seus advogados. Descumprida a determinação, revogou o benefício da gratuidade da justiça por entender que o art. 3º da Lei nº 1.060/1950 não autoriza a cobrança de honorários advocatícios, ainda que somente na hipótese de êxito da demanda.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgando o REsp nº 1.153.163/RS, adotou a orientação de que os benefícios da Lei nº 1.060/1950 não alcançam os honorários advocatícios contratados mediante promessa de futura remuneração na hipótese de êxito na ação.

Observe-se:

PROCESSO CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ADVOGADO PARTICULAR. CONTRATAÇÃO PELA PARTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS *AD EXITO*. VERBA DEVIDA. 1. Nada impede a parte de obter os benefícios da assistência judiciária e ser representada por advogado particular que indique, hipótese em que, havendo a celebração de contrato com previsão de pagamento de honorários *ad exitum*, estes serão devidos, independentemente da sua situação econômica ser modificada pelo resultado final da ação, não se aplicando a isenção prevista no art. 3º, V, da Lei nº 1.060/50, presumindo-se que a esta renunciou. 2. Recurso especial provido.

(REsp 1.153.163/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/6/2012, DJe 02/08/2012)

Na oportunidade, a Ministra NANCY

ANDRIGHI, relatora do recurso, citou judiciosa lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, que transcrevo a seguir:

[...] o fato de obter o benefício da gratuidade de maneira alguma impede o necessitado de fazer-se representar por profissional liberal. Se o seu direito abrange ambos os benefícios – isenção de pagamentos e a prestação de serviços –, nada obsta a que ele reclame do Estado apenas o primeiro. É antijurídico impor-lhe o dilema: tudo ou nada.

No precedente, portanto, admitiu-se a possibilidade de gozo da assistência judiciária gratuita mesmo ao jurisdicionado contratante de representação judicial com previsão de pagamento de honorários advocatícios *ad exitum*.

Raciocínio idêntico foi adotado no seguinte julgado:

PROCESSO CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ADVOGADO PARTICULAR. CONTRATAÇÃO PELA PARTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS *AD EXITUM*. VERBA DEVIDA. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 1º, IV, 5º, XXXV E LXXIV, DA CF/88, 3º, V, 4º E 12 DA LEI Nº 1.060/50; E 22 DA LEI Nº 8.906/94.

1. Ação ajuizada em 16/10/2009. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 04/10/2013.

2. Recurso especial em que se discute se a assistência judiciária gratuita isenta o beneficiário do pagamento dos honorários advocatícios contratuais.

3. Nada impede a parte de obter os benefícios da assistência judiciária e ser representada por advogado particular que indique, hipótese em que, havendo a celebração de contrato com previsão de pagamento de honorários *ad exitum*, estes serão devidos, independentemente da sua situação econômica ser modificada pelo resultado final da ação, não se aplicando a isen-

ção prevista no art.3º, V, da Lei nº 1.060/50, presumindo-se que a esta renunciou.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1.404.556/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe de 14/08/2014)

Essa solução é consentânea com o propósito da Lei nº 1.060/1950, pois garante ao cidadão de poucos recursos a escolha do causídico que, aceitando o risco de não auferir remuneração no caso de indeferimento do pedido, melhor represente seus interesses em juízo.

Ademais, a exigência de declaração de patrocínio gratuito incondicional não encontra assento em qualquer dispositivo da Lei nº 1.060/1950, criando requisito não previsto, em afronta ao princípio da legalidade plasmado no art. 5º, II, da CF/1988.

A propósito, também a Quarta Turma do STJ, no julgamento do RMS 7.914/RJ, registrou: “[...] não se pode aplaudir a exigência de que o advogado declare que exercerá o patrocínio gratuito, pois tal não está na lei, a qual se contenta com a aceitação, pelo profissional indicado pela parte, da escolha feita (art. 5º, § 4º, da Lei nº 1.060/50).”

Segue a ementa:

GRATUIDADE DE JUSTIÇA. PROVA DA POBREZA. COMPROMISSO DE PATROCÍNIO GRATUITO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA.

1. É ilegal a exigência feita aos que requerem a gratuidade da Justiça que comprovem a miserabilidade, apenas porque não utilizam os serviços da Defensoria Pública. Também não está na lei a exigência de que o advogado escolhido pela parte firme compromisso de patrocínio gratuito, pois basta que aceite, ainda que tacitamente, a indicação feita (art. 5º, § 4º, da Lei nº 1.060/50).

2. Pedido de cassação de medida liminar em ação de busca e apreensão que se julga prejudicado com o julgamento da ação. Recurso provido em parte para deferir o benefício da gratuidade. (RMS 7.914/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 18/05/1999, DJ 28/06/1999, p. 113)

Cito ainda:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. COBRANÇA DE HONORÁRIOS CONTRATUAIS. CONTRATANTE QUE LITIGARA SOB A PROTEÇÃO DA JUSTIÇA GRATUITA. IRRELEVÂNCIA. VERBA QUE NÃO É ALCANÇADA PELOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS PELA LEI Nº 1.060/50.

1. “Nada impede a parte de obter os benefícios da assistência judiciária e ser representada por advogado particular que indique, hipótese em que, havendo a celebração de contrato com previsão de pagamento de honorários *ad exitum*, estes serão devidos, independentemente da sua situação econômica ser modificada pelo Resultado final da ação, não se aplicando a isenção prevista no art. 3º, V, da Lei nº 1.060/50, presumindo-se que a esta renunciou” (REsp Nº 1.153.163/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 02/08/2012).

2. Entendimento contrário tem a virtualidade de fazer com que a decisão que concede a gratuidade de justiça apanhe ato extraprocessual e pretérito, qual seja o próprio contrato celebrado entre o advogado e o cliente, interpretação que vulnera a cláusula de sobre direito da intangibilidade do ato jurídico perfeito (CF/88, art. 5º, inciso XXXVI; LINDB, art. 6º).

3. Ademais, estender os benefícios da justiça gratuita aos honorários contratuais, retirando do causídico a merecida remuneração pelo serviço prestado, não viabiliza, absolutamente, maior acesso do hipossuficiente ao

Judiciário. Antes, dificulta-o, pois não haverá advogado que aceitará patrocinar os interesses de necessitados para ser remunerado posteriormente com amparo em cláusula contratual *ad exitum*, circunstância que, a um só tempo, também fomentará a procura pelas Defensorias Públicas, com inegável prejuízo à coletividade de pessoas - igualmente necessitadas - que delas precisam.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1065782/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 22/03/2013)

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dou-lhe provimento para afastar a exigência da declaração de patrocínio gratuito incondicional, determinando o retorno dos autos à origem para que se dê processamento à apelação, admitida a possibilidade de revisão do benefício da gratuidade caso ausentes os requisitos legais para sua concessão.

É como voto.

**RCD no HABEAS CORPUS Nº 386.471 - RJ (2017/0016500-1)**

#### EMENTA

**PENAL E PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO ACO-  
LHIDO. HABEAS CORPUS. PRISÃO  
PREVENTIVA MANTIDA EM SEN-  
TENÇA. EXTORSÃO MAJORADA.  
GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO.  
FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONS-  
TRANGIMENTO ILEGAL RECONHECI-  
DO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.**

**1. A prisão preventiva não apresenta fundamento válido, quando se dá apenas com base na gravidade abstrata do delito e em fundamentação de genérica previsão le-**

**gal, sem trazer qualquer elemento do caso concreto que demonstre anormal gravidade na execução do delito, ou da vida pregressa do acusado, à demonstrar riscos à ordem pública, à garantia da instrução criminal e à aplicação da lei penal.**

**2. Pedido de reconsideração acolhido, a fim de conceder o habeas corpus, para soltura da paciente, Priscila Mello Silva Araujo, sem prejuízo de nova e fundamentada decisão de necessária medida cautelar penal, inclusive menos grave que a prisão preventiva.**

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de RCD no *Habeas Corpus* nº 386.471 - RJ (2017/0016500-1), em que é Requerente : Michelle Felix Barcellos de Alvarenga, Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Paciente: Priscila Mello Silva Araujo (Presa), acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, deferir o pedido de reconsideração e conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR e ROGERIO SCHIETTI CRUZ votaram com o Sr. Ministro Relator.

#### RELATÓRIO

O impetrante apresentou pedido de reconsideração da decisão que não conheceu o presente *writ*, f. 111, ante a instrução deficiente.

Tendo em vista que foi juntada a peça faltante, reconsidero a decisão, para determinar o processamento do *habeas corpus*, e, por celeridade e economia processual, passo ao julgamento do *writ*.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em

face do acórdão do Tribunal estadual que dene-gou a impetração originária, no qual se pretende a revogação da prisão preventiva mantida em sentença condenatória, sob a alegação de ausência de fundamento válido para a custódia cautelar.

O impetrante também requer a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, para tratamento médico, pois a paciente é soropositivo, e a carga viral do HIV vem aumentando gradativamente e, conseqüentemente, sem remédios e exames irá se expandir e se transformar em AIDS (pois a paciente ainda tem esperança de que com o devido tratamento o HIV não evolua para AIDS, afinal, a AIDS é uma doença originada pelo não tratamento do HIV). O acórdão do Tribunal de origem, foi assim ementado (f. 123/126):

*Habeas Corpus.* Imputação do delito de extorsão circunstanciado pelo concurso de pessoas contra vítima idosa. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Pedido de revogação ou substituição por prisão domiciliar em face da condição da paciente de ser soro positivo para vírus HIV. Superveniência de novo título prisional. Condenação à pena reclusiva, a ser cumprida em regime fechado. Pressupostos cautelares consolidados na decisão condenatória, sobretudo no que diz respeito à garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Prisão domiciliar prevista no artigo 117 da LEP somente destinada aos contemplados pelo regime prisional aberto. Paciente que não comprovou fazer jus à concessão da prisão domiciliar prevista no artigo 318, inciso II, do Código de Processo Penal. Ausência de documentação quanto à impossibilidade de ser despendido tratamento médico na unidade prisional onde a paciente se encontra acautelada. Autoridade apontada como coatora que já tomou as providências necessárias a fim de evitar a evolução da patologia e manifestação dos sintomas característicos. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada.

A paciente, Priscila Mello Silva Araújo, foi condenada pela prática do delito tipificado no art. 158, §1º, na forma do art. 61, II, “h”, ambos do Código Penal.

A liminar foi indeferida pela Presidência desta Corte Superior.

As informações foram prestadas.

O parecer do Ministério Público Federal no sentido do não conhecimento do recurso.

Na origem, a ação penal n 0146178-51.2016.8.19.0001/RJ foi julgada em 25/10/2016, restando a paciente condenada, nos termos da imputação, a 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 93 (noventa e três) dias-multa, à razão unitária mínima legal, sendo interposto apelo criminal desta decisão em 16/01/2017, ainda não remetido para o Tribunal, conforme andamento processual eletrônico disponível em 04/05/2017.

É o relatório.

#### Voto

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator): A sentença condenatória, na parte em que tratou da manutenção da prisão preventiva, assim dispôs (f. 82):

“[...]

Nego à ré o direito de recorrer em liberdade, porquanto permanecem hígidos os motivos ensejadores da custódia cautelar, ora reforçados pela presente condenação. Ademais, permaneceu preso durante a instrução criminal, e não há motivo ensejador da alteração processual no que se refere à prisão cautelar. Inexiste constrangimento ilegal.

[...]”

Verifica-se que a sentença fez expressa referência ao decreto prisional, que, por sua vez, em audiência de custódia, assim dispôs (f. 32):

“[...]”

Inicialmente, cumpre consignar que não alega a custodiada ter sofrido agressão física relevante no ato prisional. Compulsando os autos, verifico que a custodiada foi presa em flagrante delito pela prática, em tese do crime de extorsão. A regularidade do flagrante encontra-se presente, tendo em vista as formalidades legais observadas. No que diz respeito à conversão da prisão preventiva, entende esta magistrada que a mesma se demonstra necessária e proporcional, data vênua do entendimento defensivo, já que o delito imputado a custódia é de natureza grave sendo necessária sua custódia como garantia da ordem pública e por conveniência da instrução penal a fim de que a vítima possa ser ouvida em juízo livre de qualquer constrangimento. Quanto ao pedido de prisão domiciliar, quando comprovados seus requisitos poderá o mesmo ser melhor apreciado, já que o que temos no momento é apenas a alegação da custodiada. Oficia-se para que a custodiada seja encaminhada para o tratamento necessário. Em seguida, remetam-se os autos ao Juízo competente por distribuição, bem como acautele-se a mídia em local próprio neste Cartório.

“[...]”

Já a decisão de indeferimento do relaxamento da prisão preventiva, assim dispôs (f. 34):

“[...]”

Do pedido de relaxamento da prisão preventiva da acusada Priscila Mello Silva Araujo:

A acusada encontra-se presa preventivamente pela prática, em tese, do crime previsto no art. 158 §1º do CP.

A defesa alega que a ré se encontra presa ilegalmente, pois afirma que o flagrante fora preparado e, por tal motivo, é ilegal. Entretanto, tal argumento defensivo não merece

prosperar, eis que conforme bem asseverado pelo MP, o flagrante foi esperado, isto é, o agente policial, previamente alertado acerca de um crime, promove diligências com o objetivo de realizar a prisão do indivíduo que irá praticar o fato criminoso. Isto é, aguarda o cometimento do crime, sem qualquer tipo de provocação. Ademais, lembre-se que o delito em questão já estava consumado.

Acrescente-se que a legalidade da prisão fora aferida na Delegacia de Polícia, tendo a ré sido encaminhada à audiência de custódia, na presença de uma magistrada, do MP e da Defensoria Pública, tendo sido a prisão em flagrante convertida em prisão preventiva, com base no art. 312 do CPP.

A prisão da acusada é necessária para garantir a segurança da vítima. No caso em tela, a decretação da medida cautelar mostra-se imprescindível para garantir a instrução criminal e a aplicação da lei penal. Frisa-se que a medida cautelar torna-se necessária para assegurar a tranquilidade da vítima, que irá depor em juízo. Nesse ponto, deve-se ressaltar que o crime imputado foi cometido com grave ameaça à pessoa idosa, e a liberdade da acusada pode causar temor à vítima, impedindo seu comparecimento e a realização do respectivo reconhecimento. Esclareça-se, ainda, que conforme a orientação dos Tribunais Superiores, a comprovação isolada das condições pessoais favoráveis ao acusado não representam a garantia necessária e suficiente para a supressão da cautela restritiva, devendo as mesmas serem analisadas junto a todo o contexto fático trazido aos autos o que, na presente hipótese, não se mostra recomendado, configurando-se insuficientes e ineficazes à espécie, a imposição das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP, com redação dada pela Lei nº12.403/2011.

Diante do exposto, indefiro o pedido de relaxamento da prisão preventiva da acusada Priscila Mello Silva, com fundamento no art.

312 do CPP. Em que pese a acusada ser de alta periculosidade, conforme informação no SI-PEN, a audiência será presencial, eis que há a necessidade de ratificação do reconhecimento da ré pela vítima.

Com relação ao estado de saúde da ré, oficie-se ao complexo penitenciário onde a acusada se encontra acautelada, a fim de que a mesma seja encaminhada ao nosocômio do estabelecimento prisional para o tratamento médico necessário. Dê-se ciência ao MP e à Defesa.. P.I.C.”

Como se vê, a prisão preventiva se deu apenas com base na gravidade abstrata do delito e em fundamentação de genérica previsão legal, sem trazer qualquer elemento do caso concreto que demonstre anormal gravidade na execução do delito, ou da vida pregressa do acusado, à demonstrar riscos à ordem pública, à garantia da instrução criminal e à aplicação da lei penal.

Ante o exposto, voto por acolher o pedido de reconsideração, a fim de conhecer do *habeas corpus*, e no mérito concedê-lo, para a soltura da paciente Priscila Mello Silva Araújo, sem prejuízo de nova e fundamentada decisão de necessária medida cautelar penal, inclusive menos grave que a prisão preventiva.

Brasília (DF), 16 de maio de 2017. (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO  
Relator

RECURSO EM HABEAS CORPUS  
Nº 85.575 - RJ (2017/0137417-2)

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM  
HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DRO-

**GAS. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA AOS CORRÉUS. PRETENDIDA EXTENSÃO DO BENEFÍCIO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. INAPLICABILIDADE DO ART. 580 DO CPP. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 52/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. RECLAMO IMPROVIDO.**

**1. Não há constrangimento ilegal quando a preservação da custódia cautelar está devidamente justificada na necessidade de se acautelar a ordem e saúde pública, vulnerada diante das circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante.**

**2. O artigo 580 do CPP permite que, na hipótese de concurso de agentes, a decisão judicial favorável proferida em favor de um acusado se estenda aos demais, desde que as situações fático-processuais sejam idênticas e não esteja a decisão beneficiadora fundada em motivos que sejam de caráter eminentemente pessoal.**

**3. Constatada a ausência de identidade fático-processual entre os corréus beneficiados com a liberdade provisória por decisão proferida pelo Juízo processante, e o ora requerente, não há como se deferir a pretendida extensão do julgado.**

**4. Com o encerramento da instrução criminal, resta superado o aventado constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, consoante o enunciado na Súmula nº 52 desta Corte Superior.**

**5. Recurso ordinário improvido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em *Habeas Corpus* Nº 85.575 - Rj (2017/0137417-2), Recorrente: Fabio Paulo Pimenta (Preso), Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, acordam os

Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros REYNALDO SOARES DA FONSECA, JOEL ILAN PACIORNIK e FELIX FISCHER votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2017.  
(Data do Julgamento)

**MINISTRO JORGE MUSSI**  
Relator

#### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* com pedido liminar interposto por Fabio Paulo Pimenta contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que denegou a ordem visada no HC n. 0021564-40.2017.8.19.0000, mantendo a prisão preventiva do recorrente, nos autos da ação penal em que restou denunciado pela prática do delito tipificado no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, inciso IV, ambos da Lei nº 11.343/06.

Sustenta o recorrente a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que faria jus a extensão dos efeitos da decisão que concedeu liberdade provisória aos corréus, sob pena de inobservância ao art. 580 do CPP.

Alega que não haveria previsão para o encerramento da instrução criminal, a ponto de restar configurado excesso de prazo de sua custódia cautelar, ressaltando que a defesa não teria contribuído para a demora na entrega da

prestação jurisdicional.

Requeru, liminarmente, lhe fosse deferido aguardar o julgamento do presente *mandamus* em liberdade. No mérito, pugna pela revogação da prisão preventiva contra si ordenada, expedindo-se o competente alvará de soltura.

Sem contrarrazões, os autos ascenderam a este Superior Tribunal de Justiça, onde a liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, foram devidamente prestadas.

Instando a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

#### Voto

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Dos elementos colacionados, infere-se que o paciente foi preso em flagrante no dia 04/07/2016, convertida em custódia preventiva, e denunciado pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, inciso IV, ambos da Lei nº 11.343/06, porque, juntamente com outros 4 (quatro) agentes, foi surpreendido mantendo em depósito, para posterior entrega a terceiros, o total de 15,392 kg (quinze quilogramas e trezentos e noventa e dois gramas) de cocaína, acondicionados em 14 tabletes, 246 sacolés e 1 saco plástico com cerca de 3.000 (três mil) comprimidos de ecstasy, tendo sido encontrada, ainda, uma pistola calibre .40, municada com 14 projéteis e com a numeração raspada, além de outras 11 munições do mesmo calibre.

Quanto aos fatos, narra a exordial o seguinte:

No dia 04 de julho de 2016, por volta das 13h, nesta comarca, na Rua João Petras de Bar-

ros, nº 33, Parque Beira Mar, os denunciados, agindo com vontade livre e consciente, em comunhão de ações e desígnios entre si, tinham em depósito e guardavam, de forma compartilhada, em uma oficina mecânica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de tráfico ilícito, 15392 g de cocaína, acondicionados em 14 tabletes, 246 sacólés em saco plástico, substância que o laudo de f.11 atestou ser entorpecente, além de vários comprimidos possivelmente de ecstasy (termo de declaração e auto de apreensão de f. 15, 17 e 37/38, respectivamente).

No mesmo dia, hora e lugar, os denunciados, agindo com vontade livre e consciente, em comunhão de ações e desígnios entre si, tinham em depósito, guardavam e possuíam, de forma compartilhada, em uma oficina mecânica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar para tanto, uma arma de fogo tipo pistola, marca Taurus, calibre .40, de uso restrito, com numeração suprimida, municiada com 14 (quatorze) munições no carregador, além de 11 munições separadas, todas de mesmo calibre, arma que era utilizada como meio de intimidação difusa ou coletiva para assegurar a traficância do material entorpecente apreendido.

Na ocasião, o policial civil Hamilton José Honorato Leite recebeu a informação de que haveria grande quantidade de drogas, bem como alguns traficantes reunidos no endereço acima mencionado, razão pela qual reuniu a equipe policial e procedeu ao endereço indicado, ocasião em que encontraram os cinco denunciados na entrada da oficina mecânica.

Durante a abordagem e revista pessoal, os policiais civis não encontraram nada de ilícito com os denunciados, momento em que prosseguiram com a busca no interior da oficina mecânica, logrando êxito em arrecadar no local destinado a ferramentas, duas mochilas contendo 14 tabletes, 1 saco grande e 2 cargas de cocaína, além de diversos comprimidos de ecstasy e sobre uma prateleira 1 pistola calibre .40, bem como 25 munições de mesmo calibre.

Indagados pelos policiais civis, os denunciados não souberam informar de quem seriam as drogas e a arma, sendo certo que foram conduzidos à delegacia de polícia. É certo que tanto as drogas apreendidas quanto a arma de fogo eram guardadas de forma compartilhada, encontrando-se à disposição e ao acesso imediato dos denunciados, os quais tinham plena ciência da sua existência, pois estavam juntos na oficina mecânica no momento da chegada dos policiais civis.

A quantidade das substâncias, sua natureza e a forma de acondicionamento indicam que o material tóxico destinava-se ao tráfico (e-STJ f. 75 - 78).

Verifica-se que o Togado primevo, no dia 06/07/2016, converteu a prisão em flagrante em preventiva, entendendo a medida necessária, principalmente, para o fim de restabelecer e preservar a ordem pública, vulnerada diante da gravidade do delito e das circunstâncias em que “os Agentes da Lei verificaram as partes comuns da oficina, logrando encontrar, no local destinado a ferramentas, duas mochilas de cor preta, contendo em seu interior grande quantidade de cocaína e, supostamente, de ecstasy. Apreenderam, ainda, em uma prateleira, uma pistola calibre .40 com um carregador contendo 14 munições e mais 11 munições avulsas, assim como oito celulares e a quantia de R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais) em espécie. Saliente-se que, de acordo com o Laudo de Exame de Material Entorpecente acostado, restou constatado que se tratava de 15.392g (quinze mil trezentos e noventa e dois gramas) de cloridrato de cocaína, acondicionados em quatorze tabletes. Acrescente-se que, embora ainda não tenham sido submetidos a exame laboratorial, foram encontrados cerca de três mil comprimidos, apontados pela AP como o entorpecente sintético conhecido como ecstasy” (e-STJ f. 115).

Segundo noticiou a Corte Estadual, no

dia 18/04/2017, o Togado processante proferiu decisão determinando a soltura dos corréus e mantendo a prisão preventiva de Fábio, nestes termos:

Atenda-se ao MP. Encaminhem-se cópias dos CDs de f. 489v c 492v para a autoridade de f. 121, a fim de que seja elaborado relatório mais detalhado. Instrua-se com cópia da promoção retro. Da análise dos autos, verifica-se que a prisão em flagrante dos acusados ocorreu em 05/07/2016. É certo que na jurisprudência pátria eventual excesso de prazo na instrução criminal não pode ser aferido através da mera soma aritmética de todos os atos processuais. Em função do princípio da razoabilidade a análise deve ser feita de forma conjuntural, de modo a se levar em conta elementos do caso concreto. Contudo, *in casu*, os acusados encontram-se presos há aproximadamente 08 meses, de modo que a diligência requerida pelo *Parquet*, em 11. 578 v, irá retardar o andamento do feito por tempo indeterminado, o que, certamente irá configurar excesso de prazo, razão pela qual relaxo a prisão dos acusados Eduardo Paulo Pimenta, Severino do Ramos de Farias, Lúcio Mauro de Araújo Ribeiro e Taiuã Vinícius da Costa Oliveira.

Expeçam-se alvarás de soltura. Em relação ao acusado Fábio Paulo Pimenta, Contudo, por ora, mantenho sua custódia cautelar, vez que o mesmo em depoimento em Juízo confessou que mantinha em sua oficina drogas e munições, mediante certa quantia em dinheiro, o que, juntamente com outros elementos trazidos a estes autos, demonstra-se que persistem os requisitos ensejadores da prisão preventiva, razão pela qual a sua segregação cautelar se mostra necessária como garantia da ordem pública. Ciência às partes. (e-STJ f. 171/172)

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal Estadual que, por sua vez, denegou a ordem, afastando a extensão dos efeitos da decisão que

concedeu liberdade provisória aos corréus e ratificando o encarceramento antecipado do ora recorrente, considerando que “o só fato de um réu ser beneficiado com uma determinada decisão do Juízo na ação penal originária não possui o condão de assegurar que ao corréu seja, de forma automática, estendido os efeitos do *decisum*”, tendo sido destacado caber ao Magistrado singular, “no caso em concreto, verificar se os réus encontram-se na mesma situação fática para que possa apreciar se defere ou não, como no caso, a liberdade deles” (e-STJ f. 35).

E, na espécie, asseverou o Colegiado que “o Paciente foi preso em flagrante dentro de uma oficina mecânica descrita nos autos como sendo ponto de acautelamento de armas e grande quantidade e diversidade de drogas pertencente a facção criminosa denominada Comando Vermelho, o que restou fortemente indiciado pela expressiva quantidade de drogas apreendidas no local (mais de quinze quilos de cocaína e três mil cápsulas de *ecstasy*), tendo o ora Paciente confessado ser de sua propriedade, pelo que, de antemão, parece-nos, pelos documentos adunados ao *mandamus*, que a situação do ora Paciente é distinta da dos demais corréus “ (e-STJ f. 35/36).

Na ocasião, quanto ao aludido excesso de prazo na instrução criminal, consignou-se que “a instrução criminal já se encontra encerrada, pelo que, como já sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça em seu verbete de nº 52, não há que se falar em constrangimento ilegal” (e-STJ f. 38).

Esclarecidos os fatos, inicialmente, quanto ao pedido de extensão dos efeitos da decisão que concedeu a liberdade provisória aos corréus, destaca-se que o artigo 580 do Código de Processo Penal permite que, na hipótese de concurso de agentes, a decisão judicial favorável proclamada em favor de um acusado se estenda aos demais, desde que as situações fá-

tico-processuais sejam idênticas e não esteja a decisão beneficiadora fundada em motivos que sejam de caráter eminentemente pessoal.

Contudo, não é essa a situação dos autos.

Com efeito, da fundamentação do acórdão recorrido, percebe-se que o recorrente foi preso em flagrante no interior de uma oficina mecânica, local em que mantinha armas e grande quantidade de drogas pertencente à facção criminosa denominada Comando Vermelho, o que restou fortemente demonstrado pela variedade e a excessiva quantidade de material tóxico, sendo parte de natureza altamente deletéria - mais de 15kg (quinze) quilos de cocaína e 3.000 (três mil) comprimidos de ecstasy, além de uma pistola municada e projéteis, sendo certo que, na ocasião o acusado teria “confessado ser de sua propriedade” (e-STJ f. 35-36), circunstâncias que, somadas, reforçam a conclusão pela inexistência de similitude fática entre os corréus, beneficiados pela instância de origem, e Fábio, apta autorizar a incidência do art. 580 do CPP nestes autos, restando justificada a sua manutenção no cárcere.

Ademais, não se pode olvidar que, inexistente qualquer ilegalidade a ser reparada no que tange ao alegado excesso de prazo na instrução, uma vez que o feito se encontra com

a instrução criminal encerrada, circunstância que atrai a incidência do enunciado sumular nº 52 desta Corte Superior, como bem destacou a Corte de origem.

A propósito, colaciona-se o seguinte precedente desta Corte Superior:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE DROGAS. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. DESNECESSIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. EXCESSO DE PRAZO. SÚMULA Nº 52/STJ. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. [...] IX - “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo” (Súmula nº 52/STJ). *Habeas corpus* não conhecido. (HC 345.329/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 31/08/2016).

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*.

É o voto.

# **JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA**



## O DIREITO E A PROTEÇÃO AOS IDOSOS

O envelhecimento é um triunfo, e a sua proteção, um direito social assegurado pelo Estatuto do Idoso.<sup>1</sup>

Em consequência, o bem-estar do idoso tornou-se um tema de grande relevância, tanto para o Estado, quanto para a sociedade. O século XX foi o século do crescimento. O século XXI é aquele em que precisamos aprender a lidar com o envelhecimento.

O Brasil está caminhando para se configurar como um país com mais idosos do que crianças. A expectativa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) é de que, até 2055, o número de pessoas com mais de 60 anos supere o de brasileiros com até 29 anos. Segundo o IBGE, a esperança de vida continua aumentando por conta do constante avanço da medicina, aumento de renda, escolaridade e proporção de domicílios com saneamento básico. Assim, as questões relativas ao envelhecimento envolvem administradores, economistas, publicitários, estrutura familiar, políticas públicas, empresas, mundo artístico, turismo, saúde e outros.

A pessoa idosa recebeu o devido reconhecimento por meio da Constituição Federal de 1988. O art. 230 da CFRB preconiza que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar, e garantindo-lhes o direito à vida. E o art. 229 da Carta dispõe que os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Em 1994, entrou em vigor a Lei nº 8.842, de 04 de janeiro, instituindo a Política Nacional do Idoso (PNI), tendo como objetivos principais assegurar os direitos sociais do idoso e criar condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade. Segundo a Defensora Pública do DF, PAULA REGINA DE OLIVEIRA RIBEIRO, “o grande legado do PNI, sem dúvida, foi a previsão de criação dos Conselhos de direitos de idosos, no âmbito das três instâncias de governo”.<sup>2</sup>

Posteriormente, foi promulgada a Lei nº 10.741/2003, o Estatuto do Idoso, em 1º de outubro de 2003, um grande avanço da legislação brasileira, haja vista ter sido elaborado com a intensa participação das entidades de defesa dos interesses das pessoas idosas, buscando ampliar a resposta do Estado e da sociedade às demandas por eles apresentadas. Para a professora MARIA BERENICE DIAS, o Estatuto do Idoso “constitui-se em um microssistema e tem o mérito de reconhecer as necessidades especiais e estipular obrigações do Estado, podendo ser considerado como um verdadeiro divisor de águas na proteção do idoso”.<sup>3</sup>

---

1 “Art. 8º - O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente”.

2 RIBEIRO, Paula Regina de Oliveira. *A Judicialização das Políticas Públicas para a População Idosa: A Experiência da Central Judicial do idoso*. Publicado na Seção de Doutrinas desta edição.

3 DIAS, Maria Berenice. *Apud*: CEDENHO, Antônio Carlos. O Idoso como Novo Personagem da Atual Sociedade: O Estatuto do Idoso e as Diretrizes para o Envelhecimento no Brasil. DOI:<http://dx.doi.org/>

Dentre os direitos fundamentais assegurados aos idosos, sistematizados no Estatuto do Idoso, estão os seguintes direitos: a) à vida; b) à liberdade; c) ao respeito; d) à dignidade; e) à obrigação alimentar solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores; f) à atenção integral à saúde, sendo vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade; e, também, assegurando-lhe o direito à acompanhante, em caso de internação ou em observação, e, ainda, os casos de suspeita ou confirmação de violência praticada contra idosos serão objeto de notificação compulsória pelos serviços de saúde públicos e privados à autoridade sanitária; g) à cultura, mediante descontos de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos; h) ao esporte; i) ao lazer; j) à profissionalização e ao trabalho; k) à previdência social; l) à assistência social, sendo garantido aos idosos, a partir de 65 anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS); m) à habitação: o idoso tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública (Instituições de Longa Permanência para Idosos - ILPI) ou privada; n) à gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos, sendo reservados 10% (dez por cento) dos assentos para os idosos nos veículos de transporte coletivo, sendo ainda, assegurada aos idosos, a reserva de 5% (cinco por cento) das vagas nos estacionamentos públicos e privados.

Vale consignar que o Estatuto do Idoso, como forma de facilitar o acesso à Justiça e acelerar seus trâmites, inseriu o art. 70, que prevê a criação de varas especializadas e exclusivas para o idoso, e o art. 71, que assegura a prioridade na tramitação dos processos e procedimentos.

O Código Civil de 2002 estabelece, em seu art. 1.641, que é obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos (redação dada pela Lei nº 12.344, de 09 de dezembro de 2010), III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Essa substancial alteração expressa que, a partir da supracitada lei, as pessoas com mais de 60 (sessenta) e menos de 70 (setenta) anos, que antes eram obrigadas a casar no regime da separação de bens, passam a ter liberdade na escolha do regime. De acordo com o Des. OTÁVIO RODRIGUES: “Os maiores argumentos partiram daqueles que preconizavam a plena capacidade da pessoa de mais de 60 anos para exercer os atos da vida civil afastando a intenção legal de proteção, uma vez que a maturidade adquirida no curso da existência é a melhor defesa que eles podem apresentar”.<sup>4</sup>

O Estatuto do Idoso define como crimes: discriminar pessoa idosa (art. 96), deixar de prestar assistência ao idoso (art. 97); abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência ou congêneres (art. 98); expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso (art. 99); exhibir ou veicular, por qualquer meio de comunicação, informações ou imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do idoso (art. 105); lavrar ato notarial que envolve pessoa

---

org/10.15603/2176-1094/rcd.v11011, acesso em 06/10/2017.

4 Agravo de Instrumento nº 0012244-63.2017.8.19.0000, publicado na íntegra nesta seção.

idosa sem discernimento de seus atos, sem a devida representação legal (art. 108).

O Estatuto do Idoso introduziu, ainda, mudanças no Código Penal que geraram polêmicas, como no Art. 183, inciso III, que prevê a exclusão da isenção de pena nos crimes contra o patrimônio (Título II), se o crime for praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.<sup>5</sup>

Segundo o Desembargador NAGIB SLAIBI FILHO, deve-se reconhecer a constitucionalidade do art. 183, inc. III, do Código Penal, conferindo, no entanto, interpretação conforme a Constituição, para permitir ao magistrado da causa verificar, em cada caso, a vulnerabilidade do ofendido idoso, para a incidência das normas dos art. 181 e 182 do Código Penal.”<sup>6</sup>

A principal preocupação dos idosos é com a saúde. Para 77% (setenta e sete por cento) dos brasileiros, o maior temor com relação à velhice são os problemas de saúde. Também lidera nas estatísticas a preocupação financeira. Em seguida, vêm a aparência física, nível de responsabilidade e energia.<sup>7</sup> Com isso, a Medicina indica, de acordo com o Geriatra Dr. HOMERO LEITE, para um envelhecimento saudável, uma boa alimentação, hidratação, prática de exercícios resistidos, higiene bucal, caminhadas e leitura de uma hora por dia. A Medicina também aposta nos cuidados paliativos como forma decente e adequada de diminuir o sofrimento ocasionado pelos problemas de saúde, além da recente aceitação das diretivas antecipadas de vontade, registradas em cartório.<sup>8</sup>

Assim, a principal maneira de garantir que o temor do envelhecimento não se concretize é promover, nos idosos, sua autonomia, que é a capacidade de decisão e de comando, e sua independência, que é a capacidade de realizar algo com seus próprios meios.

Vale consignar a citação de RENATO BERNHOEF acerca de uma pesquisa que consta do livro *A Revolução dos Idosos*, de FRANK SCHIRRMACHER, realizada por vinte anos, em uma comunidade do estado americano de Ohio, demonstrou que aqueles que consideravam o envelhecimento uma fase realizada de suas vidas e pensavam de maneira positiva sobre os idosos, viveram, em média, sete anos e meio a mais do que os que não esperavam nada da velhice.<sup>9</sup>

A seguir, acordãos que ilustram o tema:

---

5 Art. 183 - Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores: I - se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa; II - ao estranho que participa do crime. III - se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos (Incluído pela Lei nº 10.741, de 2003).

6 Ver em <http://www.nagib.net/index.php/publicacoes/artigos/penal--transito--eleitoral/1293-a-condicao-de-idoso-e-a-incidencia-da-norma-penal>. **A Condição de Idoso e a Incidência da Norma Penal**. Adicionado em 12 de dezembro de 2013.

7 Os dados são de pesquisa da QualiBest a pedido da Pfizer.

8 Palestra realizada na EMERJ – “Cuidando de quem Cuida – como Cuidar dos Pais Idosos”, em 26/10/2017, com Médico Dr. HOMERO MARINHO TEIXEIRA LEITE JÚNIOR.

9 <http://www.portaldoenvelhecimento.com/longevidade/item/3318-a-revolucao-dos-idosos-como-sera-o-novo-choque-de-geracoes>, escrito por Renato Bernhoeft, em 21 de agosto de 2014. Acesso em 10 de agosto de 2017.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.568.244 - RJ (2015/0297278-0)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. MODALIDADE INDIVIDUAL OU FAMILIAR. CLÁUSULA DE REAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. LEGALIDADE. ÚLTIMO GRUPO DE RISCO. PERCENTUAL DE REAJUSTE. DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS. ABUSIVIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. EQUILÍBRIO FINANCEIRO-ATUARIAL DO CONTRATO.

1. A variação das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde em razão da idade do usuário deverá estar prevista no contrato, de forma clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada (arts. 15, *caput*, e 16, IV, da Lei nº 9.656/1998).

2. A cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária do beneficiário encontra fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos.

3. Os gastos de tratamento médico-hospitalar de pessoas idosas são geralmente mais altos do que os de pessoas mais jovens, isto é, o risco assistencial varia consideravelmente em função da idade. Com vistas a obter maior equilíbrio financeiro ao plano de saúde, foram estabelecidos preços fracionados em grupos etários a fim de que tanto os jovens quanto os de idade mais avançada paguem um valor compatível com os seus perfis de utilização dos serviços de atenção

à saúde.

4. Para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os de mais tenra idade suportassem parte dos custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do *community rating* modificado).

5. As mensalidades dos mais jovens, apesar de proporcionalmente mais caras, não podem ser majoradas demasiadamente, sob pena de o negócio perder a atratividade para eles, o que colocaria em colapso todo o sistema de saúde suplementar em virtude do fenômeno da seleção adversa (ou anti-seleção).

6. A norma do art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003, que veda “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”, apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, aquele sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato.

7. Para evitar abusividades (Súmula nº 469/STJ) nos reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde, alguns parâmetros devem ser observados, tais como (i) a expressa previsão contratual; (ii) não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da especial proteção ao idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano; e (iii) respeito às normas expedidas pelos órgãos governamentais:

a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos

de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS.

b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 02/01/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro-saúde há mais de 10 (dez) anos.

c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 01/01/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância (i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos; (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e (iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.

8. A abusividade dos aumentos das mensalidades de plano de saúde por inserção do usuário em nova faixa de risco, sobretudo de participantes idosos, deverá ser aferida em cada caso concreto. Tal reajuste será adequado e razoável sempre que o percentual de majoração for justificado atuarialmente, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, bem como a sobrevivência do próprio fundo mútuo e da operadora, que visa comumente o lucro, o qual não pode ser predatório, haja vista a natureza da atividade econômica explorada: serviço público impróprio ou

atividade privada regulamentada, complementar, no caso, ao Serviço Único de Saúde (SUS), de responsabilidade do Estado.

9. Se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde em virtude da alteração de faixa etária do usuário, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença.

10. Tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.

11. Caso Concreto: Não restou configurada nenhuma política de preços desmedidos ou tentativa de formação, pela operadora, de “cláusula de barreira” com o intuito de afastar a usuária quase idosa da relação contratual ou do plano de saúde por impossibilidade financeira. Longe disso, não ficou patente a onerosidade excessiva ou discriminatória, sendo, portanto, idôneos o percentual de reajuste e o aumento da mensalidade fundados na mudança de faixa etária da autora.

12. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de Recurso Especial Nº 1.568.244 - RJ (2015/0297278-0), em que é Recorrente X e Interessada: Defenso-

ria Pública da União – *Amicus Curiae* outros, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro MARCO BUZZI acompanhando o Sr. Ministro Relator, decide a Segunda Seção, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, aprovadas, em sessão anterior, as teses repetitivas para os efeitos dos artigos 1.038 e 1.039 do CPC/2015. Os Srs. Ministros MARCO BUZZI (voto-vista), MARCO AURÉLIO BELLIZZE, NANCY ANDRIGHI, LUIS FELIPE SALOMÃO, PAULO DE TARSO SANSEVERINO e ANTONIO CARLOS FERREIRA votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros MOURA RIBEIRO e MARIA ISABEL GALLOTTI.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2016.  
(Data do Julgamento)

**MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**  
Relator

#### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Trata-se de recurso especial interposto por X, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Noticiam os autos que a recorrente ajuizou ação de revisão de cláusulas contratuais combinada com pedido de indenização por danos morais contra Y, visto que, após completar a idade de 59 (cinquenta e nove) anos, em julho de 2010, foi informada que em setembro de 2010 o valor das prestações mensais do plano de saúde, modalidade individual, sofreria majoração de 88%, passando de “(...) R\$ 157,80

para R\$ 316,63 em virtude da mudança de faixa etária” (f. 339). Sustentou, assim, que o reajuste seria ilegal e abusivo e requereu:

“(...) a) seja declarada nula a cláusula nona, parágrafo 1º do contrato firmada e ao agastamento do reajuste abusivo da mensalidade pela faixa etária de 88% (oitenta e oito por cento), aplicado a partir de setembro de 2010; b) a fixação do reajuste pelo índice anual estabelecido pela ANS que em 2010 foi de 6,76 ou a média dos últimos três reajustes por faixa etária previstos no contrato (9%); c) a condenação da ré a devolver os valores pagos indevidamente, em dobro ou ao menos, na forma simples; d) a condenação da ré ao pagamento de danos morais” (f. 339).

O magistrado de primeiro grau, entendendo que a autora ainda “não era considerada idosa para fins da Lei nº 10.741/2003” (f. 340) bem como tinha ciência prévia de que, quando completasse 59 (cinquenta e nove) anos de idade, o valor da mensalidade sofreria reajuste por alteração de faixa etária, em consonância com a legislação de regência e as cláusulas do contrato, julgou improcedentes os pedidos formulados na petição inicial. Irresignada, a demandante interpôs recurso de apelação no Tribunal de Justiça fluminense, mas o Desembargador relator negou-lhe seguimento em decisão monocrática assim ementada:

“Apelação cível. Decisão monocrática. Direito do Consumidor. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória c/c repetição de indébito. Plano de saúde individual. Autora que se insurge contra os reajustes das mensalidades em decorrência da mudança de faixa etária, aplicados pela Ré, a partir do seu quinquagésimo nono aniversário. Nos contratos de seguro de saúde, de trato sucessivo, os valores cobrados a título de prêmio ou mensalidade guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto.

Maior o risco, maior o valor do prêmio. Nesse diapasão, parece óbvia a constatação que quanto mais avançada a idade da pessoa, independentemente de estar ou não ela enquadrada legalmente como idosa, maior é a probabilidade de contrair problema que afete sua saúde. Há uma relação direta entre incremento de faixa etária e aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica. O Estatuto do Idoso, em seu art. 15, § 3º, veda ‘a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade’. Entretanto, a incidência de tal preceito não autoriza uma interpretação literal que determine, abstratamente, que se repute abusivo todo e qualquer reajuste baseado em mudança de faixa etária do idoso. Somente o reajuste desarrazoado, injustificado, que, em concreto, vise de forma perceptível a dificultar ou impedir a permanência do segurado idoso no plano de saúde implica na vedada discriminação, violadora da garantia da isonomia, o que não se sucedeu no caso em tela ante o teor do laudo pericial atuarial realizado nos autos que concluiu não ter havido irregularidades nos reajustes do plano de saúde da Autora realizados pela Ré. O Superior Tribunal de Justiça modificou seu entendimento no sentido da impossibilidade de aplicação de reajustes de faixa etária para idosos. De acordo com o julgamento do REsp nº 1381606, j. 07/10/2014, DJe de 31/10/2014: ‘O aumento da idade do segurado implica a necessidade de maior assistência médica. Em razão disso, a Lei nº 9.656/1998 assegurou a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado. Essa norma não confronta o art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, que veda a discriminação consistente na cobrança de valores diferenciados em razão da idade. Discriminação traz em si uma conotação negativa, no sentido do injusto, e assim é que deve ser interpretada a vedação estabelecida no referido estatuto. Se o reajuste está previsto contratualmente e guarda propor-

ção com o risco e se foram preenchidos os requisitos estabelecidos na Lei nº 9.656/1998, o aumento é legal.’ Logo, concluiu-se ser plenamente válida e eficaz a cláusula contratual que prevê o reajuste em razão da alteração da faixa etária, nos termos da regulamentação prevista na Lei nº 9.656/98, bem como nas resoluções da ANS, especial a Resolução CONSU nº 6, inclusive aos beneficiários com idade igual ou superior a 60 anos. Cumpre lembrar que a Autora impugna o reajuste da mensalidade do plano na ordem de 88%, quando realizado em época que ela sequer era considerada idosa para fins de aplicação do Estatuto do Idoso. Se cabe o reajuste do plano para o legalmente idoso, conforme decidido pelo E. STJ, com mais razão pode tal avença sofrer variações em suas mensalidades, desde que não abusivos. Assim, infere-se que os reajustes praticados pela Apelada não são ilegais ou abusivos, visto que foi observado o disposto nas Leis nºs 9.656/98 e 10.741/2003 e Resolução Normativa ANS 63/2004, bem como no contrato firmado entre as partes. Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do CPC, Conheço do recurso e lhe nego seguimento” (f. 416/417).

O agravo interno interposto em seguida teve o provimento negado pelo órgão colegiado. O acórdão foi sumariado nos seguintes termos:

“Agravo interno na decisão monocrática em recurso de apelação. Questões trazidas no Agravo já enfrentadas na decisão impugnada. Frise-se mais uma vez que os ajustes foram realizados com base no contrato firmado pelas partes, não tendo a perícia contábil realizada nos autos identificado qualquer irregularidade nos acréscimos das mensalidades efetivadas pela operadora. Indisfarçável propósito de conduzir a causa ao julgamento colegiado. Recurso Conhecido e negado provimento” (f. 450).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados. Eis a ementa do julgado:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NA APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. AUMENTO EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. A Embargante se insurge contra a decisão proferida pelo Colegiado alegando ausência de pronunciamento acerca da violação da Resolução Normativa 63/2003, artigos 4º, I e III, 6º, III, 7º, *caput*, 51, IV, X, XIII, § 1º, todos do CDC. A Resolução Normativa nº 63/2003 não deve ser aplicada isoladamente, mas sim em conjunto com as demais circunstâncias que envolvem o caso. Resta claro nos autos que a Embargante tomou conhecimento prévio de que seu plano de saúde iria sofrer aumento quando ela completasse 59 anos de idade, sendo-lhe informado inclusive os percentuais do reajuste, anuindo com o acréscimo. Ademais, o laudo pericial realizado nos autos confirma que não houve abusividade no aumento. Diante dessas circunstâncias não se pode afirmar que houve violação à Resolução Normativa nº 63/2003 e artigos do CDC mencionados, visto que não provada cobrança excessiva tendo sido a Embargante previamente informada do reajuste. Recurso conhecido e negado provimento” (f. 478).

No especial, a recorrente alega, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 535 do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) e 4º, I e III, 6º, III, 7º, *caput*, e 51, IV, X, XIII e § 1º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Sustenta, inicialmente, a nulidade do acórdão proferido em embargos declaratórios por negativa de prestação jurisdicional, pois o Tribunal de origem deixou de se manifestar acerca de aspectos relevantes da demanda suscitados na petição recursal.

Aduz também que o reajuste aplicado na mensalidade do plano de saúde por alcançar nova faixa de risco, ao completar a idade de 59

(cinquenta e nove) anos, no percentual de 88%, tornou a prestação excessivamente onerosa, desequilibrando o contrato e impossibilitando a sua permanência.

Acrescenta não ser razoável e ser abusivo o aumento da contraprestação pecuniária praticado pela recorrida, mostrando-se nula “(...) a cláusula contratual que permitiu o reajuste de 110% (mas na prática, foi de 88%)” (f. 513), já que coloca o consumidor em desvantagem exagerada, incompatível com os princípios da boa-fé objetiva e da equidade.

Após o decurso do prazo para a apresentação de contrarrazões (f. 537), o recurso foi admitido na origem, tendo sido indicado como representativo de controvérsia (f. 545/546).

Diante da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica tese de direito (validade da cláusula contratual de plano de saúde que prevê o aumento da mensalidade conforme a mudança de faixa etária do usuário), o julgamento do presente recurso especial foi submetido à Segunda Seção desta Corte, conforme o rito dos arts. 1.036 e 1.037 do Código de Processo Civil de 2015 - CPC/2015 (f. 561/562).

Foram expedidos ofícios aos Presidentes dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais e foi facultada a manifestação, na qualidade de *amicus curiae*, dos seguintes entes ou órgãos: Defensoria Pública da União - DPU, Instituto de Estudos de Saúde Suplementar - IESS, Federação Nacional de Saúde Suplementar - FENASAÚDE, Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC, que apresentaram petições (f. 576/588, 590/700, 703/724, 762/784 e 786/804, respectivamente).

O Ministério Público Federal, em parecer, opinou pela “validade da cláusula contratual de plano de saúde que prevê o aumento

da mensalidade conforme a mudança da faixa etária do usuário, desde que observados o limite de 60 (sessenta) anos de idade, bem como as disposições da Agência Nacional de Saúde Suplementar” (fl. 890) e pelo “desprovimento do recurso especial, pois não demonstrada a abusividade da cláusula contratual” (f. 890).

A recorrente apresentou memoriais a f. 893/900.

Após, diante de diversas solicitações de esclarecimentos sobre o alcance da decisão de sobrestamento, foram feitas as seguintes delimitações no tema 952:

“- (i) os planos de saúde abrangidos são apenas os da modalidade individual ou familiar; - (ii) a determinação de suspensão não impede a concessão de tutelas provisórias de urgência, desde que verificada a efetiva necessidade e a presença de seus requisitos legais, a exemplo da aferição da concreta abusividade do aumento da mensalidade” (f. 997).

Por fim, foram admitidas também as seguintes entidades como *amici curiae*:

Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON; União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde - UNIDAS; Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde - ADUSEPS; e Confederação Nacional das Cooperativas Médicas - UNIMED DO BRASIL (f. 1.257/1.259).

É o relatório.

#### Voto

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): As questões controvertidas nestes autos são: a) se houve negativa de prestação jurisdicional pela Corte de origem quando do julgamento dos embargos de

declaração e b) se é válida a cláusula contratual de plano de saúde da modalidade individual ou familiar que prevê o aumento da mensalidade conforme a mudança de faixa etária do usuário.

No caso dos autos, as prestações mensais da recorrente sofreram majoração no percentual de 88% após ela ter completado a idade de 59 (cinquenta e nove) anos, o que, segundo alega, configuraria abuso e onerosidade excessiva, visto que desequilibraria o contrato e impossibilitaria a sua permanência no plano de saúde, em afronta aos direitos do consumidor.

Cumprido destacar, preliminarmente, que a matéria a ser apreciada no Supremo Tribunal Federal (STF) em repercussão geral (RE nº 630.852 RG/RS), qual seja, o tema 381 - aplicação do Estatuto do Idoso a contrato de plano de saúde firmado anteriormente a sua vigência, com ênfase no controle do aumento da contribuição em razão de ingresso em faixa etária diferenciada, não influencia no julgamento da presente hipótese, porquanto a autora aderiu ao plano de assistência à saúde em 06/09/2005, data posterior à vigência da Lei nº 10.741/2003, portanto.

A despeito disso, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o reconhecimento de repercussão geral não impede o trâmite normal do recurso especial que verse sobre o mesmo tema, assegurando, apenas, o sobrestamento do recurso extraordinário a ser eventualmente interposto. Isso porque não há invasão de competências, já que cabe ao Superior Tribunal de Justiça aplicar o Direito ao caso concreto conforme a melhor interpretação da legislação federal infraconstitucional, ao passo que ao Supremo Tribunal Federal cumpre apreciar hipóteses de afronta à norma da Constituição Federal.

A propósito:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RE-GIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. DECISÃO MANTIDA.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, o reconhecimento da repercussão geral de matéria submetida a apreciação do STF não enseja, por si só, a suspensão de processos que tramitam no STJ. Precedentes.

2. Não cabe ao STJ conhecer de violação de norma constitucional, sob pena de invadir a competência do STF.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp nº 1.328.548/GO, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, DJe 01/12/2015)

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. REPERCUSSÃO GERAL DECLARADA PELO STF. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. ACUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS. AUXÍLIO-ACIDENTE CONCEDIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.528/97 E APOSENTADORIA CONCEDIDA APÓS A SUA VIGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.296.673/MG, SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 507/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(...)

II. O pedido de suspensão do julgamento do Recurso Especial, em razão do reconhecimento de repercussão geral da matéria, pela Suprema Corte, não encontra amparo legal. A verificação da necessidade de sobrestamento do feito terá lugar quando do exame de admissibilidade de eventual recurso extraordinário a ser interposto, a teor do art. 1.036 do Código de Processo Civil de 2015.

(...)

VI. Agravo interno improvido.” (AgInt no REsp nº 1.591.844/SP, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, DJe 16/06/2016)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC) – DEMANDA POSTULANDO A EQUIPARAÇÃO, ENTRE HOMENS E MULHERES, DO PERCENTUAL DO CÁLCULO DO SALÁRIO DE BENEFÍCIO PARA FINS DE SUPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - DECISÃO MONOCRÁTICA CONHECENDO DO AGRAVO DA ASSISTIDA PARA, DE PRONTO, DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, AFASTADA A PRESCRIÇÃO PRONUNCIADA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA.

(...)

2. Pedido de suspensão do feito. ‘O fato de a matéria ter sido reconhecida como de repercussão geral perante o Supremo Tribunal Federal não impede o julgamento do recurso especial, apenas assegurando o sobrestamento do recurso extraordinário interposto’ (EDcl no AREsp nº 161.703/RN, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira Turma, julgado em 05/11/2013, DJe 12/11/2013).

Ademais, no caso, a insurgência especial sequer chegou a abranger a questão de fundo (cuja repercussão geral foi reconhecida), ante o acolhimento, na origem, da preliminar de prescrição.

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp nº 252.777/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, DJe 25/05/2015)

Feitos os esclarecimentos acima, passa-se ao exame das alegações recursais.

1. Da negativa de prestação jurisdicional

Não há falar em negativa de prestação jurisdicional nos embargos declaratórios, a qual somente se configura quando, na apreciação do recurso, o Tribunal local insiste em omitir pronunciamento a respeito de questão que deveria ser decidida, e não foi.

Concretamente, verifica-se que as instân-

cias ordinárias enfrentaram a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia. É cediço que a escolha de uma tese refuta, ainda que implicitamente, outras que sejam incompatíveis.

Registre-se, por oportuno, que o órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mas apenas sobre aqueles considerados suficientes para fundamentar sua decisão, o que foi feito.

Nesse sentido:

“RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DANO MORAL. NÃO CARACTERIZADO. INSCRIÇÃO INDEVIDA COMANDADA PELO SUPOSTO CREDOR. ANOTAÇÕES ANTERIORES. SÚMULA Nº 385/STJ.

1. O acórdão recorrido analisou todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia, não se configurando omissão alguma ou negativa de prestação jurisdicional.

(...)

5. Recurso especial a que se nega provimento.” (REsp nº 1.386.424/MG, Rel. p/acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Segunda Seção, DJe 16/05/2016)

2. Da origem do reajuste da mensalidade do plano de saúde fundado em mudança de faixa etária

De início, impende asseverar que o modelo financeiro mais adotado pelas operadoras de plano de saúde no Brasil é o de diluição das despesas entre os diversos beneficiários, havendo a formação de um fundo mútuo, a tornar viável a solvência do plano e o custeio de consultas, cirurgias, internações e outros serviços de assistência à saúde quando utilizados pelo consumidor (regime de repartição simples).

Nesse contexto, o mutualismo, base eco-

nômica desse tipo contratual, por definição,

“(…) é a associação entre membros de um grupo no qual suas contribuições são utilizadas para propor e garantir benefícios aos seus participantes, portanto está relacionado à união de esforços de muitos em favor aleatório de alguns elementos do grupo, constituindo-se, portanto, como princípio fundamental que constitui a base de toda operação de seguro, e por decorrência, dos planos de saúde (Instituto Brasileiro de Atuária, 2014).

Nos planos de saúde, uma população voluntariamente paga contraprestação pecuniária (mensalidade, prêmio) para um fundo solidário do qual saem os recursos para custeio de eventos segurados (consultas, exames, terapias, internações e outros itens de despesa assistencial).

(...)

O conceito dos planos de saúde baseia-se, portanto, na existência de eventos futuros e incertos - não se sabe se e quando ocorrerá a assistência médica contratada (evento seguro) e quem será afetado pelo evento - na previsibilidade coletiva para que a operadora possa quantificar o risco assumido, baseada no mutualismo e solidariedade, e na boa fé objetiva” (f. 774/775 - manifestação da ANS).

Por outro lado, como cediço, os gastos de tratamento de pessoas idosas são geralmente mais altos do que os de pessoas mais jovens, isto é, o risco assistencial varia consideravelmente em função da idade.

Assim, diante do mutualismo e para trazer maior equilíbrio financeiro ao plano, foram estabelecidos preços fracionados em faixas etárias para que tanto os jovens quanto os idosos pagassem um valor compatível com os seus perfis de utilização dos serviços médico-hospitalares.

Em virtude desse cenário, de necessário

“(…) mútuo dos riscos a serem suportados pela operadora de planos torna-se de fundamental relevância o estabelecimento do fator de agrupamento dos beneficiários que permitirá à operadora, dentro da aleatoriedade do risco a que estes estejam sujeitos, arcar com as despesas médicas a partir da receita oriunda do prêmio mensal pago pela massa de beneficiários.

Referida categorização em grupos de riscos homogêneos é essencial para a correta precificação do plano de saúde e justa aos beneficiários, pois todos os indivíduos naquela categoria pagarão prêmios iguais, que corresponderão adequadamente aos riscos que cada um gera ao grupo segregado.

Impende ressaltar que o único fator permitido pela legislação brasileira para a categorização dos consumidores de planos de saúde é a idade, mediante a classificação em faixas etárias. É o que se denomina *community rating* modificado, pois outros fatores de diferenciação que influenciam o risco (p. ex. gênero, local de residência, hábitos de vida, ocupação profissional) são vedados” (f. 595 manifestação do IESS).

Sobre o tema, vale ainda conferir a seguinte lição de LEONARDO VIZEU FIGUEIREDO:

“(…)

Tal reajuste é decorrente da conjugação de fatores de ordem pessoal do consumidor, aliada ao fator tempo. Isto porque o corpo humano, à medida em que envelhece, fica mais sujeito a doenças e enfermidades, majorando, por demasia, os gastos que se fazem necessários com a manutenção de sua incolumidade física e psíquica. Por tais razões, quando mudamos a faixa etária, aumentamos o risco atuarial de sinistralidade, inerente ao nosso perfil pessoal.”

(FIGUEIREDO, LEONARDO VIZEU. *Curso de Direito de Saúde Suplementar*, 2ª

ed., Forense: Rio de Janeiro, 2012, p. 252)

Além disso, para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os mais jovens suportassem parte dos custos gerados pelos de idade mais avançada, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do *community rating* modificado).

Conforme assinalado pela Defensoria Pública da União,

“(…)

Existem dois fatores que agravam a situação de vulnerabilidade da pessoa idosa quando confrontada com o reajuste de mensalidade de plano de saúde em razão da mudança de faixa etária, quais sejam, a pessoa idosa requer gastos adicionais para o tratamento com a própria saúde e a inevitável diminuição de renda da pessoa quando esta se aposenta. Vale ressaltar que com as alterações na legislação previdenciária, ocorridas em 2015, houve redução de até 50% (cinquenta por cento) no valor dos benefícios previdenciários (Lei nº 13.135/2015 altera o Regime Geral de Previdência Social – RGPS)” (f. 579).

Dessa forma, em virtude desse subsídio, não se inviabiliza o ingresso ou a permanência de pessoas idosas no plano privado de assistência à saúde, evitando, assim, qualquer onerosidade excessiva ou discriminação etária.

Em contrapartida, cumpre frisar que as mensalidades dos mais jovens, apesar de proporcionalmente mais caras, não podem ser majoradas demasiadamente, sob pena de o negócio perder a atratividade para eles, o que colocaria em colapso todo o sistema de saúde suplementar em virtude do fenômeno da seleção adversa (ou antisseleção):

“(…) ‘no caso dos seguros em geral e dos planos e seguros de saúde em particular, consiste na auto-exclusão dos consumidores que têm gastos com saúde esperados inferiores ao prêmio cobrado no mercado. A exclusão desses consumidores eleva o custo médio do atendimento, levando a um aumento do prêmio e nova exclusão dos consumidores.’ (CECHIN, 2008, p. 35)” (f. 627/628 - manifestação do IESS, parecer FIPECAFI).

Em outros termos,

“(…) a transferência do elevado custo dos beneficiários mais velhos não pode onerar, demasiadamente, os beneficiários mais jovens, sob pena de estes últimos perderem o interesse na contratação do plano, arcando com o próprio custo de seus tratamentos médicos ou, simplesmente, juntando o dinheiro que gastariam como plano para o caso de necessidade de assistência médica. Esse cenário, obviamente, levaria o setor de saúde suplementar à ruína, pois é justamente por conta do mutualismo, ou seja, da diluição de riscos entre beneficiários de idades (*rectius*: riscos) diferentes é que os planos de saúde são economicamente viáveis” (f. 715 - manifestação da FENASAÚDE).

Conclui-se que a cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária encontra fundamento no mutualismo e na solidariedade intergeracional, além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos, o que concorre para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do próprio plano.

Resta apreciar a regulamentação normativa de tal cláusula contratual, que deve ter balizas sólidas, de forma a não comprometer o direito de usuários e idosos.

3. Da base legal para o reajuste por alteração da faixa etária nos planos privados de

assistência à saúde

Nos planos de saúde da modalidade individual ou familiar existem, atualmente, dois tipos possíveis de aumentos nas contraprestações pecuniárias: (i) Reajustes Financeiros Anuais, calculados com fundamento nas variações dos custos médico-hospitalares e inflacionários e limitados à periodicidade mínima de 12 (doze) meses e (ii) Reajustes por Variação de Faixa Etária do beneficiário, que ocorre cada vez que o titular ou o dependente atinge uma idade que represente o início de uma nova faixa etária predefinida em contrato. Ambos podem incidir coincidentemente no mesmo mês.

Cumprase asseverar que o índice de reajuste anual divulgado pela ANS não é um índice geral de preço (ou índice de inflação). Na realidade, ele é composto pela variação da frequência de utilização de serviços, pela incorporação de novas tecnologias e pela variação dos custos de saúde, caracterizando-se como um índice de valor.

Por seu turno, no percentual de reajuste por mudança de faixa etária, é levado em consideração, nos cálculos, o perfil médio e atuarial de utilização dos serviços de saúde de cada estrato de idade. É dizer, pela mudança de perfil de utilização do plano, há alterações no risco transferido à operadora (aumento atuarial).

Com efeito,

“(…) para a organização de um plano de saúde, um grupo contendo beneficiários de diversas idades não apresenta homogeneidade em relação ao risco de saúde. Para a correta tarifação dos planos de saúde (assim como de todos seguros), é necessária a estratificação dos indivíduos em grupos de risco homogêneos. Após esta estratificação, é possível mensurar o risco em cada um dos grupos e calcular os respectivos valores de prêmio de seguro ou de

contraprestação pecuniária.

É por este motivo que as contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos dos planos privados de assistência à saúde variam de acordo com a idade do beneficiário. Quanto mais idoso o consumidor, maiores os gastos que ele acarreta ao grupo segurado, portanto maior deverá ser o prêmio que ele paga. Todos os indivíduos situados na mesma faixa etária, que a princípio representam o mesmo risco ao plano, pagam a mesma mensalidade. A organização de grupos homogêneos, de acordo com as idades dos beneficiários, é benéfica para o conjunto dos consumidores, pois cada um pagará prêmios adequados a seu perfil” (f. 639 - manifestação do IESS, parecer FIPECAFI).

Logo, percebe-se que o tema é complexo e para melhor elucidação, faz-se necessário examinar os diversos regramentos que influenciam e influenciaram, ao longo do tempo, a validade da cláusula contratual de plano de saúde que prevê o aumento da mensalidade conforme a alteração de faixa etária do usuário, merecendo destaque o marco regulatório da saúde suplementar no Brasil, qual seja, a promulgação da Lei nº 9.656/1998, vigente a partir de 02/01/1999.

3.1 Planos Anteriores à Lei nº 9.656/1998 (planos antigos, não regulamentados ou não adaptados)

O art. 35-E e parágrafos da Lei nº 9.656/1998, na redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44/2001, estipulava que os reajustes dos planos individuais contratados anteriormente à data de sua vigência deveriam ser previamente autorizados pelo órgão regulador competente à época.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a ADI 1.931 MC/DF (DJ de 28/05/2004), decisão complementada pela ADI 1.931 MC-ED/DF (DJe de 20/11/2014),

determinou a suspensão da eficácia do mencionado dispositivo legal, porquanto a legislação superveniente não poderia alcançar os efeitos decorrentes de regras estabelecidas em ato jurídico perfeito. Em outras palavras, a lei nova não poderia retroagir para atingir os efeitos futuros dos negócios jurídicos implementados em data anterior à sua vigência.

Assim, com tal decisão, passou a valer, quanto aos reajustes das mensalidades dos planos de saúde contratados anteriormente à Lei nº 9.656/1998, apenas o que estivesse estabelecido em cada contrato, ressalvada a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), de modo a proteger a parte hipossuficiente da relação jurídica.

É por isso que a ANS, no que tange aos reajustes financeiros anuais desses contratos, passou a adotar a seguinte orientação:

“(…)

A partir da vigência desta decisão no que se refere aos reajustes por variação de custos, a operadora deveria aplicar o que constasse da cláusula contratual, sendo certo que o percentual de variação divulgado pela ANS somente deveria ser aplicado caso a cláusula não indicasse expressamente o índice de preços a ser utilizado para reajustes das contraprestações pecuniárias, ou fosse omissa quanto ao critério de apuração e demonstração das variações consideradas no cálculo do reajuste, de acordo com a Súmula Normativa ANS nº 05/03.

Porém, algumas operadoras entenderam que a decisão do STF permitia-lhes aplicar o cálculo de reajuste de forma indiscriminada com base na variação dos custos médico-hospitalares (VCMH), ocasionando reajustes abusivos. Diante desta realidade, a Agência requisitou dessas operadoras os documentos necessários à verificação da regularidade dos reajustes aplicados às mensalidades de seus beneficiários.

Assim, a ANS, objetivando estabelecer clareza de forma permanente nas regras contratuais (até então obscuras) e trazer de volta para a Agência o processo regulatório do reajuste, iniciou um processo de negociação junto às operadoras para assinaturas de Termos de Compromisso de Ajuste de Conduta.

Os Termos de Compromisso visaram, então, estabelecer para os contratos que não tinham regras claras que o reajuste destes contratos seguiria então a variação dos custos médico-hospitalares (VCMH), apresentados anualmente, sem inclusão das despesas administrativas, com as informações sendo anualmente checadas pela ANS, sendo que os índices não seriam feitos para cada operadora, e sim por porte e modalidade, através de critérios de eficiência definidos pela ANS.

Assim, para evitar a aplicação de reajustes aos contratos que não indicavam expressamente o índice a ser utilizado ou eram omissos quanto ao critério de apuração do reajuste, sem autorização da Agência, como ocorreu no ano anterior, a ANS comprometeu-se a analisar e avaliar a situação dos planos privados de assistência à saúde firmados individualmente até 1º de janeiro de 1999, e não adaptados à Lei nº 9.656/98, através do Termo de Compromisso Supracitado” (f. 766/767).

No tocante aos reajustes por faixa etária, por sua vez, a disciplina também ficou restrita ao estabelecido em cada contrato, observadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS, de seguinte teor:

“Súmula Normativa nº 3, de 21 de setembro de 2001.

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, no uso das atribuições que lhe confere o caput do art. 9º do

regulamento aprovado pelo Decreto nº 3.327, de 5 de janeiro de 2000, de acordo com o disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e com as competências definidas na Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nos termos do art. 51, inciso I, alínea ‘c’ da Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 30, de 19 de julho de 2000; Considerando o disposto no art 35-E da Lei nº 9.656, de 1998, que prevê o encaminhamento à ANS dos contratos com cláusulas de aumento por faixa etária ainda não aprovadas, no caso de consumidores com sessenta anos de idade ou mais;

Considerando que nos contratos anteriores à lei, por total ausência de regras para sua formalização, tem sido constatada uma grande diversidade tanto com relação à forma dos instrumentos contratuais quanto às etapas de celebração, alteração e atualização desses contratos;

Considerando, ainda, que em virtude das constantes alterações de conjuntura econômica nas últimas duas décadas, o país atravessou períodos de instabilidade em que foram adotados mecanismos de atualização monetária mensal de preços, exigindo a adoção de instrumentos contratuais referenciados a tabelas de preços por faixa etária externas ou sob forma de anexo, o que chegou a constituir uma praxe nos mais diversos tipos de contratos de prestação continuada de serviços;

Considerando, também, o Parecer PROGE nº 119/2000 em que a Procuradoria da ANS entende não haver restrição legal à adoção, na formalização de contratos, de indexação externa ou vinculação a tabelas de vendas externas ao contrato para fins de autorização de aplicação de variação de valor da contraprestação pecuniária;

Considerando, por fim, os Pareceres PROGE nºs 144/2000, 154 e 200 de 2001, a respeito da validade das autorizações de reajuste técnico por mudança de faixa etária proferidas pela SUSEP, antes da vigência da Medida Provisória nº 1.908-18, de 27 de setembro

de 1999;

Resolve adotar, por interpretação unânime da Diretoria Colegiada, o seguinte entendimento, registrando-se que a análise prévia pela ANS restringe-se à validade formal da cláusula e não quanto ao percentual de reajuste do contrato: 1. Desde que esteja prevista a futura variação de preço por faixa etária nos instrumentos contratuais, serão consideradas pela ANS as tabelas de venda e tabelas de preço anexas ou referidas nos textos contratuais informadas pelas operadoras, para fins verificação da previsão de variação por faixa etária prevista no inciso IV do § 1º do art 35- E, da Lei nº 9.656, de 1998;

2. A manifestação da ANS em resposta à operadora fará referência às tabelas apresentadas, e a aplicação da repactuação deverá se limitar aos contratos vinculados aos planos que as adotaram;

3. Uma vez analisado o contrato, a ANS divulgará o resultado e os percentuais a serem aplicados;

4. Considerando a legislação específica para as sociedades seguradoras, nos casos em que as cláusulas de variação de faixa etária dos contratos já tenham sido submetidas à SUSEP antes da edição da Medida Provisória nº 1.908-18, de 1999, a ANS dispensará o seguinte tratamento:

a. Seguradoras: Serão consideradas previamente aprovadas desde que não tenha havido restrição da SUSEP quanto às condições contratuais e Notas Técnicas;

b. Operadoras: Serão consideradas previamente aprovadas desde que tenha havido aprovação expressa pela SUSEP.”

3.2 Planos Posteriores à Lei nº 9.656/1998 (planos novos, regulamentados ou adaptados)

Com a edição da Lei nº 9.656/1998, houve uma reorganização da Saúde Suplementar.

Assim, para os reajustes anuais nos pla-

nos privados individuais ou familiares de assistência suplementar à saúde, condicionou-se a sua aplicação à prévia aprovação pela ANS, que divulga, também anualmente, os percentuais máximos de reajuste da contraprestação pecuniária. Nos planos coletivos, ao contrário, a atuação da Agência Reguladora restringe-se, nesse aspecto, a monitorar o mercado, de modo que os parâmetros para a majoração são decorrentes da livre negociação entre a operadora e a pessoa jurídica estipulante, possuidora de maior poder de negociação, a resultar, comumente, na obtenção de valores mais vantajosos para si e seus beneficiários.

Já a variação das contraprestações pecuniárias em razão da idade do usuário, segundo as determinações legais, deverá estar prevista no contrato, de forma clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada (vide arts. 15, caput, e 16, IV, da Lei nº 9.656/1998).

Ademais, os beneficiários com mais de 60 anos de idade foram isentos desses reajustes por faixa etária, mas desde que participassem do plano há mais de 10 (dez) anos. Eis a redação do parágrafo único do art. 15 da Lei nº 9.656/1998:

“Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o *caput* para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos.”

Regulamentando o tema, e antes da entrada em vigor da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) editou a Resolução CONSU nº 6/1998 fixando a observância, pelas operadoras, de 7 (sete) faixas etárias, além de determinar que o valor estabelecido para a última delas (70 anos) não superasse a 6 (seis) vezes o valor da faixa inicial (0 a 17 anos).

Confira-se, no que interessa ao ponto:

“Art. 1º Para efeito do disposto no artigo 15 de Lei nº 9.656/98, as variações das contraprestações pecuniárias em razão da idade do usuário e de seus dependentes, obrigatoriamente, deverão ser estabelecidas nos contratos de planos ou seguros privados a assistência à saúde, observando-se as 07 (sete) faixas etárias discriminadas abaixo:

I - 0 (zero) a 17 (dezesete) anos de idade;

II - 18 (dezoito) a 29 (vinte e nove) anos de idade;

III - 30 (trinta) a 39 (trinta e nove) anos de idade;

IV - 40 (quarenta) a 49 (quarenta e nove) anos de idade;

V - 50 (cinquenta) a 59 (cinquenta e nove) anos de idade;

VI - 60 (sessenta) a 69 (sessenta e nove) anos de idade;

VII - 70 (setenta) anos de idade ou mais.

Art. 2º - As operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde poderão adotar por critérios próprios os valores e fatores de acréscimos das contraprestações entre as faixas etárias, desde que o valor fixado para a última faixa etária, não seja superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária, obedecidos os parâmetros definidos no Art. 1º desta Resolução.

§ 1º A variação de valor na contraprestação pecuniária não poderá atingir o usuário com mais de 60 (sessenta) anos de idade, que participa de um plano ou seguro há mais de 10

(dez) anos, conforme estabelecido na Lei nº 9.656/98.

§ 2º A contagem do prazo estabelecido no parágrafo anterior deverá considerar cumulativamente os períodos de dois ou mais planos ou seguros, quando sucessivos e ininterruptos, numa mesma operadora, independentemente de eventual alteração em sua denominação social, controle empresarial, ou na sua administração, desde que caracterizada a sucessão.

§ 3º As operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde podem oferecer produtos que tenham valores iguais em faixas etárias diferentes.”

Com a vigência da Lei nº 10.741/2003 a partir de 1º/1/2004, e ante o disposto em seu art. 15, § 3º, que vedou “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”, foi editada nova resolução regulamentadora, desta vez pela ANS, ampliando as faixas etárias para 10 (dez), o que permitiu o aumento mais suave nos valores entre cada grupo etário, sendo o último para quem completar 59 (cinquenta e nove) anos, a obedecer, assim, os direitos do idoso - pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Consoante o parecer da Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras - FIPECAFI, “(...) a limitação prevista na regulamentação brasileira cria um mecanismo de subsídio de algumas faixas etárias a outras: as faixas de menor risco (no caso, os jovens) pagam mensalidades proporcionalmente mais elevadas que as faixas de maior risco (no caso, os idosos). E mesmo dentre os idosos, os ‘jovens idosos’ (60 a 74 anos) subsidiam os ‘mais idosos’ (a partir de 75 anos), pois todos pagam o mesmo valor (*community rating* puro), só que os ‘mais idosos’ geram custos bastantes mais elevados” (f. 653).

A propósito, cumpre transcrever os arts. 2º e 3º da RN nº 63/2003 da ANS:

“Art. 2º Deverão ser adotadas dez faixas etárias, observando-se a seguinte tabela:

I - 0 (zero) a 18 (dezoito) anos;

II - 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos;

III - 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos;

IV - 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos;

V - 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos;

VI - 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos;

VII - 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos;

VIII - 49 (quarenta e nove) a 53 (cinquenta e três) anos;

IX - 54 (cinquenta e quatro) a 58 (cinquenta e oito) anos;

X - 59 (cinquenta e nove) anos ou mais.

Art. 3º Os percentuais de variação em cada mudança de faixa etária deverão ser fixados pela operadora, observadas as seguintes condições:

I - o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária;

II - a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas.

III – as variações por mudança de faixa etária não podem apresentar percentuais negativos.”

Extrai-se, assim, que os percentuais de variação entre as faixas etárias ficaram sob a responsabilidade da operadora de plano de saúde, que tem liberdade para impor os preços no produto oferecido, com amparo em estudos atuariais.

Apesar disso, o órgão regulador, ainda embasado nos conceitos de prevenção da anti-seletividade e de solidariedade intergeracional - os beneficiários das faixas mais jovens subsidiavam os de faixa etária mais avançada -, ainda dispôs que (i) “o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária” (variação de 500% ou 6 vezes) e (ii) “a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas [145% ou 2,45 vezes] não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas” (145% ou 2,45 vezes). Esta última regra “(...) visa reduzir os percentuais de variação nas últimas faixas etárias (acima de 49 anos), obrigando que parte da variação que poderia ser alocada a tais idades seja diluída pelas primeiras sete faixas” (f. 649).

Com efeito, segundo a própria ANS, essas limitações foram feitas para proteger justamente o usuário idoso:

“(…)

Apesar da adoção do princípio do mutualismo por faixa etária, a legislação da ANS, com o intuito de proteger os idosos, limitou a fixação da contraprestação pecuniária cobrada deste grupo a 6 (seis) vezes do preço cobrado dos mais jovens.

Com esta limitação, os mais jovens acabam assumindo parte do custo gerado pelos mais idosos, já que os gastos destes últimos superam, em regra, essa relação de 6 (seis) vezes. No entanto, esta parte do custo dos mais idosos imputada aos mais jovens não é tão significativa que provoque a evasão destes últimos.

Na inexistência desta limitação os mais jovens não seriam onerados, mas os mais idosos pagariam um preço ainda mais alto. Por outro lado se a limitação imposta fosse mais restritiva (por exemplo, uma relação de menos de 6 vezes), para manter o equilíbrio financeiro dos planos as operadoras teriam que elevar todos os preços e a evasão dos mais jovens seria

inevitável. Ou seja, a situação hoje evidenciada nas últimas faixas seria apenas antecipada para faixas anteriores, podendo gerar um desequilíbrio nos planos” (f. 774).

Cabe ressaltar também que a mencionada Agência Reguladora monitora a evolução dos preços dos planos privados de assistência à saúde, incluídos os percentuais de reajuste por faixa etária, como se depreende do seguinte trecho de sua manifestação:

“(…)

a.2.1) Nota Técnica de Registro de Produtos – NTRP

Os parâmetros para a determinação do preço do plano de saúde, bem dos percentuais de aumento por mudança de faixa etária, são de responsabilidade do atuário. Através de um documento específico, são apresentados os cálculos e parâmetros atuariais que embasam a formação dos preços.

Tal documento, conhecido como Nota Técnica de Registro de Produtos - NTRP, é a justificativa da formação inicial dos preços dos planos de saúde, e contém todas as premissas técnicas de cálculo. De acordo com a Lei nº 9.961/2000, Art. 4, Inciso XXI, compete à ANS monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde.

A NTRP foi estabelecida pela Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 28/2000, com vistas ao acompanhamento das práticas de formação de preços, dada a necessidade de equilíbrio econômico-financeiro dos planos e prevenção contra práticas comerciais abusivas.

Conforme esclarece a Instrução Normativa - IN nº 08/2002 da DIPRO, desde 30/12/2002 os percentuais de reajuste por mudança de faixa etária estabelecidos nos contratos devem manter perfeita relação com a coluna ‘Valor Comercial da Mensalidade’, constante no Anexo II-B (Coluna T) da NTRP vigente na data da sua contratação” (f. 765/766).

Dessa forma, o órgão regulador da área

faz um acompanhamento das práticas atuariais de formação de preços, que não é aleatória, com vistas a prevenir os atos comerciais abusivos e o desequilíbrio econômico-financeiro do plano de saúde.

Enfim, a cláusula de reajuste da mensalidade por mudança de faixa etária do usuário não é inidônea, se devidamente respeitados os normativos do setor, podendo, inclusive, os percentuais de majoração ser revistos acaso abusivos.

4. Da interpretação jurisprudencial sobre a legalidade do reajuste por alteração da faixa etária do usuário nos contratos de plano de saúde.

A Segunda Seção deste Tribunal Superior, quando do julgamento do REsp nº 1.280.211/SP (Rel. Ministro MARCO BUZZI, DJe 04/09/2014), firmou o entendimento de ser válido o reajuste de mensalidade de plano de saúde em razão da mudança de faixa etária do beneficiário, pois com o incremento da idade há o aumento do risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica.

Com efeito, “tal fato não é discriminatório, pois não se está onerando uma pessoa pelo simples fato de ser idosa, mas por demandar mais do serviço ofertado” (AgRg no REsp nº 1.315.668/SP, Rel. para acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 14/04/2015).

É que a norma do art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, o reajuste baseado no simples fato de a pessoa ser idosa, sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato.

Consoante asseverado pelo Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, quando do julgamento, na Terceira Turma, do REsp nº

1.381.606/DF:

“(…)

O aumento da idade do segurado implica a necessidade de maior assistência médica. Em razão disso, a Lei n. 9.656/1998 assegurou a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado.

Essa norma não confronta o art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, que veda a discriminação consistente na cobrança de valores diferenciados em razão da idade. Discriminação traz em si uma conotação negativa, no sentido do injusto, e assim é que deve ser interpretada a vedação estabelecida no referido estatuto.

Na hipótese dos autos, o aumento do valor do prêmio decorreu do maior risco, ou seja, da maior necessidade de utilização dos serviços segurados, e não do simples advento da mudança de faixa etária”. (REsp nº 1.381.606/DF, Rel. p/ acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe de 31/10/2014).

Todavia, constituirá reajuste abusivo “o segurador ou administrador do plano aproveitar-se do advento da idade do segurado para aumentar lucros, e não simplesmente para cobrir despesas ou riscos maiores” (REsp nº 1.381.606/DF, Rel. p/ acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe de 31/10/2014).

Assim, em virtude da aplicação da legislação consumerista (Súmula nº 469/STJ:

“Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”) e para evitar abusividades, alguns parâmetros devem ser observados, tais como (i) a expressa previsão contratual; (ii) não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e a cláusula geral da boa-fé objetiva e da especial proteção do idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria,

poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano; e (iii) serem respeitadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais:

a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS.

b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 02/01/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos.

c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 01/01/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância (i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos; (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e (iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.

Logo, infere-se que a abusividade dos aumentos das mensalidades de plano de saúde por inserção do usuário em nova faixa de risco, sobretudo de participantes idosos, deverá ser aferida em cada caso concreto.

E tal reajuste será adequado e razoável

sempre que o percentual de majoração for justificado atuarialmente, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, bem como a sobrevivência do próprio fundo mútuo e da operadora, que visa comumente o lucro, o qual não pode ser predatório, ante a natureza da atividade econômica explorada: serviço público impróprio ou atividade privada regulamentada, complementar, no caso, ao Serviço Único de Saúde (SUS), de responsabilidade do Estado.

Efetivamente, “a eficácia horizontal dos direitos fundamentais reclama a proteção do direito social à saúde do idoso em face dos poderes privados, traduzindo limitação à autonomia da vontade, sem olvidar, contudo, a natural busca do lucro pelo desempenho de atividade econômica, desde que não represente demasiada oneração ao consumidor” (REsp nº 1.280.211/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Segunda Seção, DJe 04/09/2014).

Por elucidativa, cabe transcrever a seguinte passagem do voto vencedor proferido pelo Ministro RAUL ARAÚJO, na Quarta Turma, quando da apreciação do REsp nº 866.840/SP (DJe de 17/08/2011):

“(…)

Da leitura dos mencionados preceitos, vê-se que o próprio ordenamento jurídico permite expressamente o reajuste das mensalidades em razão do ingresso do segurado em faixa etária mais avançada em que os riscos de saúde são abstratamente elevados, buscando, assim, manter o equilíbrio atuarial do sistema.

(…)

Ora, não se extrai de tal norma [art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso] interpretação que determine, abstratamente, que se repute abusivo todo e qualquer reajuste que se baseie em mudança de faixa etária, como pretende o promovedor desta ação civil pública, mas tão somente o reajuste discriminante, desarrazoado, que, em

concreto, traduza verdadeiro fator de discriminação do idoso, justamente por visar dificultar ou impedir sua permanência no plano.

A cláusula contratual que preveja aumento de mensalidade com base exclusivamente em mudança de idade, visando forçar a saída do segurado idoso do plano, é que deve ser afastada. Esse vício se percebe pela ausência de justificativa para o nível do aumento aplicado, o que se torna perceptível sobretudo pela demasia da majoração do valor da mensalidade do contrato de seguro de vida do idoso, comparada com os percentuais de reajustes anteriormente postos durante a vigência do pacto. Isso é que compromete a validade da norma contratual, por ser ilegal, discriminatória.

(…)

Na esteira do ensinamento acima, não há como se considerar violador do princípio da isonomia o reajuste, autorizado em lei, decorrente de mudança de faixa etária, baseado no já mencionado natural incremento do elemento risco, pois caracterizada a pertinência lógica que justifica tal diferenciação, máxime quando já idoso o segurado.

O que não se mostra possível, de acordo com as regras do art. 15, § 3º, da Lei Federal nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e do art. 14 da Lei Federal nº 9.656/98, transcritos supra, por afrontar nitidamente o princípio da igualdade, repise-se, é que a seguradora, em flagrante abuso do exercício de direito e divorciada da boa-fé contratual, aumente sobremaneira a mensalidade dos planos de saúde, aplicando percentuais desarrazoados, que constituam verdadeira barreira à permanência do idoso no plano de saúde. Procedendo de tal forma, a seguradora criaria, em verdade, fator de discriminação do idoso, com o objetivo escuso e ilegal de usar a majoração para desencorajar o segurado a permanecer no plano, o que, evidentemente, não pode ser tolerado”.

A jurisprudência desta Corte Superior sobre a matéria encontra-se pacificada no mesmo

sentido, como se observa dos seguintes precedentes:

“RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA DO CONTRATO DE SEGURO SAÚDE QUE PREVÊ A VARIAÇÃO DOS PRÊMIOS POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA PELO ACÓRDÃO ESTADUAL, AFASTADA A ABUSIVIDADE DA DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. INSURGÊNCIA DA SEGURADA.

Ação ajuizada por beneficiária de plano de saúde, insurgindo-se contra cláusula de reajuste em razão da mudança de faixa etária. Contrato de seguro de assistência médica e hospitalar celebrado em 10/09/2001 (f. e-STJ 204/205), época em que a segurada contava com 54 (cinquenta e quatro) anos de idade. Majoração em 93% (noventa e três por cento) ocorrida 6 (seis) anos depois, quando completados 60 (sessenta) anos pela consumidora. Sentença de procedência reformada pelo acórdão estadual, segundo o qual possível o reajuste por faixa etária nas relações contratuais inferiores a 10 (dez) anos de duração, máxime quando firmadas antes da vigência da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

1. Incidência do Estatuto do Idoso aos contratos anteriores à sua vigência. O direito à vida, à dignidade e ao bem-estar das pessoas idosas encontra especial proteção na Constituição da República de 1988 (artigo 230), tendo culminado na edição do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), norma cogente (imperativa e de ordem pública), cujo interesse social subjacente exige sua aplicação imediata sobre todas as relações jurídicas de trato sucessivo, a exemplo do plano de assistência à saúde. Precedente.

2. Inexistência de antinomia entre o Estatuto do Idoso e a Lei nº 9.656/98 (que autoriza, nos contratos de planos de saúde, a fixação de reajuste etário aplicável aos consumidores com mais de sessenta anos, em se tratando de rela-

ções jurídicas mantidas há menos de dez anos). Necessária interpretação das normas de modo a propiciar um diálogo coerente entre as fontes, à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da equidade, sem desamparar a parte vulnerável da contratação.

2.1. Da análise do artigo 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, depreende-se que resta vedada a cobrança de valores diferenciados com base em critério etário, pelas pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, quando caracterizar discriminação ao idoso, ou seja, a prática de ato tendente a impedir ou dificultar o seu acesso ao direito de contratar por motivo de idade.

2.2. Ao revés, a variação das mensalidades ou prêmios dos planos ou seguros saúde em razão da mudança de faixa etária não configurará ofensa ao princípio constitucional da isonomia, quando baseada em legítimo fator distintivo, a exemplo do incremento do elemento risco nas relações jurídicas de natureza securitária, desde que não evidenciada a aplicação de percentuais desarrazoados, com o condão de compelir o idoso à quebra do vínculo contratual, hipótese em que restará inobservada a cláusula geral da boa-fé objetiva, a qual impõe a adoção de comportamento ético, leal e de cooperação nas fases pré e pós pactual.

2.3. Conseqüentemente, a previsão de reajuste de mensalidade de plano de saúde em decorrência da mudança de faixa etária de segurado idoso não configura, por si só, cláusula abusiva, devendo sua compatibilidade com a boa-fé objetiva e a equidade ser aferida em cada caso concreto. Precedente: REsp nº 866.840/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 07/06/2011, DJe de 17/08/2011.

3. Em se tratando de contratos firmados entre 02 de janeiro de 1999 e 31 de dezembro de 2003, observadas as regras dispostas na Resolução CONSU nº 6/98, o reconhecimento da validade da cláusula de reajuste etário (aplicá-

vel aos idosos, que não participem de um plano ou seguro há mais de dez anos) dependerá: (i) da existência de previsão expressa no instrumento contratual; (ii) da observância das sete faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de setenta anos não poderá ser superior a seis vezes o previsto para os usuários entre zero e dezessete anos); e (iii) da inexistência de índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem excessivamente o consumidor, em manifesto confronto com a cláusula geral da boa-fé objetiva e da especial proteção do idoso conferida pela Lei nº 10.741/2003.

4. Na espécie, a partir dos contornos fáticos delineados na origem, a segurada idosa participava do plano há menos de dez anos, tendo seu plano de saúde sido reajustado no percentual de 93% (noventa e três por cento) de variação da contraprestação mensal, quando do implemento da idade de 60 (sessenta) anos. A celebração inicial do contrato de trato sucessivo data do ano de 2001, cuidando-se, portanto, de relação jurídica submetida à Lei nº 9.656/98 e às regras constantes da Resolução CONSU nº 6/98.

4.1. No que alude ao atendimento aos critérios objetivamente delimitados, a fim de se verificar a validade do reajuste, constata-se: (i) existir expressa previsão do reajuste etário na cláusula 14.2 do contrato; e (ii) os percentuais da primeira e da última faixa etária restarem estipulados em zero, o que evidencia uma considerável concentração de reajustes nas faixas intermediárias, em dissonância com a regulamentação exarada pela ANS que prevê a diluição dos aumentos em sete faixas etárias. A aludida estipulação contratual pode ocasionar - tal como se deu na hipótese sob comento -, expressiva majoração da mensalidade do plano de saúde por ocasião do implemento dos sessenta anos de idade do consumidor, impondo-lhe excessivo ônus em sua contraprestação, a tornar inviável o prosseguimento do vínculo jurídico.

5. De acordo com o entendimento exarado pela Quarta Turma, quando do julgamento do Recurso Especial nº 866.840/SP, acerca da exegese a ser conferida ao § 3º do artigo 15 da Lei nº 10.741/2003, ‘a cláusula contratual que preveja aumento de mensalidade com base exclusivamente em mudança de idade, visando forçar a saída do segurado idoso do plano, é que deve ser afastada’.

5.1. Conforme decidido, ‘esse vício se percebe pela ausência de justificativa para o nível do aumento aplicado, o que se torna perceptível sobretudo pela demasia da majoração do valor da mensalidade do contrato de seguro de vida do idoso, comparada com os percentuais de reajustes anteriormente postos durante a vigência do pacto. Isso é que compromete a validade da norma contratual, por ser ilegal, discriminatória’.

5.2. Na hipótese em foco, o plano de saúde foi reajustado no percentual de 93% (noventa e três por cento) de variação da contraprestação mensal, quando do implemento da idade de 60 (sessenta) anos, majoração que, nas circunstâncias do presente caso, destoa significativamente dos aumentos previstos contratualmente para as faixas etárias precedentes, a possibilitar o reconhecimento, de plano, da abusividade da respectiva cláusula.

6. Recurso especial provido, para reconhecer a abusividade do percentual de reajuste estipulado para a consumidora maior de sessenta anos, determinando-se, para efeito de integração do contrato, a apuração, na fase de cumprimento de sentença, do adequado aumento a ser computado na mensalidade do plano de saúde, à luz de cálculos atuariais voltados à aferição do efetivo incremento do risco contratado” (REsp nº 1.280.211/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, DJe de 04/09/2014).

(ii) Terceira Turma

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE.ALTERAÇÃO DE MENSALIDADE. FAIXA ETÁRIA.

ESTATUTO DO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO. INEXISTÊNCIA. LEGALIDADE. NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS FIRMADOS NA JURISPRUDÊNCIA DA SEGUNDA SEÇÃO DESTA CORTE DE JUSTIÇA. REAJUSTE CONSIDERADO ABUSIVO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N<sup>os</sup>. 7 E 83/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O reajuste de mensalidade de plano de saúde em decorrência da mudança de faixa etária de segurado idoso não pode, por si só, ser considerado ilegal ou abusivo, devendo ser examinado em cada caso concreto se houve a devida previsão contratual da alteração, se foram aplicados percentuais razoáveis, que não visem, ao final, a impossibilitar a permanência da filiação do idoso, se houve observância do princípio da boa-fé objetiva, assim como se foram preenchidos os requisitos estabelecidos na Lei n<sup>o</sup> 9.656/1998.

2. A jurisprudência pacificada desta Corte se firmou no sentido de que o Estatuto do Idoso, por ser norma cogente, exige sua aplicação imediata sobre todas as relações jurídicas de trato sucessivo e incide, inclusive, nos contratos de plano de saúde firmados anteriores à sua vigência.

3. Revela-se inviável alterar o entendimento da Corte estadual que, analisando o conjunto fático-probatório dos autos, concluiu pela abusividade no aumento da mensalidade do plano de saúde, tendo em vista o óbice da Súmula n<sup>o</sup> 7 do STJ.

4. Agravo interno a que se nega provimento.” (AgInt no REsp n<sup>o</sup> 1.588.848/DF, Rel.

Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 22/08/2016)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. COMPROVAÇÃO DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DO EXPE-

DIENTE FORENSE. POSSIBILIDADE. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE. MUDANÇA DA FAIXA ETÁRIA. ESTATUTO DO IDOSO. APLICABILIDADE.

(...)

2. O reajuste de mensalidade de plano de saúde em decorrência exclusiva de mudança de faixa etária do segurado não é ato discriminatório, porquanto a maior onerosidade da mensalidade não decorre de suposto preconceito contra o idoso, e sim de mais cuidados e serviços por ele demandados. Contudo, visando afastar qualquer abusividade, na cláusula contratual de previsão, esse reajuste deve estar expresso e ser proporcional ao aumento da demanda do serviço, além de respeitar as normas expedidas pelos órgãos governamentais, em especial, a Resolução CONSU n<sup>o</sup> 6/1998.

3. Agravo regimental provido.” (AgRg no REsp n<sup>o</sup> 1.557.172/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 01/06/2016)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM RAZÃO DA IDADE. ABUSIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO. PRETENSÃO DE REVISÃO DO MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N<sup>os</sup> 5 E 7/STJ.

1. A cláusula que determina o aumento por implemento de idade não é, por si só, abusiva devendo ser analisados vários elementos a fim de verificar a licitude, ou não, do reajuste aplicado.

2. Rever as conclusões do tribunal recorrido demandaria o reexame de matéria fático-probatória e de interpretação de cláusulas contratuais, o que é inviável em recurso especial, nos termos das Súmulas n<sup>os</sup> 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Não apresentação pela parte agravante de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada.

4. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp nº 1.563.131/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe 11/04/2016)

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE APÓS A AUTORA COMPLETAR 60 ANOS DE IDADE. ÚNICO CRITÉRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 83 DO STJ. REFORMA DO JULGADO. NECESSIDADE DE REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO E DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. ÓBICES DAS SÚMULAS NºS 5 E 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO DE MATÉRIA FÁTICA. DECISÃO MANTIDA.

1. A operadora do plano de saúde não apresentou argumento novo capaz de modificar a conclusão adotada, que se apoiou em entendimento aqui consolidado, de que, em respeito aos princípios da equidade e da boa-fé, a mensalidade do plano de saúde não pode ser abruptamente modificada em razão exclusiva da mudança de faixa etária (AgRg no AREsp nº 370.646/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira Turma, DJe de 16/06/2014). Incidência da Súmula nº 83 do STJ.

2. Para infirmar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem acerca da validade da cláusula contratual (que prevê contraprestação exagerada e desproporcional em razão da mudança de faixa etária) e da licitude do reajuste (considerado ilegal ante a falta de critério legítimo para os reajustes anuais das contraprestações da segurada), seria inevitável o revolvimento do arcabouço fático-probatório carreado aos autos e a interpretação do contrato de plano de saúde, procedimento sabidamente inviável na instância especial.

3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AREsp nº 599.346/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, DJe de 29/05/2015)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA DE REAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. LEGALIDADE. CONSUMIDOR IDOSO. INOBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS LEGAIS. ABUSIVIDADE DO AUMENTO. RESTAURAÇÃO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL.

1. A Segunda Seção deste Tribunal Superior, quando do julgamento do REsp nº 1.280.211/SP, firmou o entendimento de ser, a princípio, idôneo o reajuste de mensalidade de plano de saúde em razão da mudança de faixa etária do participante, pois com o incremento da idade há o aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica. Todavia, para evitar abusividades, devem ser observados alguns parâmetros, como a expressão previsão contratual; não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem excessivamente o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e a cláusula geral da boa-fé objetiva e da especial proteção do idoso, dado que aumentos elevados, sobretudo para essa última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano, e serem respeitadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais (Resolução CONSU nº 6/98 ou Resolução Normativa nº 63/2003 da ANS). Logo, a abusividade dos aumentos das mensalidades de plano de saúde, sobretudo de participantes idosos, deverá ser aferida em cada caso concreto.

2. Após o reconhecimento da abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde em virtude da alteração de faixa etária, e para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em razão da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença.

3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AREsp nº 563.555/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJe 31/03/2015)

(iii) Quarta Turma

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE. FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. REVISÃO. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO PROVIMENTO.

1. A cláusula que determina o aumento por implemento de idade não é, por si só, abusiva devendo ser analisados vários elementos a fim de verificar a licitude, ou não, do reajuste aplicado.

2. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula nº 7/STJ).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp nº 232.798/RS,

Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe de 23/11/2015)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE PELA FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE. SÚMULA Nº 83 DO STJ. REEXAME DO CONTRATO E DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULAS Nºs. 5 E 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. ‘O reajuste de mensalidade de plano de saúde em razão da mudança de faixa é admitido, desde que esteja previsto no contrato, não sejam aplicados percentuais desarrazoados, com a finalidade de impossibilitar a permanência da filiação do idoso, e seja observado o princípio da boa-fé objetiva’ (EDcl no AREsp nº 194.601/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe de 09/09/2014).

2. O recurso especial não comporta o exa-

me de questões que impliquem revolvimento dos fatos e das provas dos autos nem a revisão de cláusulas contratuais, a teor do que dispõem as Súmulas nºs 5 e 7 do STJ.

3. No caso concreto, o Tribunal de origem, examinando os elementos probatórios dos autos, concluiu que o reajuste aplicado foi desarrazoado e desproporcional. Alterar tal conclusão é inviável em recurso especial, ante o óbice das mencionadas súmulas.

4. Não se conhece de questão jurídica ventilada tão somente em sede de agravo interno, por ser inadmissível inovação recursal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp nº 669.264/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, DJe de 04/09/2015)

“AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE SEGURO SAÚDE. MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. POSSIBILIDADE DE ELEVAÇÃO DO VALOR DA MENSALIDADE. CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE FATOS, PROVAS E TERMOS CONTRATUAIS. SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ. INCIDÊNCIA. ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. COBRANÇA EM DOBRO. DEMONSTRAÇÃO DE MÁ-FÉ. INEXISTÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

(...)

2. ‘Deve-se admitir a validade de reajustes em razão de mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância do princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado. 4. Tanto os contratos individuais/familiares denominados antigos, isto é, firmados antes de 2 de janeiro de 1999 e não adaptados à Lei nº 9.656/98, quanto os contratos firmados após referida data e os adaptados a novel legislação, deverão prever

expressamente as faixas etárias nas quais serão realizados os reajustes. Nos contratos novos, o valor atribuído a cada prestação de acordo com a faixa etária deve ser previamente informado ao usuário e constar expressamente do instrumento contratual’ (REsp nº 646.677/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe de 18/09/2014).

3. No caso, verificar a existência dos requisitos autorizadores da validade da elevação da mensalidade do seguro saúde demandaria a incursão na seara fático-probatória e de termos contratuais, providência vedada em sede de recurso especial, nos termos das Súmulas nºs 5 e 7/STJ. Ademais, não opostos embargos aclaratórios, pelo que inviável o conhecimento do recurso por violação ao art. 535 do CPC.

4. ‘Somente a cobrança de valores indevidos por inequívoca má-fé enseja a repetição em dobro do indébito’ (AgRg no REsp 1127566/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe de 23/03/2012).

5 - Agravo regimental parcialmente provido.” (AgRg no AREsp nº 590.529/PB, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 26/11/2014)

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA DE REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. POSSIBILIDADE. SEGURADO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONDIÇÕES OBSERVADAS PARA VALIDADE DO REAJUSTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Nos contratos de seguro de saúde, de trato sucessivo, os valores cobrados a título de prêmio ou mensalidade guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio.

2. É de natural constatação que quanto mais avançada a idade da pessoa, independentemente de estar ou não ela enquadrada legal-

mente como idosa, maior é a probabilidade de contrair doença. Há uma relação direta entre incremento de faixa etária e aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica.

3. Deve-se admitir a validade de reajustes em razão de mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância do princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado.

4. Tanto os contratos individuais/familiares denominados antigos, isto é, firmados antes de 2 de janeiro de 1999 e não adaptados à Lei nº 9.656/98, quanto os contratos firmados após referida data e os adaptados à novel legislação, deverão prever expressamente as faixas etárias nas quais serão realizados os reajustes. Nos contratos novos, o valor atribuído a cada prestação de acordo com a faixa etária deve ser previamente informado ao usuário e constar expressamente do instrumento contratual.

5. Em relação aos contratos novos, a Lei nº 9.656/98, em seu art. 15, determina que caberá à ANS estabelecer as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas. Assim, para os contratos firmados entre 2 de janeiro de 1999 e 31 de dezembro de 2003, valem as regras da Resolução do Conselho de Saúde Suplementar - CONSU nº 6, de 3 de novembro de 1998, que determina: observância de sete faixas etárias, de modo que o valor fixado para a última faixa etária não pode ser superior a seis vezes o previsto para a primeira; a variação de valor na contraprestação não poderá atingir o usuário com mais de 60 anos que participe de um plano ou seguro há mais de dez anos. Já para os ajustes firmados a partir de 1º de janeiro de 2004, incidem as regras da Resolução Normativa – RN nº 63, de 22 de dezembro de 2003, que prescreve: observância de dez faixas etárias, a última aos 59 anos; o valor fixado para a última

faixa etária não pode ser superior a seis vezes o previsto para a primeira; a variação acumulada entre a sétima e décima faixas não pode ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, desprovido” (REsp nº 646.677/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, DJe de 18/09/2014).

Nesse passo, cumpre ressaltar que, se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde devido à alteração de faixa etária, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença.

Isso porque

“(...) o valor contratualmente estabelecido para cada faixa etária já considera a expectativa de vida de cada beneficiário e a possibilidade do mesmo atingir a faixa subsequente prevendo, então, um reajuste da contraprestação em função desta alteração do risco.

Entende-se, portanto, que a cláusula de faixa etária produz seu efeito no momento da precificação do plano onde os custos previstos são repartidos entre os beneficiários esperados.

Assim sendo, a inaplicabilidade do reajuste previsto para uma determinada faixa implicaria que os preços estabelecidos seriam ainda mais altos nas faixas anteriores, de forma a dar conta da mudança do perfil do risco.

Otrossim, a inexistência de reajustes por mudança de faixa etária, ou seja, a adoção do princípio do mutualismo sem a ponderação dos diferentes perfis de utilização prejudicaria a viabilidade da comercialização dos planos de saúde individuais e familiares, bem como tra-

ria impacto relevante para os planos coletivos.

Nesta hipotética situação, os planos não seriam financeiramente atraentes aos mais jovens e, por sua vez, sem a participação desse público, o subsídio necessário para os gastos dos mais idosos tomar-se-ia cada vez mais oneroso” (f. 776 - manifestação da ANS).

Efetivamente, a fim de reequilibrar o fundo mútuo utilizado para o custeio das despesas de todos os beneficiários, que poderá ficar deficitário diante da declaração de nulidade de um reajuste considerado para a constituição de reservas na atuária do plano, e para que os mais jovens não arquem com valores ainda mais desproporcionais quando da contratação do serviço (pacto intergeracional), o que redundaria, por sua vez, em barreira à permanência deles no contrato (seleção adversa), deve-se não apenas afastar a cláusula considerada abusiva, mas substituir o percentual comprovadamente inadequado por outro, segundo a dinâmica da faixa etária que o usuário adentrou, conjugada com as peculiaridades de seu próprio plano de assistência médico-hospitalar.

É por isso que o Ministro MARCO BUZZI, Relator do REsp nº 1.280.211/SP (Segunda Seção, DJe 04/09/2014), consignou que “dever-se-á aferir a integridade dos cálculos atuariais, com base no efetivo incremento do risco pactuado, comparados com os aumentos relativos às demais faixas etárias e com os critérios estipulados pela Agência Nacional de Saúde, sempre afastado o lucro predatório”. Enfim, para a manutenção da higidez da Saúde Suplementar, deve-se sempre buscar um ponto de equilíbrio, sem onerar, por um lado, injustificadamente, os jovens e, por outro, os idosos, de forma a adequar, com equidade, a relação havida entre os riscos assistenciais e as mensalidades cobradas.

##### 5. Da tese jurídica

Diante do explanado, fixa-se a seguin-

te tese para efeitos dos arts. 1.038 e 1.039 do CPC/2015:

O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.

#### 6. Da resolução do caso concreto

No caso dos autos, a autora contratou o plano de saúde da modalidade individual em 06/09/2005, ou seja, é um plano novo e há previsão expressa na avença do reajuste da contraprestação pecuniária por mudança de faixa etária.

Além disso, foram especificadas as 10 (dez) faixas etárias e os percentuais de reajuste.

Para a última faixa de risco, foi estabelecido o percentual de 110% quando o usuário completasse a idade de 59 (cinquenta e nove) anos.

É certo que tal percentual não respeitava as diretrizes da RN nº 63/2003 da ANS, mas a operadora, ao aplicar concretamente o reajuste, fez incidir o percentual de 88%, corrigindo, assim, a distorção e o abuso.

Desse modo, conforme consta no acórdão estadual, embasado em prova pericial, não há ilegalidade ou inobservância de normas legais, mesmo porque os cálculos realizados pela autora não encontraram respaldo matemático e atuarial.

Confira-se:

“(…)

No presente caso, não há qualquer prova nos autos de que o aumento de preço por mudança de faixa etária tenha sido abusivo, pelo contrário, de acordo com o laudo de f. 294/302 (indexador 00328), o perito concluiu que não houve ilegalidade ou inobservância de cláusulas contratuais quando do reajuste das mensalidades do plano de saúde.

A f. 301, o *expert* chega à seguinte conclusão?

Conclusões matemáticas alcançadas:

Com base em tudo o que foi dado a analisar pode este signatário perito informar que o aumento praticado pela Operadora ré, em 09/2010, no nível de 88%, elevando a mensalidade de custeio do plano de saúde onde participa autora para R\$ 316,63, teve como fato gerador a idade da mesma, ao completar, em 06/07/2010, 59 anos de idade e assim justificando a sua Mudança de Faixa Etária e consequente acréscimo previsto no Plano de Saúde. Vale dizer que o aumento praticado pela ré foi realizado em sintonia com o que pactuaram as partes e sem irregularidade matemática”. (f. 455/456).

De fato, tanto a previsão de que “a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas” quanto a de que o “valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária” foram observadas, havendo diluição dos custos entre as faixas de risco a impedir forte concentração na faixa final.

A variação entre a primeira e a última faixa etária não foi superior a 500% (máximo de 6 vezes), pois a regra do art. 3º, I, da RN nº 63/2003 da ANS, ao contrário do que sustenta a recorrente, aplica-se aos valores absolutos das contraprestações pecuniárias e não aos percentuais em si de reajuste.

Assim, por exemplo, se a mensalidade inicial, como a cobrada de um adolescente, for

de R\$ 100,00 (cem reais), o valor para o idoso não poderá exceder a R\$ 600,00 (seiscentos reais) - 6 vezes o montante de piso -, quantia esta que incide independentemente de ele possuir a idade de 59, 72, 85 ou acima, ou seja, independentemente do risco que efetivamente presente, visto que é a última faixa etária.

Como visto, essas limitações normativas prestigiam e garantem a preservação dos dois pilares que sustentam o contrato de plano de saúde: o pacto intergeracional e a prevenção da antisseletividade.

Por meio delas os usuários de maior idade não são surpreendidos com percentuais de reajuste muito elevados, havendo distribuição entre os beneficiários mais jovens de parte da despesa que tornaria a mensalidade dos mais velhos excessivamente onerosa, mas essa diluição deve ser razoável, para que não haja abandono ou exclusão dos de mais tenra idade do sistema por falta de atratividade econômica (seleção adversa), o que levaria, com o tempo, à insolvência e à ruína do próprio plano.

Não se nega que o reajuste a incidir sobre o usuário quando atinge a idade de 59 anos é considerável se comparado aos demais, mas é o último reajuste por grupo etário, não sofrendo mais esse tipo de ônus pelo resto de sua vida, por maior que seja a sua idade e o índice de utilização do plano daí decorrente.

Efetivamente, há “(...) uma grande heterogeneidade no segmento populacional considerado idoso, e estudos técnicos costumam distinguir dois grupos: os ‘jovens idosos’ e os ‘mais idosos’ (CAMARANO, 2002). Uma pessoa com 85 anos de idade tende a ter gastos com sua saúde muito superiores ao de uma pessoa com 60 anos” (f. 643).

Em outros termos, “ainda que o consumidor tenha 90 anos, e fique integralmente depen-

dente de assistência médica, ele pagará o mesmo valor pago pelos beneficiários que têm 59 anos, que representam um custo (*rectius*: risco assistencial) infinitamente menor para o fundo mútuo do plano” (f. 716/717).

Pode ser um aumento relevante para os que acabaram de completar 59 (cinquenta e nove) anos, necessário, contudo, “para custear as despesas dos outros membros dessa última faixa etária, e para garantir que esse mesmo beneficiário que acabou de sofrer o aumento não tenha de pagar mais no futuro, quando mais precisará do plano” (f. 717).

Com efeito, dados empíricos, inclusive no Brasil,

“(...) mostram que as despesas médicas com a assistência à saúde dos beneficiários da última faixa etária (59 anos em diante) é 7 vezes, ou mais, maior que as despesas com beneficiários da primeira faixa etária. Assim, para os beneficiários acima de 59 anos de idade, considerando a vedação legal ao estabelecimento de faixas etárias acima dessa idade, há o chamado *community rating* puro - todos os indivíduos segurados pagam o mesmo prêmio, independentemente do risco que eles geram ao plano de saúde.

Referidas limitações legais por si só criam um mecanismo de subsídio cruzado entre os consumidores de modo que os beneficiários das faixas etárias iniciais, de menor risco, respondem por prêmios mensais proporcionalmente mais elevados que os de maior risco, alocados nas últimas faixas etárias.

(...)

Conforme demonstrado no parecer da FIPECAFI, no extremo esse mecanismo pode levar à extinção do mercado. A experiência de oito estados dos EUA constatou esse efeito” (f. 596/597 - manifestação do IESS).

Por fim, não restou configurada nenhuma

política de preços desmedidos ou tentativa de formação, pela recorrida, de “cláusula de barreira” com o intuito de afastar a usuária quase idosa da relação contratual ou do plano de saúde por impossibilidade financeira. Longe disso, não ficou patente a onerosidade excessiva ou discriminatória, sendo, portanto, idôneos o percentual de reajuste e o aumento da mensalidade fundados na mudança de faixa etária da autora.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

**ABRIGAMENTO COMPULSÓRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. EXPRESSA DECLARAÇÃO DA IDOSA DE NÃO QUERER DEIXAR SUA RESIDÊNCIA. LEI Nº 8.842/94. POLÍTICA NACIONAL DO IDOSO. ATUAÇÃO DO MUNICÍPIO DE CABO FRIO ELOGIÁVEL. INDISPONIBILIDADE DE DIREITO FUNDAMENTAIS. VONTADE LIVRE E CONSCIENTE DO INDIVÍDUO.**

**Direito Constitucional. Lei nº 10.741/2003. Estatuto do Idoso. Hipótese em que o Ministério Público propôs Ação Civil Pública pleiteando o abrigo compulsório de idosa em suposta situação de risco porque esta fuma, ingere bebidas alcoólicas, vive em local perigoso da cidade e tem mobilidade reduzida por uma hérnia umbilical. Pretensão do *parquet* que não se coaduna com os termos da Lei nº 8.842/94 que institui a Política Nacional do Idoso. Duvidosa legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil**

**Pública em caso em que o direito da idosa nem é indisponível e nem pode ser qualificado como um direito homogêneo, tal qual alude o disposto no artigo 74, I do Estatuto do Idoso. A indisponibilidade de**

**direitos fundamentais está absolutamente atrelada à vontade livre e consciente do indivíduo, vedada sua violação por terceiros, daí porque os atos acráticos da idosa não podem ser limitados pelo Poder Público, tampouco pelo Judiciário. Expressa declaração da idosa que por diversas vezes manifestou-se contra o abrigo compulsório ou institucionalização, firmando documento neste sentido e asseverando aos assistentes sociais que não pretende deixar sua residência. Idosa que não revela qualquer sinal de incapacidade mental, mostrando-se lúcida e orientada e que manifesta desejo de viver como vive. Supremacia da liberdade de fazer valer a própria vontade e de autodeterminação da pessoa humana que devem prevalecer sobre a pretensa indisponibilidade do direito à saúde. Recurso provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento 0020934-81.2017.8.19.0000 em que constam como parte Agravante: Município X e como parte Agravada: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Acordam os Desembargadores da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria, em dar provimento ao recurso, na forma do voto do Desembargador MARCO ANTONIO IBRAHIM, 1º vogal, vencido o Relator, Des. REINALDO PINTO ALBERTO FILHO, que a ele negava provimento.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento tirado contra decisão do r. Juízo da 1ª Vara de Família, Infância e do Idoso do Município X, vazada nos seguintes termos:

Trata-se de Ação Civil de Tutela de Direito Indisponível de Idoso c/c Pedido de Apli-

cação de Medida Protetiva proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em face do Município X, em que se pleiteia o abrigo imediato da idosa K, que se encontra em situação de risco. Como é cediço, é obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis, consoante dispõe o art. 10 da Lei nº 10.741/2003. Compreende o direito ao respeito a inviolabilidade de sua integridade física, psíquica e moral, consoante redação do § 2º do mencionado dispositivo legal. A vida digna e saúde, asseguradas pela Constituição Federal, dispensam maiores digressões, pois são direitos de todos e dever do Estado (artigo 196 da CF e artigo 241 da CE), devendo prevalecer quando em confronto com regras infraconstitucionais. Impende destacar, ainda, a responsabilidade solidária dos entes públicos federativos na busca da efetivação da proteção integral do idoso. No caso em tela, trata-se de idosa em situação de risco, na forma do artigo 37 c/c 43 da Lei nº 10.741/2003, conforme se infere do relatório social acostado aos autos (f. 21/23), que evidencia a situação de perigo em que a idosa se encontra. Segundo o mencionado relatório, a idosa é absolutamente incapaz, reside sozinha, sem os devidos cuidados, em localidade de difícil acesso e dominada pelo tráfico de drogas, donde se conclui que existe situação de risco. Por oportuno, deve-se mencionar que a idosa possui uma filha, Sra. A, com quem não mantém nenhum contato. Sendo assim, verifico que estão presentes os requisitos que autorizam a concessão da medida protetiva pleiteada, diante da preponderância do direito à saúde e da prioridade na efetivação dos direitos fundamentais da idosa K, levando-se em consideração, sobretudo, que a idosa se encontra em flagrante situação de risco. Isso posto, defiro a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional para determinar ao Muni-

cípio de Cabo Frio, o abrigo da idosa, em instituição reconhecida e adequada neste Município, o qual deve arcar com a mensalidade cobrada pela entidade aos demais usuários, no prazo máximo de 05 dias, sob pena de multa de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). Determino seja permitido que a idosa receba visitas de entes queridos. Cite-se o Município X, na pessoa de seu representante legal, para responder aos termos da presente. Determino a realização de estudo social do caso, com urgência. Laudo em cartório no prazo máximo de 20 dias. Determino que o cartório adote as medidas cabíveis para cumprimento deste *decisum*. P.I. Ciência ao Ministério Público.

Cuida-se de ação civil de tutela de direito indisponível de idoso cumulada com pedido de aplicação de medida protetiva ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra o Município X, pretendendo a condenação do ente público a providenciar o abrigo de munícipe idosa, com o pagamento das despesas correlatas, o que requer já ao início do feito, em tutela de urgência.

Após afirmar sua legitimidade para requerer a aplicação de todas as medidas e de ações para proteção de idosos em situação de risco, conforme disposto no artigo 43 e 74 do Estatuto do Idoso, sustenta que relatório elaborado pelo CREAS - Centro de Referência Especializado de Assistência Social informou o *parquet* as condições em que se encontrava K. De acordo com o documento, a idosa que conta com 71 anos de idade sofre os efeitos da negligência e abandono por parte de seus familiares, sendo certo que estudo social que acompanha a inicial teria detectado suas dificuldades de locomoção em razão de problemas vasculares, seu padecimento por úlcera e gastrite e as condições de insalubridade de sua residência.

Consta, ainda, que segundo diligências realizadas pela SEMEI - Secretaria Mu-

nicipal da Melhor Idade, o benefício previdenciário recebido pela seria administrado por terceira pessoa - o proprietário do imóvel onde a Sra. K reside.

Tendo sido deferida a tutela de urgência requerida, o Município X opôs o presente recurso de Agravo de Instrumento.

De início, o agravante alega a impossibilidade de cumprimento da medida deferida diante da recusa da Sra. K em se submeter a abrigo em instituição de longa permanência, sendo manifesto seu desejo de “gerir a própria vida”. Neste sentido, aponta que em 17/04/2017 uma equipe técnica do Município foi até a residência da idosa para levá-la ao abrigo, tendo sido registrado pelos assistentes sociais em relatório feito naquela oportunidade:

A Sra. K foi informada da decisão do MP para o seu abrigo, mas a idosa falou que sabe o que é melhor para ela, e que precisa de tempo para poder se desfazer de sua criação de animais.

Alega que não houve perda da capacidade civil da idosa em virtude de sua idade, sendo ela capaz para realizar atos e negócios jurídicos, daí porque o abrigo compulsório, sem seu consentimento, equivaleria a desrespeitar sua autonomia e capacidade decisória - em ofensa ao disposto na Lei nº 8.842/94.

O Município X também nega estejam presentes os pressupostos para o deferimento da tutela de urgência, pois, da forma como prolatada a decisão ora agravada, esgotou-se o objeto da ação. Diz, ainda, que a Administração municipal não se omitiu quanto à execução de políticas públicas relativas aos idosos do Município X, dês que são diversos os serviços a eles destinados e implementa-

dos. Neste sentido, inexistindo omissão do agravante, não teve lugar a intervenção do Judiciário, sob pena de violação ao disposto no artigo 2º e artigo 167, I e II da Constituição Federal.

Por fim, sustenta o descabimento da multa aplicada, pois a idosa, Sra. K, recusou o abrigo, retardando, assim, o cumprimento da obrigação de fazer.

A f. 19/22 decisão do Relator originário, Des. REINALDO PINTO ALBERTO FILHO, indeferindo a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

As contrarrazões do Ministério Público vieram a f. 32/37, acompanhadas dos documentos de f. 38/73.

Após renovar os motivos pelos quais ajuizou a ação em curso junto ao Juízo de origem, ponderou que a recusa da idosa a que se refere o município somente veio aos autos após rejeitado o requerimento de reconsideração da decisão ora agravada, formulado junto ao Juízo de origem.

Por este motivo, a “recusa” da idosa consistiria em “inovação recursal”, incapaz de elidir os relatórios elaborados até a propositura da demanda - documentos nos quais não há registro de qualquer recusa daquela senhora quanto a seu abrigo.

A f. 77/79, parecer da douta Procuradoria de Justiça, pelo desprovimento do recurso.

Este é o relatório.

#### VOTO

A rigor, o Ministério Público carece de legitimidade para a propositura da Ação Civil

Pública originária porque, na hipótese dos autos, sua legitimação deriva do disposto no artigo 74, I,, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso)<sup>1</sup>. Como se vê da redação do referido dispositivo legal, tendo o Ministério Público aviado Ação Civil Pública “em favor” de K, individualmente, parece certo que a atuação do *parquet* como substituto processual da idosa só se justificaria em casos que envolvessem direitos indisponíveis ou individuais homogêneos da idosa.

Afirme-se, desde logo, que o direito de que trata a petição inicial, qual seja a saúde e dignidade da idosa, não pode ser considerado indisponível. Não se desconhece que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça têm admitido a propositura de Ações Cíveis Públicas para a proteção de direito individual, mas neste aspecto, *data venia*, alguns aspectos de suma importância não têm tido a atenção dos Tribunais superiores, como se verá a seguir.

O que são direitos individuais indisponíveis? Em regra, a grande maioria dos operadores do direito acata - sem maiores questionamentos - ensinamentos doutrinários, especialmente em matérias que vão se espraiando com certa uniformidade de pensamento. Tal, por exemplo, ocorre com a indisponibilidade de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. A Carta Magna não estabelece em qualquer de seus dispositivos que os direitos fundamentais são indisponíveis, razão pela qual a doutrina e, posteriormente, a jurisprudência, assumiram o papel de assim qualificá-los.

Os direitos fundamentais previstos no

artigo 5º da Constituição Federal que, bem de ver, não trouxe relação exaustiva, não podem ser considerados indisponíveis simplesmente porque a maioria deles pode ser tornada disponível pelos seus respectivos titulares. Nesse sentido, a integridade corporal do indivíduo, a privacidade, o direito à saúde, a intimidade, a propriedade, e a própria dignidade da pessoa humana não podem ser considerados direitos indisponíveis porque, de outra forma, não se admitiria que alguém participasse de uma luta de MMA ou de boxe em que, não raro, são causadas lesões corporais, ou que doasse um rim para transplante; também não é indisponível o direito à privacidade porque qualquer pessoa tem o direito de dela abrir mão como acontece nos reality shows, no *Instagram*, no *Facebook* ou com os que vivem e deixam suas janelas e cortinas devassadas para que qualquer um possa ver o que acontece dentro de suas residências; de igual forma, se alguém tem problemas de saúde, não se pode considerá-la um direito indisponível porque é praticamente impossível obrigar alguém, maior e capaz, a tomar remédios ou se submeter a cirurgias e da mesma forma deixar de fumar, usar drogas ou ingerir bebidas alcoólicas. Quanto à intimidade, basta ver a nudez que ocorre nos desfiles de escolas de samba do Rio de Janeiro e de São Paulo para verificar que a vontade do indivíduo prevalece sobre uma pretensa indisponibilidade de tais direitos que só não podem ser violados por terceiros. No que concerne à propriedade, tanto não se trata de um direito indisponível que existem ações de desapropriação, e a própria propriedade pode ser abandonada - assim como a posse, admitindo-se que o titular do direito à coisa dele se demita. Tampouco a dignidade da pessoa humana pode ser considerada indisponível porque não se pode impedir que alguém, por vontade própria, ande pelas ruas bêbado, sujo e maltrapilho, mesmo que tenha condições de viver condignamente.

<sup>1</sup> Art. 74. Compete ao Ministério Público: I - instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso;

Disso resulta que a indisponibilidade de direitos fundamentais está absolutamente atrelada à vontade livre e consciente do indivíduo, vedada a violação por terceiros, daí porque os atos acráticos da idosa não podem ser limitados pelo Poder Público, tampouco pelo Judiciário.

Vale lembrar que por ocasião do julgamento que reconheceu a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, o Supremo Tribunal Federal teceu várias ponderações sobre a disponibilidade do direito de acesso à Justiça quando o contratante firma cláusula compromissória ou arbitral, renunciando ao acesso ao Judiciário. Aliás, nem mesmo o direito à vida escapa desta espécie de relativização porque, recentemente, o próprio STF decidiu que não configura crime o aborto de feto de até três meses.

Em raro ensaio doutrinário sobre a questão, a professora (PUC-RJ) LETÍCIA DE CAMPOS VELHO MARTEL, Doutora em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina, traz interessantíssimas contribuições para o entendimento de matéria de ampla abrangência jurídica e de índole constitucional:

No Brasil, como será visto adiante, nota-se que a doutrina dominante considera que indisponíveis são direitos que escapam ao alcance do titular, que não pode modificar, criar ou extinguir as relações a eles subjacentes de modo a sair do polo dominante da relação. Em geral, a indisponibilidade é apresentada como inerente ao conceito de direito fundamental. Na jurisprudência, o conceito é mais fluído, havendo apenas uma leve tendência no sentido de serem indisponíveis aquelas relações jurídicas de direitos fundamentais que não devem ser, de um prisma normativo, enfraquecidas pelos seus titulares. O que se nota, portanto, é que não há clareza nem precisão conceitual.

(Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas, Editora Espaço Jurídico, vol. 11, nº 2, p 336)

Prossegue a douta professora afirmando que:

Atentos às frequentes hipóteses de disposição de direitos fundamentais e de direitos da personalidade, alguns autores asseveram que a clássica noção de indisponibilidade há de ser relativizada ou temperada. Alguns aderem à relativização com mais intensidade, outros com menos. Aqui, basta lembrar que a doutrina civilista, apesar do dispositivo legal proibitivo, está debatendo possibilidades de disposição de alguns dos direitos da personalidade, lançando relativizações à interpretação do art. 11 do Código Civil. Há, também, em minoria no Brasil, aqueles que sugerem que os direitos fundamentais e os direitos da personalidade deveriam ser vistos justamente do ângulo oposto - como direitos disponíveis. (ob. cit.).

Dentre os autores que relativizam ou temperam a indisponibilidade de direitos fundamentais, encontram-se GUSTAVO TEPEDINO, LUÍS ROBERTO BARROSO, e o próprio J.J. GOMES CANOTILHO<sup>2</sup>.

Não é ocioso registrar que o Enunciado nº 4 aprovado na I Jornada de Direito Civil - Conselho da Justiça Federal dispõe que o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja

2 Nesse sentido: BARROSO (Mimeografado), SARMENTO (2007, pp. 310/311), SILVA (2004), Borges (2005), TEPEDINO *et al.* (2004). Também JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL, apesar de afirmar fortemente a indisponibilidade, admite relativizações. Na doutrina portuguesa, são exemplos CANOTILHO (s/d, p. 422), MIRANDA (2000, pp. 357/358)

permanente nem geral.

Com verve irônica, LETÍCIA DE CAMPOS VELHO MARTEL conclui que:

Se todos os direitos fundamentais forem indisponíveis, ou se todos os direitos da personalidade forem, haveria de se reconhecer o caos na jurisprudência dos tribunais brasileiros. Tome-se por ilustração a matéria tributária. Sabe-se que as limitações ao poder de tributar são instituídas para garantir pelo menos dois direitos fundamentais: a propriedade e certas manifestações da liberdade. Todavia, os tribunais não reconhecem a legitimidade do *parquet* para propor ações na defesa dos contribuintes, por entenderem, de modo geral, que a tributação indevida não atinge direitos individuais indisponíveis, nem que os contribuintes são consumidores. É forte na doutrina e mesmo nos tribunais o entendimento de que o direito à previdência social é fundamental, aí incluídos os benefícios a quem deles faz jus. Entrementes, é cediça na jurisprudência a orientação de que os benefícios previdenciários são direitos disponíveis, sobre os quais pode o beneficiário transacionar e renunciar e ao MP falta legitimidade processual para pleiteá-los em nome de terceiros. Na mesma trilha, é disseminada na literatura a noção de que os direitos dos trabalhadores, por fundamentais, são indisponíveis, porém, não está aberta a legitimidade do MPT para propor ações por toda e qualquer lesão aos direitos dos trabalhadores. Além disso, admite-se a transação judicial desses direitos, ainda que limitadamente. (ob. cit.)

Com isso quer-se afirmar que não é de todo pacífica a jurisprudência quanto à legitimidade do Ministério Público para pleitear direito individual pretensamente indisponível.

Porém, há alguns julgados, especialmente do STJ, que não reconhecem a legitimidade do MP para ajuizar ações pleiteando medicamen-

tos, tratamentos médicos para uma pessoa apenas, por não estar em palco direito individual indisponível, ou por exigirem que, além de individual indisponível, seja o direito, simultaneamente, homogêneo. BRASIL. STJ. REsp. n. 665164-RS. Rel. Min. FRANCIULLI NETTO. DJ 20/03/2006. BRASIL. STJ. REsp. n.º 664.139-RS. Rel. Min. CASTRO MEIRA. DJ 20/06/2005. Há também julgados que não reconhecem a homogeneidade do direito individual, tampouco a presença de interesse público: BRASIL. STJ. REsp. n.º 613.493-DF. Rel. Min. CEZAR ASFOR ROCHA. DJ 20/03/2006. (cf. LETÍCIA DE CAMPOS VELHO MARTEL, ob. cit., p. 346)

São atualíssimas as discussões jurídicas sobre a possibilidade de abrigamento ou internação compulsórios de dependentes químicos no Rio de Janeiro e São Paulo. Em estudo desenvolvido no âmbito do projeto “O direito do professor da Universidade de Fortaleza e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES, juntamente com a Bacharel em Direito MARIA YAMMIE ARAUJO MOTA, elaboraram excelente ensaio sobre “Os limites da política de abrigamento compulsório e a autonomia do paciente psiquiátrico usuário de drogas”. Na oportunidade, referindo-se a protocolos de abordagem de pessoas em “situação de rua”, da Prefeitura do Rio de Janeiro, afirmaram as autoras:

Em princípio, a ideia se mostra bastante salutar, contudo, o protocolo falha ao propor a retirada e o abrigamento compulsório dos indivíduos abordados, sem respeitar os direitos da pessoa, inclusive no que concerne à recusa do tratamento. O próprio termo “abrigamento compulsório” é contrastante com a linha de atuação e abordagem proposta pelos documentos internacionais.

No mesmo artigo, as referidas autoras in-

vocam a doutrina de MARIA CELINA BODIN DE MORAES:

Atos prejudiciais à saúde, mas mesmo assim praticados pelo indivíduo, são, por exemplo, atos acráticos. Os hábitos de fumar, beber ou comer em excesso, levar uma vida sedentária, praticar esportes perigosos são todas práticas que podem ser reputadas “ruins”, mas o sujeito continua com elas. Em termos comuns, a acrasia é classificada como incontinência ou fraqueza de vontade. Aqui, embora o sujeito acredite que queira livrar-se daquele hábito, já que sabe que lhe faz mal - efetiva ou potencialmente - ele, na realidade, não quer renunciar ao prazer que o fumo lhe traz. Escolhe, então, racionalmente, o que lhe faz mal ao corpo, mas provavelmente bem à alma. Em curto prazo, na realidade, todos praticamos tais atos”. Na medida em que esse mal hábito não roubar a capacidade de discernimento a liberdade do indivíduo é assegurada, ainda que as consequências dali decorrentes devam ser de sua inteira responsabilidade individual. (Na medida da pessoa humana, *in Estudos de Direito Civil Constitucional*, RJ, Ed. Renovar, 2010, pp. 199/200)

Não fosse a saúde da Sra. K um direito disponível, como se viu, careceria o Ministério Público de legitimidade para propor Ação Civil Pública porque também não há direito homogêneo a ser amparado. Com efeito, a definição de direitos homogêneos deriva da lei, ensinando a doutrina que

(...) na singela definição do artigo 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor, direito individual homogêneo é aquele que tem “origem comum” (HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO, Professor-adjunto de Direito Processual Civil da UERJ e Promotor de Justiça - Direito individual homogêneo - uma leitura e releitura do tema, Revista da EMERJ, vol. 7, nº 25, 2004).

No mesmo sentido, colhe-se da obra Comentários ao Código de Defesa do Consumidor,<sup>3</sup> que:

(...) direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo (STJ - Resp 105.215/DF - Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA - j. 24/06/1997).

Direitos individuais homogêneos, sendo aqueles que derivam de um mesmo fato ou causa, poderiam ser exemplificados como o direito à indenização de moradores ou a parentes de vítima de um prédio que desaba por defeito de construção, como ocorreu com o edifício Palace II, com o afundamento do *Bateau Mouche*, ou com o desastre ambiental de Mariana - MG, situações em que o Ministério Público tinha, e tem, legitimidade para propor ação como substituto processual dos lesados que ostentam direitos homogêneos - vale dizer, oriundos do mesmo fato.

No mérito propriamente dito, causa espécie que a Juíza de 1º grau não se tenha dado conta de que deferiu uma tutela de urgência que, de forma direta, envolvia a violação do direito à liberdade e à autodeterminação de uma idosa que, diga-se de passagem, sequer consta do polo passivo da lide. A Ação Civil Pública, em verdade, não foi proposta em favor dos direitos da idosa que aparentemente encontrava-se em situação de risco.

De fato, o pleito do Ministério Público se dirigiu em sentido diametralmente oposto à vontade da idosa que por diversas vezes insistiu com os assistentes sociais que não dese-

3 CLÁUDIA LIMA MARQUES, ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN, BRUNO MIRAGEM, Editora Revista Tribunais, 2ª edição, p. 72)

java ser levada para abrigo. Isto seria bastante para sua inclusão no polo passivo da lide.

Para que não reste qualquer dúvida a respeito de sua recusa, a própria idosa firmou declaração neste sentido:

Declaração do autor excluída por ser segredo de justiça.

No aspecto, deve-se prestar atenção: mesmo antes da idosa ter firmado a declaração, já havia expressado sua vontade por algumas vezes aos assistentes sociais que com ela estiveram pessoalmente (cf. f. 39/43).

Admite-se (como verdade) que a idosa fuma, se utiliza com frequência de bebida alcoólica, tem hérnia umbilical e, ao que consta, tem pressão alta. Além disso, vive em local perigoso e de certa forma insalubre, mas nada disso justificaria seu abrigamento compulsório, medida que, repita-se, seria tomada contra sua expressa vontade.

Trata-se de pessoa com 71 anos de idade, porém lúcida e absolutamente ciente das condições em que vive, e que manifestou intenção de não deixar sua residência e seus cachorros. Desprover o recurso, *data venia*, equivaleria a violentar a vontade daquela que o próprio Ministério Público pretende proteger.

Em termos práticos, a pretensão do Ministério Público desconsidera os princípios e normas estabelecidos pela Lei nº 8.842/94<sup>4</sup> que

4 Art. 4º Constituem diretrizes da política nacional do idoso:

III - priorização do atendimento ao idoso através de suas próprias famílias, em detrimento do atendimento asilar, à exceção dos idosos que não possuam condições que garantam sua própria sobrevivência;

Parágrafo único. É vedada a permanência de portadores de doenças que necessitem de assistência mé-

instituiu a Política Nacional do Idoso.

No mais, consta dos autos que a residência em que vive a idosa tem sido mantida em condições aceitáveis de higiene e já foi levada a posto de saúde para avaliação médica. Disso resulta que até mesmo sua alegada condição de risco (artigo 43 do Estatuto do Idoso) é evidentemente discutível. Não será demais registrar que, pelo que consta dos autos, tem sido elogiável a atuação da administração municipal X em relação ao caso de que se trata, tanto que várias foram as visitas e entrevistas feitas com a idosa.

À conta de tais fundamentos, hei por bem votar no sentido de dar provimento ao recurso para reformar integralmente a decisão de 1º grau.

Oficie-se comunicando a decisão desta Quarta Câmara Cível ao r. Juízo de 1º grau, ao ilustre representante do Ministério Público em atuação local e ao Município X.

Rio de Janeiro, 05 de julho de 2017.

**DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM**  
Relator

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CASA DE REPOUSO. MAU FUNCIONAMENTO. VIGILÂNCIA SANITÁRIA. INTERDI-**

dica ou de enfermagem permanente em instituições asilares de caráter social.

Art. 10. Na implementação da política nacional do idoso, são competências dos órgãos e entidades públicos:

II - na área de saúde:

- a) garantir ao idoso a assistência à saúde, nos diversos níveis de atendimento do Sistema Único de Saúde;
- b) prevenir, promover, proteger e recuperar a saúde do idoso, mediante programas e medidas profiláticas;

**ÇÃO E APLICAÇÃO DE PENALIDADE. ESTATUTO DO IDOSO. CRFB. DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS IDOSAS. GRATUIDADE DE JUSTIÇA.**

**Apelação cível. Ação civil pública. Pretensão de interdição de casa de repouso para idosos e aplicação de penalidades em razão do mau funcionamento da entidade. Apuração, pela vigilância sanitária, da ausência da documentação exigida para o funcionamento e de condições higiênic-sanitárias apropriadas ao acolhimento de idosos, deixando, inclusive, o abrigo de apresentar assistência médica ou de enfermagem aos seus internos, fato que ensejou a sua interdição. Sentença que julgou procedente a pretensão inicial, mas indeferiu o pedido de gratuidade de justiça. Correta aplicação das penalidades previstas no estatuto do idoso diante da não observância pela ré das obrigações elencadas em seu artigo 50. Violação à garantia de preservação da dignidade do idoso, inscrita no artigo 230 da Constituição Federal, que merece prioridade absoluta. Valor atribuído à multa adequado à gravidade das infrações cometidas. Gratuidade de justiça a que faz jus a ré, assistida pela defensoria pública.**

**Recurso parcialmente provido.**

Vistos, relatados e discutidos esses autos de Apelação Cível nº 0024845-41.2012.8.19.0206, em que figura como Apelante M e como Apelado Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Acordam os Desembargadores que compõem a C. Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Cuida-se de Ação Civil Pública ajuizada

pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face de W e M, pretendendo a interdição do estabelecimento e a aplicação de penalidades.

Declarou que, em decorrência de denúncia realizada pela Comissão do Idoso da Câmara dos Vereadores do Rio de Janeiro, foi instaurado, através da Portaria nº 171/2012, Inquérito Civil com vistas à apuração da regularidade do funcionamento da instituição, bem como da possível situação de risco a que estariam submetidos os idosos abrigados.

Realizada a diligência, o Grupo de Apoio aos Promotores (GAP) informou que a instituição se encontrava conflagrada em área de altíssimo risco, no interior da Comunidade conhecida como X, local de atuação de facção criminosa, e relatou que, apesar de boas as instalações, o estabelecimento não possuía licença para funcionamento, nem ficha de cadastro dos 18 (dezoito) internos.

Notificada, a ré compareceu à sede da Promotoria, mas não apresentou a documentação referente ao abrigo, afirmando não possuir o certificado da Vigilância Sanitária, razão pela qual foi orientada a entregar, no prazo de 15 (quinze) dias, todos os idosos aos respectivos familiares, sob pena de responsabilidade, sendo, na oportunidade, expedido ofício à Vigilância Sanitária para a realização de inspeção no local.

Narrou que o relatório dessa inspeção apontou a presença de 23 (vinte e três) idosos internos, com variados graus de dependência psíquica, e a existência de infiltração no imóvel, mofo no teto, pisos e paredes de alguns ambientes, condições de iluminação e ventilação prejudicadas, piso liso e outros descontínuos em alguns quartos, colchões sem forro, excesso de leitos e a ausência de médico, enfermeiro, nutricionista e outros profissionais de enfermagem para prestar assistência aos

idosos. Informou que a proprietária do imóvel, Sr<sup>a</sup> M, cuidava dos idosos com outros cinco cuidadores que se revezavam durante o dia e dois que se alternavam à noite.

Relatou que, em 19/05/2011, a ré solicitou a prorrogação do prazo para a remoção dos idosos e, novamente notificada, esta declarou o encerramento das atividades no local com a entrega dos internos aos familiares, sendo advertida da proibição de acolhimento de idosos como se fosse uma instituição de longa permanência sem possuir o alvará de licenciamento sanitário, sob pena de responsabilidade criminal.

Nova inspeção foi realizada e constatada a permanência de duas idosas no estabelecimento sendo que, mais uma vez notificada, a ré recebeu recomendação para que removesse, imediatamente, as pessoas idosas que se encontravam na entidade, sob pena de ser conduzida à Delegacia pela prática do crime de desobediência. Em mais uma vistoria, apurou-se o fechamento do imóvel.

Suscitou violação ao artigo 48 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) por não possuir a ré certificado da Vigilância Sanitária, conquanto tenha demonstrado pleno conhecimento das condições necessárias ao funcionamento de uma instituição.

Afirmou que, além disso, os idosos tiveram a saúde submetida a risco, porquanto o abrigo não possuía equipe técnica especializada, tampouco estrutura física e material condizente às necessidades, caracterizando infração a direitos fundamentais das pessoas idosas contemplados pela Constituição Federal e pelo Estatuto do Idoso.

Requeru a realização de inspeção judicial pela equipe do Comissariado do Juizado; a designação da Audiência de Instrução e Julgamento e a interdição da Casa de Repouso com a aplica-

ção da penalidade de advertência e proibição de atendimento a idosos, a bem do interesse público, além da aplicação da penalidade prevista no artigo 55, inciso II, da Lei nº 10.741/03, levando-se em consideração as irregularidades apuradas, a desobediência e o elevado número de 23 (vinte e três) internos abrigados clandestinamente.

Na contestação, acostada a f. 212/215, a ré afirmou que constituiu o abrigo por sempre gostar de trabalhar com idosos e que, em 2011, acolheu uma senhora no imóvel iniciando o trabalho sem o conhecimento dos trâmites legais necessários ao desenvolvimento da atividade.

Alegou que não sabia que a acolhida que estava concedendo aos idosos caracterizava abrigo, tendo agido de boa-fé, e que jamais cometeu maus tratos aos internos.

Informou que, após a visita do GAP, ficou com receio de ser penalizada e encerrou as atividades do abrigo.

Réplica a f. 206/207.

Audiência de Instrução e Julgamento, a f. 281/282, na qual foi colhido o depoimento pessoal da ré e o de uma testemunha.

As partes apresentaram Alegações Finais a f. 284/286 e 288/291.

Manifestação do Ministério Público a f. 295 verso.

Na sentença de f. 297/298, a pretensão autoral foi julgada procedente para decretar a interdição definitiva da Casa de Repouso W e aplicar as penalidades de advertência e de proibição pela ré de atendimento a idosos a bem do interesse público, nos termos do artigo 55, inciso II, “a”, “d” e “e”, da Lei nº 10.741/03. Condenou a ré, representante legal do abrigo, ao pagamento de pena de multa, com base nos

artigos 56 e 68, § 4º, do Estatuto do Idoso, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), tendo em vista o número de idosos envolvidos. Condenou-a, ainda, ao pagamento das custas judiciais, a serem destinadas ao Fundo Especial do Ministério Público, e dos honorários advocatícios, estes em dois salários-mínimos, com base no artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

A ré opôs Embargos de Declaração, a f. 304/305, que foram parcialmente providos para indeferir o pedido de gratuidade de justiça.

Apela, a f. 309/326, invocando a nulidade da sentença sob o argumento de que a gratuidade de justiça foi indeferida sem a devida fundamentação, em contrariedade ao disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Ressalta que não apresenta condições de arcar com as despesas do processo, invocando a necessidade de assistência judiciária por não possuir fonte de renda.

Alega que sempre agiu de boa-fé fazendo o possível para atender às necessidades dos idosos acolhidos e que não mediu esforços para tentar cumprir as exigências legais para a regularização da instituição, que apenas não foi alcançada por causa do elevado custo dos trâmites burocráticos.

Destaca que a fixação da multa, considerada elevada, deve levar em consideração os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade e, principalmente, a sua capacidade econômico-financeira.

Pugna, assim, pela anulação ou reforma da sentença, com o deferimento da gratuidade de justiça e a improcedência do pedido inicial, e, alternativamente, pela redução do valor da multa para o mínimo legal.

Contrarrazões a f. 332/335.

Parecer da Procuradoria de Justiça, a f. 395/402, opinando pelo parcial provimento do recurso.

É o Relatório.

O Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública pretendendo a interdição definitiva da Casa de Repouso W e a aplicação de penalidades em razão do mau e irregular funcionamento do abrigo de idosos.

A Constituição Federal, no artigo 230, *caput*, assegura o direito fundamental do idoso à dignidade e bem-estar ao assim preceituar:

“Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

Tal garantia constitucional encontra amparo também no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), cujo artigo 2º prevê que:

“Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.”

Estabelece, ainda, o Estatuto, no artigo 3º, *caput*, que o idoso possui prioridade absoluta na garantia, por parte de todos, obrigatoriamente, dos seus direitos fundamentais, como se observa:

“Art. 3º É obrigação da família, da co-

munidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.”

No caso dos autos, a negligência da ré na condução do abrigo por ela instituído restou evidenciada. Primeiro, porque não procedeu à regularização do estabelecimento, permanecendo na informalidade, e, segundo, porque não mantinha adequadas condições para o bom funcionamento e a preservação da dignidade dos idosos, atitudes que não se adéquam aos termos do artigo 48 da Lei nº 10.741/03, segundo os quais:

“Art. 48. As entidades de atendimento são responsáveis pela manutenção das próprias unidades, observadas as normas de planejamento e execução emanadas do órgão competente da Política Nacional do Idoso, conforme a Lei nº 8.842, de 1994.

Parágrafo único. As entidades governamentais e não governamentais de assistência ao idoso ficam sujeitas à inscrição de seus programas, junto ao órgão competente da Vigilância Sanitária e Conselho Municipal da Pessoa Idosa, e em sua falta, junto ao Conselho Estadual ou Nacional da Pessoa Idosa, especificando os regimes de atendimento, observados os seguintes requisitos:

I - oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança;

II - apresentar objetivos estatutários e plano de trabalho compatíveis com os princípios desta Lei;

III - estar regularmente constituída;

IV - demonstrar a idoneidade de seus dirigentes.”

No Relatório de Inspeção expedido pela

Vigilância Sanitária consta, claramente, que:

“Há um banheiro no corredor interno junto à cozinha (para os funcionários, muito desorganizado) e outro banheiro interno para os idosos (que atende a ambos os sexos, apresenta ferragem aparente e sinais de infiltração no teto, não tem box divisório, não tem barras de apoio, há fiação exposta).

A lavanderia é improvisada, consta de um tanquinho, uma máquina de lavar e um tanque duplo e está situada na área externa, dando passagem dos quartos para a cozinha, e serve de local de guarda de botijão de gás. As paredes não são azulejadas, o piso não é descontínuo, há sinais de infiltração nas paredes, não há separação de área suja/limpa, o fluxo não atende às normas de biossegurança. (...)

Não há controle dos alimentos refrigerados nas duas geladeiras duplex, onde encontramos excesso de gelo e poucos alimentos. O fracionamento dos alimentos também está inadequado, a cozinheira usava chinelos, estava sem avental e com os cabelos cobertos por lenço. Encontramos embalagem de caixas de leite em contato direto com o chão. Não há dieta estipulada e, segundo informado, são servidas cinco refeições por dia.

Há um pequeno quarto, sem ventilação adequada, com prateleiras de madeira, onde ficam guardados os medicamentos (fora da embalagem original), fraldas, artigos de higienização e outros não pertinentes, também armazenados de forma inadequada.

(...)

De uma forma geral, o imóvel apresenta sinais de infiltração e mofo no teto, piso e paredes de alguns ambientes, as condições de iluminação e ventilação estão prejudicadas, há piso liso e outros descontínuos em alguns quartos, os colchões não são forrados (alguns têm plástico preto por cima), o que prejudica as adequadas condições higiênico-sanitárias, apesar da aparente limpeza. Há excesso de leitos no local.

Não há médico, enfermeiro e nem nutricionista no local, não há outros profissionais de enfermagem prestando assistência aos idosos. A proprietária cuida dos idosos juntamente com outros cinco cuidadores, que se revezam durante o dia e dois que se revezam à noite, segundo informações da mesma” (f. 89/90).

Diante desse contexto, o abrigo foi interditado pela Vigilância Sanitária, em 10/05/2011, mas, mesmo assim, a ré manteve o funcionamento até meados de 2012, apesar da recomendação exarada pelo Ministério Público para que removesse, imediatamente, as pessoas idosas que se encontravam na entidade.

Tal fato deu ensejo à aplicação das penalidades previstas no Estatuto do Idoso, e não merece reparo, tendo em vista o nítido desrespeito ao comando constitucional de proteção integral à pessoa do idoso, através do oferecimento de todas as condições e facilidades necessárias à manutenção da saúde física, mental e emocional dos mesmos, de forma a proporcionar-lhes um envelhecimento saudável, por parte de todos, notadamente, daqueles que se dispõem a deles cuidar.

Consoante bem ressaltou o Magistrado na sentença:

“Aqueles, contudo, que desejam prestar serviço ao idoso devem estar conscientes de que esta atividade não pode ser exercida como uma atividade comercial ordinária, mas, sim, levando-se em conta, primordialmente, a dignidade da pessoa humana. Assim, provado o descumprimento das determinações da Lei Federal nº 10.741/03, o pedido de interdição merece acolhida.” (f. 218).

Destarte, diante da ausência de regularização da entidade, das condições inadequadas ao acolhimento dos idosos, sem a disponibilização, inclusive, de equipe especializada, em flagrante desrespeito às obrigações estabeleci-

das no artigo 50 do Estatuto do Idoso, correta se revela a aplicação das penalidades previstas nos artigos 55, inciso II, “a”, “d” e “e”, 56 e 68, § 4º, da mencionada Lei, a seguir transcritos:

“Art. 55. As entidades de atendimento que descumprirem as determinações desta Lei ficarão sujeitas, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal de seus dirigentes ou prepostos, às seguintes penalidades, observado o devido processo legal:

II - as entidades não governamentais:

a) advertência;

(...)

d) interdição de unidade ou suspensão de programa;

e) proibição de atendimento a idosos a bem do interesse público.”

“Art. 56. Deixar a entidade de atendimento de cumprir as determinações do art. 50 desta Lei:

Pena - multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 3.000,00 (três mil reais), se o fato não for caracterizado como crime, podendo haver a interdição do estabelecimento até que sejam cumpridas as exigências legais.

Parágrafo único. No caso de interdição do estabelecimento de longa permanência, os idosos abrigados serão transferidos para outra instituição, a expensas do estabelecimento interditado, enquanto durar a interdição.”

“Art. 68.

§ 4º A multa e a advertência serão impostas ao dirigente da entidade ou ao responsável pelo programa de atendimento.”

O valor atribuído à multa não merece redução em razão da gravidade das infrações cometidas, na forma prevista no artigo 55, § 4º, do aludido Estatuto, *in verbis*:

“§ 4º Na aplicação das penalidades, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o idoso, as circunstâncias agravantes ou

atenuantes e os antecedentes da entidade.”

Nesse sentido já se manifestou esta Corte, consoante se verifica:

“0023121-36.2011.8.19.0206 - APELAÇÃO - DES.WAGNER CINELLI - Julgamento: 27/11/2013 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL. Apelação cível. Ação de representação. Abrigo para idosos que funcionava de forma irregular. Fechamento do estabelecimento após a expedição de Edital de Interdição. Ré que era administradora do asilo e por isso responde pelas irregularidades encontradas durante vistoria da Vigilância Sanitária. Arts. 50, 55, II e 68, § 4º, da Lei nº 10.741/2003. Acerto da sentença. Recurso desprovido.”

“0005256-34.2010.8.19.0206 - APELAÇÃO - DES. CONCEIÇÃO MOUSNIER - Julgamento: 09/10/2013 - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL.

Representação Civil ajuizada pelo Ministério Público do ERJ. Apuração de irregularidades ocorridas na instituição de abrigo de idosos. Sentença de procedência dos pedidos. Aplicação de medida de advertência aos réus, de interdição da instituição e cominação de multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Inconformismo. Entendimento desta Relatora quanto à manutenção da sentença guerreada, ante a comprovação da reprovável conduta dos apelantes ao manter a instituição de forma irregular e sem licenciamento, apresentando condições e estruturas inadequadas a legislação em vigor. Ofensa aos direitos garantidos pelo artigo 37, 48 e incisos IV, VII, VIII, XVII, art. 50 do Estatuto do Idoso. Ofensa a Resolução da Diretoria Colegiada - RDC/ANVISA nº 283, de 26 de setembro de 2005, aplicável às instituições de longa permanência para idosos, governamental ou não governamental. Apuração dos autos que evidencia descumprimento das obrigações exigíveis aos estabelecimentos de atendimentos a idosos, que

funcionava em instalações físicas inadequadas de habitabilidade, higiene e saúde, em acomodações inapropriadas, e sem quadro de profissionais com formação específica para atendimento aos idosos. Instituição de longa permanência para idosos que funcionava em desconformidade com a legislação referente ao Estatuto do Idoso e à Vigilância Sanitária, sem a devida licença da prefeitura, sem adaptações técnicas, sem os recursos de profissionais da área da saúde e sem alimentação adequada, apresentando contumaz violação aos direitos dos idosos. Multa fixada na sentença, que se encontra adequada a natureza e gravidade das infrações, nos termos do § 4º do art. 55 do mesmo diploma legal. Apelo cujas razões se apresentam manifestamente improcedentes e confrontantes com a jurisprudência do TJERJ.Recurso ao qual se nega provimento.”

Assiste razão, porém, à apelante no que tange ao pedido de concessão da gratuidade de justiça. Além da documentação por ela apresentada, está assistida pela Defensoria Pública, fato que, por si só, faz presumir a sua hipossuficiência.

Diante de tais fundamentos, dá-se parcial provimento ao recurso, apenas para conceder à ré o benefício da gratuidade de justiça.

Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 2016.

**DE. CLAUDIO DE MELLO TAVARES**  
Presidente/ Relator

**DIREITO SUCESSÓRIO. EXCLUSÃO DE COMPANHEIRA DA ORDEM SUCESSÓRIA. CÓDIGO CIVIL X ESTATUTO DO IDOSO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DE VONTADE. RECURSO PROVIDO.**

**Agravo de Instrumento. Alvará Judicial Decisão que acolheu a impugnação dos**

**herdeiros para excluir a companheira do direito sucessório com arrimo no art. 1.641, II, do CC. Reforma, pois o artigo 1.641, II, do Código Civil é inconstitucional diante dos princípios da dignidade da pessoa humana e as novas regras impostas pelo Estatuto do Idoso. Doutrina e jurisprudência a respeito. Provimento do recurso.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0012244-63.2017.8.19.0000, em que é Agravante A.C.O.V. e Agravados N. V. S. e outros.

Acordam os Desembargadores da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, na forma do voto do Relator.

Trata-se de Agravo de Instrumento contra decisão do MM. Juiz *a quo* proferida em autos de Alvará Judicial, que tramita na 2ª Vara Cível da Comarca de Teresópolis, tendo o Magistrado acolhido a impugnação dos herdeiros para excluir a agravante do direito sucessório com arrimo no art. 1.641, II, do Código Civil/2002.

A decisão encontra-se a f. 07/08 do Anexo 1.

Efeito suspensivo negado e informações dispensadas a f. 15.

Contrarrazões a f. 21/25.

O Ministério Público manifestou ausência de interesse a justificar sua intervenção no feito (f. 27).

#### VOTO

A ex-companheira do *de cuius*, insurge-se contra a decisão do MM. Juiz *a quo* que acolheu a impugnação dos herdeiros para excluir

a agravante da ordem sucessória, requerendo a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.641, II do Código Civil e consequente reforma da decisão.

O Magistrado concluiu pela equiparação da união estável ao casamento, de pessoa com mais de 70 anos, já que o falecido contava com 91 anos de idade ao tempo do óbito (2012) e a agravante declarou que convivia com o mesmo nos seus três últimos anos de vida, portanto, após ter superado a idade de 70 anos.

Baseou-se o MM. Juiz *a quo* na regra do artigo 1.641, II, do atual Código Civil, pelo qual “é obrigatório o regime da separação de bens no casamento... (II) da pessoa maior de 70 anos”. Tal dispositivo repetiu o que já existia no Código Civil de 1.916, art. 258, II, com pequena alteração quanto à idade da mulher (da maior de 60 anos e da maior de 50 anos).

Conquanto se admita o comando do artigo 1.641, II, do Código Civil, como meio de proteção aos bens das pessoas tidas como idosas, a fim de evitar o chamado “golpe do baú”, o certo é que dito texto legal acabou pecando ao criar regra inconstitucional e fora de sintonia com o regime jurídico vigente.

Dessa forma, o mencionado artigo e outros assemelhados passaram a sofrer intenso ataque da doutrina e jurisprudência a ponto de ter sido modificado pela Lei nº 12.344/2010 que aumentou de 60 para 70 anos a idade limite.

Os maiores argumentos partiram daqueles que preconizavam a plena capacidade da pessoa de mais de 60 anos para exercer os atos da vida civil afastando a intenção legal de proteção, uma vez que a maturidade adquirida no curso da existência é a melhor defesa que eles podem apresentar.

Segundo NELSON ROSENVALD, “O

Código Civil Brasileiro se preocupa com os bens da pessoa idosa, não com ela.”

HUMBERTO ÁVILA em “A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade”, artigo publicado na **Revista de Diálogo Jurídico**, julho de 2001, realça a tese de que a norma jurídica deve observar o princípio da razoabilidade, evitando exageros e absurdos capazes de gerar revolta e não solução de conflitos.

Logo, as normas jurídicas devem ter conteúdo racional, justo, sempre visando impedir exageros de difícil solução no mundo real.

A inconstitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil repetiu a regra do artigo 258, II, do diploma de 1916, mas os tempos mudaram em quase um século, e o novel texto legal, em vez de aprimorar o primitivo, acabou mantendo princípio incompatível com o moderno Direito.

Como se sabe, a Constituição de 1988 consagrou como definitivo o princípio da dignidade da pessoa humana, tido como mandamento superior a irradiar e atingir todos os outros (art. 1º, III).

Entre os direitos fundamentais se encontram a igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I), a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, sendo o planejamento familiar de livre decisão do casal (art. 226, § 7º), além do amparo ao idoso, com ampla defesa de sua dignidade (art. 230).

A partir daí foi editada a Lei nº 10.741/03, Estatuto do Idoso, visando assegurar com absoluta prioridade os princípios da efetivação do direito à vida, da dignidade e respeito (art. 3º), preservando todas as oportunidades e facilidades (art. 2º), com obrigação do Estado e da

sociedade de assegurar liberdade, opinião e expressão, colocando o idoso a salvo de qualquer tratamento constrangedor (art. 10º).

A lei impede o preconceito em função da idade, dentro do princípio constitucional da isonomia, para proporcionar vida digna com todas as implicações.

Além disso, o artigo 1.641, II, entra em choque com outros dispositivos do Código Civil, a saber:

- art. 1.511 – O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

- art. 1.639, § 2º – É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos bens, o que lhes aprouver.

Apesar desses artigos articulados com o moderno direito, sem qualquer motivo plausível o legislador inseriu o artigo 1.641, II, hoje motivo de repúdio nos meios forenses considerando-se a plena capacidade que a pessoa de 70 anos pode ter para exercer seus atos da vida civil, notadamente quanto aos bens que adquiriu em seu curso e que são de sua propriedade.

Não faz sentido considerá-lo incapaz através de texto legal discriminatório, mormente quando a enumeração dos incapazes constou expressamente nos artigos 3º e 4º.

Diversos doutrinadores questionam e a atacam esse desprestígio à pessoa humana. MARIA BERENICE DIAS, em **Manual de Direito das Famílias**, 5ª ed., p. 229, ocupa posição de destaque ao dizer:

“(…) das hipóteses em que a lei determina o regime de separação obrigatória de bens, a mais desarrazoada é a que impõe tal sanção aos nubentes maiores de 60 anos (C.C., art. 1.641, II), em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso.”

E cita ÉRICA VERÍCIA DE OLIVEIRA CANUTO, **Em Liberdade de Contratar o Regime Patrimonial de Bens no Casamento**”, p. 144:

“A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir em uma precaução (norma protetiva), se constituiu em verdadeira sanção.”

O regime da separação legal e obrigatória dos bens já tinha sofrido antes duro golpe com a edição da Súmula nº 377 do STF, pela qual: “No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”, mesmo no caso de idosos (RT 542/184 e 459/205), e segundo MARIA BERENICE DIAS, na obra citada, o “legislador limitou a reproduzir dispositivo que existia no Código Civil anterior, não atentando que a Justiça já o havia alterado”.

E a renomada autora continua:

“(…) A restrição à autonomia da vontade, não admitindo sequer a comunhão de bens adquiridos durante a vida em comum, levou o STF a editar a Súmula nº 377. Assim, encontra-se justificado seu enunciado: a interpretação exata da Súmula é no sentido de que, no regime da separação legal, os aquestos se comunicam pelo simples fato de terem sido adquiridos na constância do casamento, não importando se resultaram, ou não, de comunhão de esforços. Portanto, a jurisprudência, considerando que a convivência leva à presunção de esforço comum na aquisição de bens, procedeu à alteração do dispositivo legal que impunha o regime da separação obrigatória. Determinou a adoção do regime da comunhão parcial de bens para impedir o locupletamento ilícito de um dos consortes em detrimento do outro. Nítido o conteúdo ético do enunciado, que de forma salutar assegura a meação sobre o patrimônio constituído durante o matrimônio...” (p. 232).

A 7ª Câmara Cível do TJ/RS na Apel. 70004348769, julg. em 27/08/03, Rel. Des. MARIA BERENICE DIAS, disse:

“(…) A restrição imposta no inciso II, do art. 1641, do Código Civil vigente, correspondente ao inciso II do art. 258 do Código Civil de 1916 é inconstitucional ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade”.

Outro dispositivo semelhante já havia sofrido ataque pelo Ministro do STF, CEZAR PELUSO ao defender em Acórdão do TJ/SP que:

“Casamento. Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexagenário. Doação a consorte. Validez. Inaplicabilidade do art. 258, § único, II, do Código Civil que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da Constituição Federal em vigor. (...) É válida toda doação feita ao outro cônjuge que se casou com sexagenário, porque incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade (...)” (TJ/SP, Apel. Cível 7.512-4/2, de 18/08/98, São José do Rio Preto, Rel. Des. CEZAR PELUSO).

ROLF MADALENO, em **“Do regime de bens entre cônjuges”**, p. 167, dissertou:

“Em face do direito à igualdade e à liberdade ninguém pode ser discriminado em função de sexo ou idade, como se fossem causas de incapacidade civil. Atinge direito cravado na porta de entrada da Carta Política de 1988, cuja nova tábua de valores coloca em linha de prioridade o princípio da dignidade humana.”

No mesmo rumo, WASHINGTON DE

BARROS MONTEIRO ao ponderar que “(...) não há razão para que os bens fiquem pertencendo exclusivamente a um deles, desde que representem trabalho e economia de ambos (...)” (**Curso, Família**, 2001, p. 184).

Como se sabe, vigora hoje em nosso país, o princípio da autonomia da vontade que permite aos cônjuges definir qual modalidade de regime de bens irá vigorar após o casamento.

“O contrato, fonte da obrigação, tem em seu cerne, como elemento nuclear, indispensável à própria existência, a vontade humana que sendo livre e soberana concede a cada um de nós a liberdade de contratar.” (MARCELO DA SILVA MOREIRA, *in* O papel do Estado – Juiz em face do princípio da autonomia da vontade nos contratos).

Acresce-se a faculdade legal hoje disponível aos cônjuges de mudar o regime de bens, como se vê do art. 1.639, § 2º.

Em resumo, o art. 1.641, II do atual Código Civil é repetição parecida com o art. 258, § único do Código de 1916. Porém, a realidade atual é outra e ele ofende os princípios basilares da Constituição Federal e foi revogado pelo Estatuto do Idoso. E, ainda, a Súmula nº 377 do STF e jurisprudência dela derivada.

Por isso, sofre pesadas críticas da doutrina, como SILVIO RODRIGUES, em **Direito Civil, Família, V**, p. 165:

“Tal restrição, a meu ver, é atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado, sobre pessoa maior e capaz, decerto é descabida e injustificável”.

MARIA HELENA DINIZ, no seu **Curso de Direito Brasileiro**, vol. 5º, Família, 20ª ed., p. 187, leciona:

“Mas não se pode olvidar que o nubente,

que sofre tal *caputis deminutio* imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente a seus bens e é plenamente capaz de exercer atos da vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função de idade avançada do nubente (...).”

Os beneficiários seriam os familiares do idoso e nosso Direito repele a deliberação sobre herança de pessoa viva.

O outro grande argumento é o de que com o reconhecimento constitucional da chamada União Estável, onde os companheiros acabam regidos pelo regime da comunhão parcial, qualquer que seja a idade, não se justifica a discriminação ilegal e inconstitucional sofrida por aqueles com mais de 70 anos e que desejam se unir legalmente.

Para concluir, vale lembrar que o art. 1.641, II do Código Civil é reminiscência melhorada da lei romana *Papia Poppaea*, que proibia o casamento daqueles além da idade limite (homens – 60 anos e mulheres – 50 anos), como dito por WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, em seu **Curso, Família, vol. 2**, p. 180 e FEIGUIN, em suas **Normas Jurídicas e Fertilidade no Brasil**, 1970, p. 74. Mais tarde, essa legislação foi revogada por Constantino como violadora da liberdade dos cidadãos.

Diante de um Estado Democrático, temos de preservar a esfera de liberdade individual, como dito por LÉO ROSA DE ANDRADE:

“Há o indivíduo social com direito de participar da comunidade, senhor do espaço público, e há o indivíduo privado com direito a ser reconhecido isoladamente dentro do todo, senhor de sua intimidade.” (**Liberdade Privada e Ideologia**, SP, 1993, p. 102)

Por esses motivos, deve ser modificada a decisão monocrática, para manter a agravante

no direito sucessório no tocante ao levantamento pretendido.

Caberá ao Magistrado *a quo* verificar se o valor a ser levantado, foi obtido no período estabelecido da união estável.

Meu voto é no sentido de dar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 17 de maio de 2017.

DES. OTÁVIO RODRIGUES  
Relator

**ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. ANULAÇÃO. VICIO DE CONSENTIMENTO. IDOSO. QUADRO DE DEMÊNCIA SENIL. AUSÊNCIA DE RELACIONAMENTO AFETIVO ENTRE AS PARTES. CUIDADORA. PROVAS ROBUSTAS. RECURSO IMPROCEDENTE.**

**APELAÇÃO CÍVEL. ANULAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. VICIO DE CONSENTIMENTO. DEMÊNCIA. AUSÊNCIA DE DISCERNIMENTO PLENO. IDOSO. AMPLA COMPROVAÇÃO. AFASTAMENTO DA PRESUNÇÃO *IURIS TANTUM* DO ATO JURÍDICO. ANULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RELACIONAMENTO ESTÁVEL ENTRE AS PARTES. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.** Recurso de apelação interposto em face do capítulo da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para declarar a nulidade da escritura declaratória de união estável firmada entre as partes e lavrada pelo 14º Ofício de Notas, em virtude do reconhecimento de vício de consentimento do apelado, pessoa idosa de 87

anos, que não possuía pleno discernimento do que declarava pelo avanço do quadro de demência que o acometia. Causa de pedir recursal ancorada na validade do ato jurídico, diante da capacidade do apelado para a prática dos atos da vida civil, à época da lavratura da escritura, de acordo com pareceres médicos anexados ao processo e com as impressões tidas por Assistente Social e Oficial de Justiça em encontros com o apelado. Alegações que não podem ser acatadas. Capacidade civil que, de fato, é presumida, de modo que somente pode ser afastada quando houver demonstração cabal da falta de lucidez e discernimento da pessoa. Conjunto probatório colacionado ao processo que indicou o comprometimento da higidez mental e do pleno discernimento do apelado no momento em que foi lavrada a escritura pública de união estável, como o ajuizamento de ação de interdição por seu filho, em 05/05/2011, ao notar mudanças de comportamento no pai, ao final, julgada improcedente, ante o reconhecimento da condição de demência, conforme laudo pericial, os pareceres psiquiátricos emitidos pelos médicos Wilson Cruz Alves e Darci Velloso, ambos em abril de 2011, nos quais atestaram ser o apelado portador de quadro confusional, com alteração de comportamento, memória de fixação e de evocação prejudicada, ansiedade, agitação e grande debilidade física, sem condições pessoais de gestão das atividades do cotidiano e, também, a declaração emitida pela apelante, de próprio punho, no dia 04/04/2011, em que afirmou ter notado mudanças no comportamento do apelado, principalmente, com relação à alimentação, o que gerou grande debilidade física e confusão mental, além do que asseverou que ele, em alguns momentos, tornava-se agressivo e, em outros, não possuía a noção do tempo e do

valor das coisas, com grande afetação da memória e dificuldade para locomover-se. Ato jurídico que se apresenta fundamentalmente como ato de vontade, de forma que, para que se aperfeiçoe, faz-se necessário que essa vontade efetivamente se externe livre e consciente, o que não foi possível verificar no caso *sub examen*. Arcabouço probatório colacionado no processo que se mostrou robusto e suficiente para corroborar que o apelado, quando da lavratura da escritura pública de união estável, não desfrutava de plena capacidade psíquica para a prática do ato jurídico. Necessário o afastamento da presunção *iuris tantum* de veracidade do ato jurídico, ante a comprovação do quadro de demência que, naquele momento, impedia o apelado de ter o devido discernimento do que era declarado, o que importa na anulação do ato jurídico, nos termos da sentença de primeiro grau. Impossibilidade de reconhecimento da união estável entre as partes, tendo em vista que os elementos de prova anexados ao processo demonstraram, sobejamente, a ausência de qualquer relacionamento afetivo entre as partes. Depoimentos prestados em Juízo por funcionários do condomínio em que residia o apelado, no sentido de que a apelante havia sido contratada, alguns poucos meses antes da lavratura da escritura, para atuar como enfermeira e cuidadora do idoso, de forma que nunca houve relacionamento estável entre eles. Manutenção da sentença que se impõe. Negativa de seguimento ao recurso manifestamente improcedente, com fundamento no artigo 557, *caput*, do CPC.

#### DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de ação ordinária ajuizada por Y, representado por seu curador e filho, F, em face de X, por meio da qual pleiteou a anulação da

escritura pública de união estável firmada entre as partes e a reparação por dano moral.

Alegou, para tanto, que o autor, já com 87 anos de idade e com quadro de demência senil, foi interdito em 16/12/2011, nos autos do Processo nº 0133001-93.2011.8.19.0001, que tramitou perante a 4ª Vara de Órfãos e Sucessões da Capital.

Esclareceu, também, que a ré havia sido contratada para atuar como cuidadora e enfermeira do autor, que residia sozinho em um apartamento em Copacabana, diante do avanço dos problemas de saúde que o acometiam, tanto física quanto mentalmente.

Salientou, no entanto, que a ré valeu-se da condição senil e debilitada do autor e o induziu a celebrar escritura pública de união estável, em 30/06/2011, ao passo que jamais havia ocorrido qualquer relacionamento afetivo entre ambos.

A sentença proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara de Família da Comarca da Capital, MARIA CELESTE PINTO DE CASTRO JATAHY, à pasta eletrônica 00417, julgou parcialmente procedente o pedido para declarar a nulidade da escritura declaratória de união estável firmada entre as partes e lavrada pelo 14º Ofício de Notas.

De outro lado, julgou improcedente o pedido de reparação por dano moral por entender que não resultou configurado.

Inconformada com o resultado do julgado, a ré interpôs recurso de apelação, à pasta eletrônica 00421, por meio do qual pugnou pela reforma da sentença no ponto em que declarou a nulidade da escritura pública de união estável.

Alegou, desse modo, que conhecia o autor havia mais de dez anos e que passou a conviver com ele em união estável, a partir do final

de 2009. Enfatizou que ambas as partes, de comum acordo, capazes e de forma espontânea, firmaram a escritura pública em questão, sob o regime da separação total de bens. Afirmou, ainda, que o Oficial do Registro de Notas não vislumbrou qualquer comportamento que pusesse em dúvida a capacidade do autor, de modo a impedir a realização do ato. Sustentou, também, que o autor se encontrava em plena saúde e com capacidade cognitiva, de acordo com atestados médicos anexados ao processo, com capacidade de expressar livremente sua vontade. Destacou, do mesmo modo, o conteúdo da certidão do Oficial de Justiça, nos autos do processo de interdição, que atestou que o autor possuía discernimento. Eventualmente, requereu a redução do percentual dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Apelo contrariado à pasta eletrônica 00445.

Manifestação da douta Procuradoria de Justiça, à pasta eletrônica 00459, na qual opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

A apelação é tempestiva e estão satisfeitos os demais requisitos de admissibilidade, razão por que é conhecida.

Com efeito, insurgiu-se a ré, ora apelante, em face da sentença que declarou a nulidade da escritura pública declaratória de união estável firmada com o autor, diante de vício de consentimento, por se tratar de pessoa senil, que não possuía total domínio de seus atos e era portador de distúrbios que comprometiam a sua plena capacidade, embora não fosse tão aparente a ponto de deixar em dúvida o Oficial de Registro de Notas que lavrou a escritura.

Em suas razões de recurso, sustentou

que, ao contrário do que asseverou o magistrado de primeiro grau, a capacidade do autor, aqui apelado, para a prática dos atos da vida civil, era plena quando houve a lavratura da escritura de união estável, de acordo com pareceres médicos anexados ao processo e com as impressões tidas por Assistente Social e Oficial de Justiça em encontros com o apelado.

Todavia, em que pesem os esforços da apelante, observa-se do conjunto probante colacionado ao processo que o seu recurso não comporta provimento, haja vista que a sentença deu solução adequada à demanda.

É cediço que a capacidade civil é presumida, de modo que somente pode ser afastada quando houver demonstração cabal da falta de lucidez e discernimento da pessoa.

*In casu*, indicativo do comprometimento da higidez mental e do pleno discernimento do apelado à época da lavratura da escritura pública de união estável provém de vasta documentação anexado ao processo, na qual se destacam:

a) o ajuizamento de ação de interdição pelo filho do apelado, em 05/05/2011, ao notar mudanças de comportamento no pai, ao final, julgada improcedente, ante o reconhecimento da condição de demência, conforme laudo elaborado em 21/09/2011 (pasta eletrônica 00010);

b) a declaração emitida pela apelante, de próprio punho, no dia 04/04/2011, em que afirmou ter notado mudanças no comportamento do apelado, principalmente, com relação à alimentação, o que gerou grande debilidade física e confusão mental, além do que asseverou que ele, em alguns momentos, tornava-se agressivo e, em outros, não possuía a noção do tempo e do valor das coisas, com grande afetação da memória e dificuldade para locomover-se

(pasta eletrônica 00019);

c) os pareceres psiquiátricos emitidos pelos médicos Wilson Cruz Alves e Darci Velloso, ambos em abril de 2011, nos quais atestam ser o apelado portador de quadro confusional, com alteração de comportamento, memória de fixação e de evocação prejudicada, ansiedade, agitação e grande debilidade física, sem condições pessoais de gestão das atividades do cotidiano (pastas eletrônicas 00054 e 00055);

d) declarações de amigos e parentes que notaram severa mudança de comportamento no apelado e grave perda da memória.

De fato, importa consignar que o ato jurídico é fundamentalmente ato de vontade e para que ele se aperfeiçoe faz-se necessário que essa vontade efetivamente se externe livre e consciente. Os elementos volitivos compreendem a vontade propriamente dita, a vontade de declarar e a vontade do conteúdo da declaração, requisitos essenciais dos atos jurídicos, o que não foi possível verificar no caso *sub examen*.

Com efeito, o arcabouço probatório colacionado no processo, como acima assinalado, é robusto e suficiente para corroborar que o apelado, quando da lavratura da escritura pública de união estável, não desfrutava de plena capacidade psíquica para a prática do ato jurídico, diante a presente confusão mental a importar em debilidade incapacitante a ponto de faltarlhe o discernimento necessário.

Tais elementos probatórios mostram-se aptos a retratar a falta de capacidade plena a contaminar a manifestação de vontade consciente do apelado, que, certamente, não eram de conhecimento do notário que lavrou a escritura.

Induvidoso, portanto, que deve ser afastado, no caso, a presunção *iuris tantum* de validade do ato jurídico, ante a comprovação do quadro de demência que, naquele momen-

to, impedia o apelado de ter o devido discernimento do que era declarado, o que importa na anulação do ato jurídico, nos termos da sentença de primeiro grau.

De outro lado, cabe destacar que não há como se ter por reconhecida a união estável entre as partes, tendo em vista que os elementos da prova anexados ao processo demonstraram, sobejamente, a ausência de qualquer relacionamento afetivo entre as partes.

Com efeito, de acordo com os depoimentos prestados em Juízo por funcionários do condomínio em que residia o apelado, a apelante havia sido contratada, alguns poucos meses antes da lavratura da escritura, para atuar como enfermeira e cuidadora, de forma que nunca houve relacionamento estável entre eles.

Por todos esses fundamentos, com respaldo no artigo 557, *caput*, do CPC, nego seguimento ao recurso manifestamente improcedente.

Rio de Janeiro, 09 de julho de 2015.

**DES. ALCIDES DA FONSECA NETO**  
Relator

**ESTELIONATO. VÍTIMA PESSOA IDOSA. VANTAGEM PATRIMONIAL. LIVRE E ESPONTÂNEO ACORDO. RELACIONAMENTO AFETIVO POR SETE ANOS. PRECONCEITO SOCIAL. FATO ATÍPICO. ABSOLVIÇÃO. SENTENÇA REFORMADA.**

**APELAÇÃO EXCLUSIVA DO RÉU. RÉU CONDENADO A 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO E 62 DM POR VIOLAÇÃO AO ART. 171 DO CP, EM CONTINUIDADE DELITIVA. CRIME DE ESTELIONATO PRATICADO, SEGUNDO A DENÚNCIA E A SENTENÇA, PELO**

**APELANTE CONTRA UMA MULHER IDOSA. ALEGAÇÃO DE QUE O FATO É TÍPICO, ANTIJURIDICO E CULPÁVEL, NÃO HAVENDO QUALQUER CAUSA EXCLUDENTE DA ILICITUDE OU DA CULPABILIDADE, AGINDO O APELANTE LIVRE E CONSCIENTEMENTE NA EMPREITADA DE OBTER VANTAGEM PATRIMONIAL INDEVIDA EM DESFAVOR DA VÍTIMA, OBTENDO UM ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. POSSÍVEL RELAÇÃO AFETIVA EXISTENTE ENTRE O APELANTE E A VÍTIMA DURANTE AULA DE INFORMÁTICA QUE SE ESTENDEU À CASA DA VÍTIMA. RELAÇÃO QUE DUROU SETE ANOS. ALEGAÇÃO DEFENSIVA DE QUE O FATO É ATÍPICO. A ABSOLVIÇÃO É MEDIDA IMPERIOSA DE JUSTIÇA.**

A tese defensiva merece prosperar. A fundamentação preconceituosa da sentença de que uma mulher aos seus 76 anos não pode se envolver, se encantar ou se envaidecer com um galanteio de um homem mais novo é fruto de uma sociedade machista que somente permite que tal situação se dê com um homem mais velho e uma mulher mais nova. Crime de estelionato que pressupõe o dolo como antecedente e a prática de ardil, engodo, fraude que, no caso em tela, estão ausentes. Princípio da autonomia da vontade que deve prevalecer sobre as regras machistas de uma sociedade hipócrita que não aceita uma mulher mais velha conviver, ainda que em mera “relação profissional de cuidador” com um homem mais novo, quanto mais em relação afetiva, amorosa. Ausência de qualquer prova de que a vítima estivesse sendo enganada ou ludibriada. O mero fato de ser mais velha não lhe retira o discernimento necessário para dispor, como bem queria, do seu patrimônio e quiçá, se fosse o caso, do seu próprio sentimento e do seu corpo. Livre arbítrio. Mulher que não pode mais ser tratada, em pleno século XXI,

como um ser inferior e desprotegido.

Sentença que ao analisar o caso está calcada em conceitos de uma sociedade feudal, patriarcal, machista do século XIX, de uma sociedade escravocrata ao dizer que “uma mulher, idosa, viúva e que residia sozinha está vulnerável porque criada sob fortes preceitos morais”. Quais os preceitos morais a que a sentença se refere? Àqueles que admitem que um homem mais velho, de 80 anos, possa ter uma moça de 30 e esta não ser acusada de estelionato, mas jamais o contrário. Puro preconceito. Sentença calcada num Contrato Social em que o patriarca é o personagem principal do Pacto, deixando mais uma vez a mulher para um segundo ou terceiro plano. A senhora H.M.V.L, suposta vítima nestes autos, viveu a vida como queria viver, longe de qualquer preconceito e viveu feliz já no auge dos seus 82 anos de idade, sem ter que dar satisfação a quem quer que fosse. Fato atípico.

Absolvição que é medida de justiça.

Por tais razões, conheço do presente recurso e no mérito dou provimento para reformar a sentença e absolver o apelante E.M.S, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

Chamamos de julgamento (isto é, a faculdade graças à qual dizemos que uma pessoa julga compreensivamente) a percepção acertada do que é equitativo. Uma prova disto é o fato de dizermos que uma pessoa equitativa é, mais que todas as outras, um juiz compreensivo, e identificamos a equidade com o julgamento compreensivo acerca de certos fatos. E julgamento compreensivo é o julgamento no qual está presente a percepção do que é equitativo, e de maneira acertada; e julgar acertadamente é julgar segundo a verdade.<sup>1</sup>

1 ARISTÓTELES. (Tradução: Mario da Gama Kury). *Ética a Nicômacos*. 3ª ed., Brasília: UNB, 2001, p. 123.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso de Apelação nº. 0093058-40.2009.8.19.0001 em que figura como Apelante E.M.S. e como Apelado o Ministério Público.

Acordam os Desembargadores que integram a Colenda Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em julgamento realizado nesta data, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso defensivo.

### Voto

Presentes os requisitos objetivos e subjetivos da presente apelação conheço do recurso.

Os autos deste processo retratam bem a realidade hodierna em nossa sociedade, qual seja: quando um homem de 76 anos resolve se envolver com uma moça 50 anos mais nova a sociedade “reclama”, mas não a acusa de estelionato. Quando muito a chama de “aproveitadora” para não utilizar palavras de baixo calão nesta decisão. O homem aparece aos olhos de todos como o “garanhão”, o “macho”, o “provedor”, o “coroa que pega a garotinha”, mas todos se calam e respeitam o homem idoso. Quando muito o chamam de “velho babão”. Já a mulher enfrenta o preconceito machista de uma sociedade que não admite que ela possa, por livre escolha e espontânea vontade, se relacionar com um homem mais jovem. Vejamos parte da sentença, *in verbis*:

Para um homem jovem é muito simples manipular o ego fragilizado de uma mulher idosa, angariando sua simpatia e amizade, pois esta mulher viveu sob critérios rigorosos durante sua juventude e casamento, e agora está frágil no mundo moderno, por isto se encanta com qualquer frase chavão de galanteio barato, sorrisos falsos, elogios enganosos, segurando a primeira bengala maliciosa e desairoso, para elevar sua autoestima quando já percebe que

não consegue dominar toda a sua capacidade. Esta bengala mambembe é uma forma de dizer ao mundo que “Está com alguns anos de idade mas ainda é mulher, e desejável”, assim ele lança o ardid da isca da vaidade para aflorar o ego de uma pessoa que não mais consegue dominar sequer a memória.

Qual o critério que a sentença utiliza para chegar à conclusão de que uma mulher idosa tem o ego fragilizado? De onde surgiu a prova cabal e incontestável de que a suposta vítima H. era uma “mulher fragilizada”? Só pode ser do senso comum teórico do operador jurídico<sup>2</sup> de que toda mulher mais velha é frágil. Aliás, de que a mulher, por si só, é sempre um “sexo frágil”. Aqui a sentença deveria, pelo menos, ouvir a velha e boa música de ERASMO CARLOS:

Dizem que a mulher é o sexo frágil  
Mas que mentira absurda  
Eu que faço parte da rotina de uma delas  
Sei que a força está com elas<sup>3</sup>

Música também é cultura.

A afirmativa de que a vítima viveu “sob critérios rigorosos durante sua juventude e casamento, e agora está frágil no mundo moderno” não passa no filtro axiológico de uma análise crítico construtiva de que toda mulher tem o direito, não importa sua idade, de viver

<sup>2</sup> WARAT nos ensina que o senso comum teórico dos juristas advém da crença que eles têm de um mundo que está a sua volta, mas que é baseado em conhecimentos vulgares que “traduzem necessidades em ideias. Trata-se de atividade intelectual do homem comum, resultante da percepção imediata e da utilidade do saber. É um saber que, provocando conotativamente a opacidade das relações sociais, afasta os juristas da compreensão do papel do direito e do seu conhecimento na sociedade” (WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. II, p. 34).

<sup>3</sup> ERASMO CARLOS, **Mulher**, música de 1981.

como bem entenda livre de qualquer pré-conceito moral, religioso ou social de quem quer que seja, desde que não agrida o direito alheio.

A suposta vítima, Sra. H.M., viveu como quis e como o ordenamento jurídico lhe permitiu: livre, leve e solta.

A afirmativa ainda da sentença de que a vítima se encantou com qualquer frase chavão de galanteio barato, sorrisos falsos, elogios enganosos, segurando a primeira bengala maliciosa e desairoso, para elevar sua autoestima quando já percebia que não conseguia dominar toda a sua capacidade chega a ser humilhante à suposta vítima. De onde a sentença tirou que a autoestima da suposta vítima estava baixa? Já sei. Do fato de ser uma mulher de 80 anos de idade, talvez. Puro exercício de adivinhação para não dizer puro preconceito social.

A autoestima da senhora H.M. estava tão alta que ela se permitiu viver, quiçá um romance ao final da vida com um homem mais novo (não há prova cabal de que havia um romance entre apelante e a senhora H. Mera suposição). Aliás, bem fez a senhora H. em viver o final da sua vida ao lado de um homem mais jovem. Nada contra a mulher que tem a opção de viver ao lado de um homem da sua idade, mas também não podemos ter nada contra a opção da senhora H.M. Cada um vive da maneira que o faz ser feliz ou pelo menos da maneira que acha que alcançará a felicidade.

De agora em diante não a chamarei mais de vítima, e sim apenas de Senhora H.M. como ela sempre exigiu que a chamassem. Vítimas são as mulheres que não se permitem viver um romance, um amor, uma paixão ou uma simples amizade mais íntima por um homem mais novo. Estas são vítimas do preconceito social. São vítimas de uma sociedade machista, hipócrita. Ou ainda pior: vítimas são as milhares de mulheres que, lamentavelmente, sofrem agres-

sões físicas dos seus companheiros e demais homens covardes por esse país a fora. Não foi o caso da senhora H.. Ela viveu feliz ao lado do apelante.<sup>4</sup>

O problema é que a felicidade envolve liberdade, seja ela subjetiva ou objetiva, e aqui reside uma das maiores questões da filosofia: o fenômeno versus essência. Isto é, a possibilidade de que o que se sente como liberdade não seja de fato liberdade; que as pessoas possam estar satisfeitas com o que lhes cabe mesmo que o que lhes cabe esteja longe de ser ‘objetivamente’ satisfatório; que, vivendo na escravidão, se sintam livres e, portanto, não experimentem a necessidade de se libertar, e assim percam a chance de se tornar genuinamente livres.<sup>5</sup> Isso faz com que as pessoas sejam forçadas ou seduzidas a experimentar a necessidade de ser objetivamente livres e reunir a determinação e coragem de lutar pela liberdade, diante das dificuldades que o exercício pela liberdade possa acarretar.

E continua a sentença em sua análise puramente preconceituosa e machista:

Para um homem jovem é muito simples manipular o ego fragilizado de uma mulher idosa, angariando sua simpatia e amizade, pois esta mulher viveu sob critérios rigorosos durante sua juventude e casamento, e agora está frágil no mundo moderno, por isto se encanta

4 Estudo preliminar do Ipea estima que, entre 2009 e 2011, o Brasil registrou 16,9 mil feminicídios, ou seja, “mortes de mulheres por conflito de gênero”, especialmente em casos de agressão perpetrada por parceiros íntimos. Esse número indica uma taxa de 5,8 casos para cada grupo de 100 mil mulheres. Consulte: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925\\_sum\\_estudo\\_femicidio\\_leilagarcia.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_femicidio_leilagarcia.pdf). Acessado em 19/06/2014, às 14h10min.

5 BAUMAN, Zygmunt. (Tradução: Plínio Dentzien). **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 24.

com qualquer frase chavão de galanteio barato, sorrisos falsos, elogios enganosos, segurando a primeira bengala maliciosa e desairoso, para elevar sua auto estima quando já percebe que não consegue dominar toda a sua capacidade. Esta bengala mambembe é uma forma de dizer ao mundo que “Está com alguns anos de idade mas ainda é mulher, e desejável”, assim ele lança o ardid da isca da vaidade para aflorar o ego de uma pessoa que não mais consegue dominar sequer a memória.

Primeiro, diz a sentença: Toda mulher idosa tem o ego fragilizado. Segundo, o fato de ser idosa faz com que não consiga dominar toda sua capacidade e precise usar de uma “bengala mambembe” para se sentir desejada. O que a sentença faz com a senhora Helena é pior do que o apelante fez, segundo a denúncia: a coloca em uma posição de inferioridade e de total demência por ter tido eventual relacionamento, seja profissional, seja amoroso, seja de amizade ou de pura confiança com um homem mais novo.

Confesso de público, que nunca vi uma mulher ser tratada dessa forma num processo criminal. É uma pena e lamentável que a senhora H.M. não esteja mais entre nós, mas também ainda bem que ela não está aqui para ler essa sentença e saber que tudo que fez, nos últimos anos da sua vida por livre e espontânea vontade, é considerado como crime por parte do homem que ela escolheu para deliberar sobre seu patrimônio e os últimos anos da sua vida.

O dinheiro era dela. Ninguém, absolutamente ninguém, tem nada a ver com o *quantum* que ela gastou com o apelante. Não existe herança de pessoa viva. Aliás, se ela não tivesse gasto seu dinheiro com o apelante e tivesse guardado num cofre bancário será que a família estaria preocupada com o fato dela se envolver com um homem mais jovem? A resposta cabe a cada um.

Vejamos o que diz a neta da senhora H.M, *in verbis*:

“Que frequentava muito a casa da vítima; que reconhece o acusado; que o conheceu na casa de sua avó por volta de 1998; que na época tinha catorze anos; que o réu era professor de informática de sua avó; que não tinha curiosidade para aprender informática com ele porque tinha computador desde os treze anos e era autotitada; que ia para a casa de sua avó depois da escola; que viu o acusado dando aulas para a sua avó, mas era no início das aulas; que quando a depoente fez 18 anos, começou a perceber a presença do acusado na casa de sua avó fora do contexto das aulas; que a vítima pediu que a depoente não frequentasse a sua casa nos dias de aula de informática; que notou mudança no comportamento de sua avó; que a família começou a desconfiar porque a vítima fazia aulas há três anos e não sabia nada de informática; que a vítima não sabia usar a *Internet*; que ninguém interferiu por causa da idade dela; que a vítima mesmo reclamava que não conseguia manusear o computador, nem o básico; que a depoente percebeu que o acusado tinha intimidades na casa da vítima que nem familiares tinham; que a depoente se recorda de uma vez encontrar o acusado deitado no sofá da casa de sua avó e pedindo coisas; que a vítima levava o acusado para comer fora; que quando as pessoas estavam notando algo estranho, a vítima pediu para que ninguém fosse até a casa dela quando o acusado estivesse lá; que a vítima não queria que o acusado esquentasse a cabeça com nada; que não se magoasse com nada; que sua avó comprava água Perrier porque era da preferência dele; que nunca viu os outros empregados da casa deitados no escritório; que sua avó era muito discreta e que depois que conheceu o acusado passou a usar roupas curtas; que nessa época a vítima estaria com 83 anos; que a vítima fazia muita questão de levar o acusado para sair; que a depoente foi almoçar com sua avó no *Fashion Mall* e o

acusado disse que ia pagar a conta e a vítima disse que não precisava; que quando o acusado foi ao banheiro, a vítima disse que ele nunca pagava a conta e estava fazendo charme; que os empregados nunca presenciaram a vítima e o acusado abraçados; que E. era carinhoso com a vítima; que a vítima reprimia muito a depoente porque não era tão efusiva com o acusado; que o fato da depoente ser fria com o acusado, a incomodava; que a depoente via E. como um reizinho de sua avó; que a fonte de renda da vítima era os aluguéis dos apartamentos que comprou quando era casada com seu avô e a pensão alimentícia do seu avô que se aposentou como Desembargador do Tribunal de Justiça; que a interdição de sua avó foi de um ou dois anos depois que sua avó ficou doente; que quando a vítima ficou doente pediu auxílio para a família e logo após parou de andar e de se comunicar; que a vítima fazia curso de psicanálise na Cândido Mendes em 2003; que sua avó passou a delegar algumas funções ao acusado, mas a depoente não sabe quais; que o acusado passou a fazer acompanhamento bancário da vítima; que a vítima nunca disse a depoente que o acusado era seu namorado; que a vítima comprava camisas bonitas para o acusado porque ele gostava.

O depoimento da neta da senhora H. é claro em demonstrar que sua avó viveu feliz. Mudou seu comportamento passando a agir de forma mais positiva. Passou a usar roupas curtas aos 80 anos de idade. Sair com um homem mais novo e pagar restaurantes caros a ele num dos *shoppings centers* mais caros do Rio de Janeiro: *Fashion Mall*. Em outras palavras: ela estava feliz fazendo o que tinha vontade, até porque, diferente do que diz a sentença, passou a vida toda se punindo, se policiando, sendo vigiada e com “comportamento recatado” e agora ao final da vida se permitiu viver a vida como ela é e não como gostariam que ela vivesse. A isso chamamos de livre arbítrio ou no direito de princípio da

autonomia da vontade.

Posso dizer, sem receios, que a senhora H. se modernizou aos 76 anos de idade. “Ser moderna é ser incapaz de parar e ainda menos capaz de ficar parado. Ser moderno significa estar sempre à frente de si mesmo, num Estado de constante transgressão”<sup>6</sup>. Foi isso que ela fez. Não se acomodou. Não se intimidou com uma sociedade machista, hipócrita e hegeliana (com preconceitos e racismos).

O depoimento do genro da senhora H.M. também nos demonstra que ela era uma mulher viva, perspicaz e muito inteligente. Vejamos:

que a vítima era muito independente; que notou mudanças no estilo de se vestir da vítima; que ela era uma senhora muito conservadora; que a vítima era muito recatada, inteligente, elegante; que era dedicada ao marido; que a vítima antes de conhecer o acusado, usava sapatos finos e depois passou a usar sapatos com o solado mais alto, vestidos curtos; que a vítima saiu do padrão social dela; que a vítima passou a querer ser mais jovem; que um dia o depoente foi ao Barra *Shopping* e viu a vítima e o acusado abraçados como se fossem um casal que o depoente ficou chocado com a cena; que não imaginava como uma pessoa que não era da família podia fazer isso com uma pessoa como sua sogra; que depois desse dia, o depoente percebeu que o relacionamento dos dois não era de professor e aluna; ; que a vítima era muito rígida e reservada e por isso exigia que todo mundo a chamasse de “Dona H.”; que depois que o acusado apareceu na vida da vítima, ela pedia para que a chamassem de “H.”; que a vítima dava cheques em branco para o depoente, para as filhas do depoente e para sua esposa, como forma de presentes; que passou

6 BAUMAN, Zygmunt. (Tradução: Plínio Dentzien). **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 3

a analisar a transição bancária pretérita da vítima depois que o acusado interpôs uma ação trabalhista”.

Mais uma vez o depoimento visto e lido sem preconceitos demonstra claramente que a Senhora H.M. viveu feliz. Era inteligente (só uma mulher inteligente, não necessariamente rica, se dispõe a viver com um homem mais novo do jeito que a vida lhe permite viver). O genro ficou chocado com a cena da Senhora H. estar abraçada ao apelante. Claro que não ficaria chocado se visse um homem da idade dela com uma moça mais jovem. Aliás, talvez até aplaudisse como todos fazem, diariamente, pelas ruas do País e achasse graça.

Há uma frase que roda o País a fora dita por um senhor de 80 anos de idade, milionário, que ficou famosa e que retrata bem o machismo que envolve a questão. Numa entrevista o repórter perguntou a ele sobre as moças mais jovens e lindas com as quais ele desfilava nas festas e eventos sociais:

Repórter: - O senhor acha mesmo que essas garotas gostam do senhor?

Senhor: - Meu amigo, eu gosto muito de camarão. Vou a um restaurante e peço um prato desta iguaria. Eu não pergunto se o camarão gosta de mim... Eu simplesmente como!”

Aí está. Se uma mulher diz isso, será tachada de todos os nomes negativos que houver no dicionário. Não há nada de errado com a mulher jovem que quer se submeter a essa situação, mas também não há nada de errado na situação dos autos desta apelação. Cada um é livre para fazer o que bem entende da sua vida, desde que respeite o direito alheio e a senhora H. respeitou: sempre viveu dentro dos padrões de legalidade e moralidade.

A ex-professora de francês da vítima, C.M.A., também prestou depoimento em juízo

e deixou clara a personalidade da vítima.

“Que reconhece o réu; que conhece ele da casa da ‘Dona H.’, a vítima; que conhecia a vítima desde os 19 anos; que a depoente já foi professora de Francês da vítima; que com aulas, as duas ficaram amigas; noite a sua casa; que a vítima nunca disse sobre o relacionamento com o acusado; que a vítima era uma pessoa reservada e com uma personalidade muito forte; que a vítima mudou seu modo de se vestir; que antes usava saias e blusas e depois passou a usar decotes, saias curtas, tamancos; que as roupas não era apropriadas para a idade da vítima; que a vítima dava presentes para o acusado independente de datas comemorativas”.

Do depoimento acima são extraídos diversos estigmas que foram muito bem usados pela sentença, mas que divirjo e o faço pelos seguintes motivos: Primeiro: a vítima falava francês, ou seja, não era uma mulher desprovida de conhecimentos do mundo e, consequentemente, era viajada. Segundo: era uma mulher de personalidade forte, razão pela qual não admitia que controlassem sua vida. Sabia o que queria. Era determinada. Terceiro: sua personalidade forte e determinação com as coisas da vida a fez mudar e ter o direito de usar roupas mais ousadas. Um homem que faz uma mulher se sentir assim não pode ser chamado de criminoso, não importa a idade dela.

Todavia, vejam que o depoimento também é preconceituoso: “que as roupas não eram apropriadas para a idade da vítima”. Como se uma mulher da idade da vítima tivesse que seguir um padrão, um modelo previamente estabelecido pela sociedade e não pudesse sair daquele estereótipo criado por uma espécie de “contrato social”. É uma visão Hobbesiana da vida onde o estado tem o poder absoluto de controlar os membros da sociedade que lhes entregam sua liberdade e se tornam voluntariamente seus súditos para acabar com a famosa

guerra de todos contra todos garantindo a segurança e a posse da propriedade.<sup>7</sup>

E aqui é que mora o perigo do depoimento acima que funda a sentença: a necessidade de controlar o comportamento da senhora H.M., a fim de que seu patrimônio não venha a ser dilapidado por terceiros estranhos à família. Ninguém, absolutamente ninguém, se preocupou se ela estava feliz. Se estava sendo amada, cuidada e segura nas mãos do apelante.

Aliás, diga-se de passagem, que o mais importante não foi dito na sentença: a neta da senhora H.M. disse em seu depoimento: que E. era carinhoso com a vítima. Esta frase do depoimento sepulta a questão.

O problema é que a sentença acha, assim como todos os “dogmáticos de plantão”, que o Direito Penal irá salvar o mundo. Que as pessoas precisam ser punidas por violarem a norma de proibição inserta no texto legal. É o tal caráter preventivo geral da pena.<sup>8</sup>

Então, para quem gosta de Direito Penal e quer a solução, através do Direito porque não consegue enxergar o mundo senão através de um texto de lei, vou me limitar a dizer: não houve o chamado dolo. A conduta é atípica e ponto final. Não vou perder tempo analisando aquilo que todo estudante de 2º ano do curso de Direito sabe: o dolo no estelionato é ante-

cedente. Outra: o crime de estelionato é crime contra o patrimônio. Não houve lesão ao patrimônio da senhora H. Muito pelo contrário, houve liberalidade dela sobre seu próprio patrimônio. Liberalidade exercida por uma mulher de temperamento forte; determinada; fluente em outros idiomas; reservada; que não permitia que a chamassem de “H.” e sim de “D. H.”, no auge dos seus 80 anos de idade; e, principalmente, uma mulher livre e pagadora dos seus impostos. O que querem mais?

Ainda para atender aos “dogmáticos de plantão”: não houve indução ou manutenção de alguém em erro, através de um artifício, ardid, engodo ou fraude. Houve um acordo expresso e claro entre o apelante e a senhora Helena: ela o pagava a quantia acordada, previamente, e ele ensinava o que ela quisesse aprender, além de tomar conta de suas coisas pessoais e lhe fazer companhia da forma que melhor conviesse a ambos.

A pergunta que não quer calar e que não foi feita em momento algum é: o que as pessoas têm a ver com a vida da senhora H.M.? Nada. Absolutamente nada.

E ainda no plano do Direito Penal aqui vai a lição de um dos maiores penalistas da atualidade: ROGÉRIO GRECO,<sup>9</sup> *in verbis*:

A conduta típica de obter vantagem ilícita em prejuízo alheio é praticada mediante a fraude do agente, que induz ou mantém a vítima em erro.

A indução pressupõe um comportamento comissivo, vale dizer, o agente faz alguma coisa para que a vítima incorra em erro.

Por outro lado, a conduta de manter a vítima em erro pode ser praticada omissivamente,

7 Leia a obra de ROUSSEAU, J.J., o **Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

8 A função da prevenção geral atribuída à pena criminal igualmente tem por objetivo evitar crimes futuros mediante uma forma negativa antiga e uma forma positiva pós-moderna. A forma tradicional de intimidação penal representa a dimensão negativa da prevenção geral: o Estado espera desestimular pessoas de praticarem crimes pela ameaça da pena (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena: Fundamentos Políticos e Aplicação Judicial**. Rio de Janeiro/Curitiba: *Lumen Juris/ICPC*, p. 9, 2005.

9 GRECO, Rogério. **CÓDIGO PENAL COMENTADO**. 7ª ED., Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 561.

isto é, o agente, sabedor do erro em que está incorrendo a vítima, aproveita-se dessa oportunidade, silenciando a fim de obter a vantagem ilícita em prejuízo dela.

Pergunta-se: qual foi a vantagem ilícita obtida pelo apelante? Nenhuma. A senhora H. pagava o que ela havia acordado. E o fato do apelante ter a senha bancária da senhora H.? Era liberalidade dela. O patrimônio era dela. Qual o ardil, engodo ou fraude praticada pelo apelante? Nenhum. Tudo era e foi previamente acordado. Um contrato bilateral.

A sentença quer castigar essa conduta. Em verdade quando se pensa que se está protegendo a senhora H. (ou quiçá a sociedade) com a punição do apelante se está, em verdade, punindo-a igualmente. É a sentença dizendo, por linhas transversas o seguinte: “A senhora, D.H.M., não se comportou de maneira adequada para uma mulher idosa carente, indefesa, vaidosa, claudicante e desprotegida quando resolveu ter um envolvimento, no auge dos seus 76 anos de idade, com um rapaz mais moço que a senhora 50 anos. A senhora deveria ter vergonha de usar essas roupas típicas de uma moça de vinte e poucos anos, se comportando de forma adequada e arrumando um velho da sua idade. Como não o fez, não vejo outra saída a não ser estabelecer uma pena para seu contratante/criminoso, quiçá, seu amante. Vergonha?”.

É exatamente isso que a sentença está dizendo com a condenação do apelante.

A senhora H.M. e o apelante tornaram-se os inimigos da sociedade quando resolveram desafiar as regras pré-estabelecidas e uma delas é: uma mulher de 80 anos de idade não pode ter qualquer envolvimento com um homem 50 anos mais novo, mas o contrário é aceito: um homem de 80 com uma moça de 30 anos de idade. Hipocrisia. E aí, aqui, percebe-se “a constituição de um direito de punir, de

castigar, de apenar o criminoso, que pela transgressão da norma jurídica de convivência social, tornou-se inimigo da sociedade inteira”. É exatamente isso que a sentença afirma ao punir o apelante.

Tanto o apelante como a senhora H. saem condenados na sentença. Imaginem a cena que a sociedade (hipócrita, diga-se de passagem) teve que assistir ao se deparar com uma mulher de 80 anos de idade e um rapazola 50 anos mais moço andando pelo shopping center de mãos dadas como se namorados fossem? É isso que a sentença está dizendo ao condenar o apelante.<sup>10</sup>

Lamentável. Isso não é justiça para com a vida de uma mulher honrada, honesta, livre, viúva que dedicou a vida a construir uma imagem de retidão de caráter e dedicada a sua família. E pior: pagadora de seus impostos e que não devia nada a ninguém. Repito: Não devia nada a ninguém, muito menos satisfação dos seus atos.

O que houve nos autos deste processo foi um ato de liberalidade e um acordo entre duas pessoas, movidos pelo princípio da autonomia da vontade. Se do acordo inicial de trabalho surgiu um relacionamento amoroso (ou não) entre ambos, isso não é problema do poder judiciário que tem coisas mais importantes a julgar, mas crime, aqui, não há.

A lição de CEZAR ROBERTO BITENCOURT<sup>11</sup> é por demais explicativa, *in litteris*:

O Estado não pode – a não ser que se trate de um Estado totalitário – invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão, ainda quan-

10 ISERHARD, Antônio Maria. **Caráter Vingativo da Pena**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 134.

11 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 150.

do haja praticado algum delito. Ao contrário, os limites em que o Estado deve atuar punitivamente devem ser uma realidade concreta. Esses limites materializam-se através dos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade etc. Assim, o conceito de prevenção geral positiva será legítimo “desde que compreenda que deve integrar todos esses limites harmonizando suas eventuais contradições recíprocas: se se compreender que uma razoável afirmação do Direito Penal em um Estado Social e democrático de Direito exige respeito às referidas limitações”.

A sentença ao explicar o mal de Alzheimer da senhora H. faz uma verdadeira confusão entre os efeitos da doença e a situação concreta dela, ou seja, não percebe que o que se diz da doença é incompatível com o que se fez nos autos do processo durante grande parte do tempo em que o apelante viveu com a senhora H.. Vejamos essa parte da sentença, *in litteris*:

O mal de Alzheimer é uma doença surda, que quando percebida já se encontra em certo grau de andamento, e sendo inicialmente assintomática a mudança de comportamento ocorre gradativamente, até que ao ser detectada o idoso já está num processo degenerativo mais acentuado. Vejamos a lição que o Doutor DRÁUZIO VARELA, renomado e notório médico, nos dá sobre este mal que a cada dia assola de forma democrática, pessoas abastadas e pobres, de nosso país, levando-as no final da vida ao quadro da demência senil.

Agora observemos o que diz o nobre Médico citado: DRÁUZIO VARELLA.

A doença de Alzheimer (Alois Alzheimer. Neurologista alemão que primeiro descreveu essa patologia) provoca progressiva e inexorável deterioração das funções cerebrais, como perda de memória, da linguagem, da razão e da

habilidade de cuidar de si próprio.

Ora, se quando a senhora H., dos 76 até os 83 anos, quando ficou ao lado e na companhia do apelante, mudou sua maneira de ser, mudou seu guarda roupa, passando a usar roupas mais curtas, mais joviais, andando de tamanco etc e toda preocupada com sua aparência, como os depoimentos já demonstraram, é óbvio que ela estava em perfeitas condições físicas e mentais e, portanto, a doença ainda não a acometia de forma a retirar-lhe a capacidade de se autodeterminar perante os fatos da vida. Tudo que fez foi em perfeitas condições físicas e mentais.

O problema é que quando uma mulher da idade dela resolve sair do estabelecido pelo senso comum teórico da sociedade machista em que vivemos, nós temos que inventar uma desculpa para os nossos preconceitos e puni-la; e a punição, mesmo que depois nossa desculpa se apresente como verdadeira, é dizer que ela só pode estar doente. Só pode estar com Alzheimer. Uma mulher normal não faria isso, diriam os “machistas e feministas de plantão”.

Por isso, um dos maiores gênios da música pop disse:

A mulher é o negro do mundo. A mulher é a escrava dos escravos. Se ela tenta ser livre, tu dizes que ela não te ama. Se ela pensa, tu dizes que ela quer ser homem.

(John Lennon).

Foi exatamente isso que aconteceu neste processo com a senhora H.M.: ela quis ser livre; ela quis, possivelmente, se entregar a um homem mais novo (não há uma linha sequer deste processo com prova cabal disso); ela, deliberada e espontaneamente, dispôs de parte do seu patrimônio e deu ao homem que a fazia feliz, não importa como, o *quantum* quis dar.

Por isso que a neta da senhora H. teste-

munhou e disse que sua avó estava feliz porque o apelante “era carinhoso com ela”, mas uma mulher nesta idade (80 anos) já não tem mais o direito de ser feliz, sendo chamada pela sentença de “senhora claudicante” (“o arдил criado pelo Réu, trouxe uma aragem de mocidade para uma senhora claudicante”).

O que será que o dicionário diz de claudicante? Incerteza; vacilante; hesitante; que comete erro ou falta; que revela imperfeição, falha ou deficiência (HOUAISS, 2009), isto é, a senhora H.M., depois de tudo que viveu em sua vida, é chamada pela sentença de “senhora imperfeita, falha, deficiente, vacilante” porque se envolveu com um homem mais novo e quis, espontaneamente, dar a ele parte do seu patrimônio. Impressionante. Estou estupefato. Nunca imaginei que pudesse ler uma mulher ser tratada assim por uma sentença. E por que o foi? Porque nós acreditamos que o Direito Penal irá salvar a sociedade. Nós, profissionais do Direito, somos obtusos, ou seja, não enxergamos nada mais além do que o texto legal. Não conseguimos olhar o mundo através de uma lente diferente das leis que aprendemos nos bancos universitários. Não percebemos aquilo que tenho dito a exaustão e aqui repito: Embaixo do papel tem gente. Embaixo do papel deste processo tem a história de uma mulher que passou anos de sua vida de forma honesta, correta, sincera e transparente. Uma mulher que construiu família criando filhos e netos e quis, ao final da sua vida, continuar a ser feliz. Só isso. Nada mais.

Nós perdemos o senso crítico. Não enxergamos o mundo como ele é, mas sim como nós gostaríamos que ele fosse e aí criamos nossos próprios fantasmas. Olhamos para o art. 171 do CP e buscamos nele a solução para nossos problemas e criamos mais um: condenamos um homem que fez uma mulher feliz e que, por liberdade dela, usou de seu patrimônio. Isso ocorre diariamente com homens mais velhos e mulhe-

res mais novas, mas....nossa moral não permite enxergar isso. Em verdade, nosso preconceito não deixa olharmos com os mesmos olhos.

A história da mulher na civilização mundial é marcada por uma deformação cultural que remonta a milhares de anos de opressão e para nos explicar isso não há ninguém melhor do que CARLOS ROBERTO BACILA<sup>12</sup> em sua monumental obra, *in litteris*:

É que o Direito hoje reconhece igualdade entre homens e mulheres, a mesma isonomia ainda não se vê nas casas, nas ruas e nas empresas ou nos meios de comunicação. E isto por quê? Por que as mulheres são tratadas com inferioridade? Porque ainda existem regras que estão vigentes e que não são regras jurídicas. São regras práticas que consideram a mulher um ser inferior ao homem. Conferem-lhe um estigma. Enquanto essas regras práticas ou meta regras não forem modificadas, o real tratamento das mulheres será, por muito tempo, um tratamento discriminador e preconceituoso.

A vida da Senhora H.M. é o retrato do que se faz ao se analisar a individualidade na sociedade de um modo geral, em especial se a confrontarmos com os conceitos trazidos pelo “Grande irmão”, na obra clássica de GEORGE ORWELL, em 1948, mas que leva o nome de 1984, onde a liberdade individual era (e ainda é) limitada e controlada por uma força extraordinária que era simbolizada por ORWELL na figura do grande Irmão, ou seja, aquele que tudo vê, tudo sente, tudo sabe e tudo ouve.

É o Grande Irmão quem dissemina as regras a serem estabelecidas e seguidas por todas as pessoas, por isso BAUMAN, cita Walpole e diz que “o mundo é uma comédia para

---

12 BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: um Estudo sobre os Preconceitos**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 50.

os que pensam, e uma tragédia para os que sentem”, ou seja, as pessoas que raciocinam e refletem sobre o que está a sua volta conseguem formular ou até mesmo agir, interagir e intervir sobre as demais pessoas, enquanto que outros que sentem, movem-se pelo coração, única e exclusivamente, sofrem porque podem ser manipulados, atingidos ou frustrados pelo não alcance de suas metas<sup>13</sup>. A senhora H. pensava e sentia e por isso não sofreu e nem aceitou que a manipulassem e se intrometessem em sua vida, viveu como queria viver: feliz ao lado de um homem mais moço.

Muitos talvez perguntem o porquê pelo qual a Senhora H.M. se permitiu se envolver com o apelante. Ela não disse, então nunca saberemos e não nos interessa. Era problema dela, mas ARTHUR SCHOPENHAUER,<sup>14</sup> filósofo alemão do século XIX, tem uma resposta interessante quando estuda as “preferências físicas da mulher”:

É possível afirmar que, aos homens muito jovens, preferem elas aqueles cuja idade oscila entre trinta e trinta e cinco anos, embora os jovens representem a flor da beleza masculina. Não agem assim por gosto, mas devido aos instintos que as guiam, o qual reconhece nesses anos a plenitude da força geradora. Geralmente pouco ligam à beleza do rosto. A força e a coragem do homem causam nelas uma impressão decisiva porque essas qualidades são penhor de uma geração robusta. Com tais qualidades contam, também, para assegurar no futuro um protetor eficaz.

E termina seu estudo sobre o “Direito de Amar” afirmando qual a “Missão do homem

segundo a mulher”:

As mulheres se convencem que a missão do homem é ganhar dinheiro e a delas é gastá-lo; se não o fazem enquanto o marido está vivo, depois de morto elas se vingam. Contribui para confirmar essa ideia, o fato de o marido lhes dar dinheiro, encarregando-as de dirigir a casa<sup>15</sup>.

Ciente de que a escolha da Senhora H.M. foi fruto de sua sabedoria, de sua experiência e de sua maturidade, bem como, do seu livre arbítrio é que estou convencido, por tudo que consta dos autos deste processo, que não houve crime de estelionato, e sim um livre e espontâneo acordo entre ela e o apelante, não restando a menor dúvida, de que por uma medida de justiça, a absolvição se faz imperiosa.

Por tais razões, é que conheço do presente recurso de apelação e, no mérito, reformo a sentença para absolver o apelante E.M.S., com fulcro no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

É como voto Senhor Presidente!

Rio de Janeiro, 15 de julho de 2014.

**DES. PAULO RANGEL**  
Relator

**GRATUIDADE DE JUSTIÇA. IDOSA. PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. ESTADO DE HIPOSSUFICIÊNCIA COMPROVADO. ESTATUTO DO IDOSO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE**

13 BAUMAN, Zygmunt. (Tradução: Plínio Dentzien). **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 65.

14 SCHOPENHAUER, Arthur. (Tradução: Aurélio de Oliveira). **A Vontade de Amar**. Rio de Janeiro: EDIOURO, 2001, p. 34.

15 SCHOPENHAUER, Arthur. (Tradução: Aurélio de Oliveira). **A Vontade de Amar**. Rio de Janeiro: EDIOURO, 2001, p. 55.

**OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. ESTADO DE MISERABILIDADE COMPROVADA. RECORRENTE IDOSA, COM 83 (OITENTA E TRÊS ANOS DE IDADE), PORTADORA DE CÂNCER, QUE POSSUI APENAS O PROVENTO DO INSS, NO VALOR R\$ 880,00 (OITOCENTOS E OITENTA REAIS), COMO FONTE DE RENDA MENSAL. AGRAVANTE COM RENDA INFERIOR A 10 (DEZ) SALÁRIOS-MÍNIMOS, ESTANDO, DESTE MODO, AMPARADO PELO ESTATUTO DO IDOSO, LEI N º 3.350 DE 1999 (ARTIGO 17, INCISO X), TENDO AINDA FIRMADO DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. ELEMENTOS TRAZIDOS AOS AUTOS QUE PERMITEM CONCLUIR QUE A AGRAVANTE PREENCHE OS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PLEITEADO. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.**

#### DECISÃO MONOCRÁTICA

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por W.B.S. em face de decisão interlocutória (índex 02- Anexo 1) proferida pelo Ilustre Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca da Barra da Tijuca que, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenizatória por danos materiais e morais, autuada sob o nº 0041114-10.2016.8.19.0209, ajuizada em face de UNIMED Do Brasil, UNIMED Rio e UNIMED João Pessoa indeferiu o pedido de gratuidade de justiça, nos seguintes termos:

“A autora se declara solteira e aposentada e declara residência em área nobre da Barra da Tijuca, localização esta que já seria suficiente para afastá-la da condição de miserabilidade exigida para a concessão do benefício que pretende tendo em vista que se trata de padrão

absolutamente incompatível com o esperado daquele que pleiteia gratuidade de justiça. Instada a comprovar sua condição, limitou-se a juntar aos autos comprovante de saque de benefício no valor de R\$ 880,00, entretanto comprova pagar à ré mensalmente R\$ 583,19 pela prestação do serviço. Tais condições acrescentando-se que não há nos autos qualquer declaração de renda ou comprovação de despesas, levam o Juízo a duvidar da incapacidade financeira da autora para arcar com as despesas processuais, considerando que sua condição de vida não a enquadra na situação esperada daquele que pleiteia tal benefício. Por outro lado, não foi aventada a condição de dificuldade temporária ou eventual fragilidade financeira, que permitiria a concessão de outros benefícios que não a gratuidade de justiça, desde que devidamente comprovados, conforme bem disposto no Enunciado nº 27 do FETRJ: Considera-se conforme ao princípio da acessibilidade ao Poder Judiciário (CF/88, art. 5º, XXXV) a possibilidade, ao critério do Juízo em face da prova que ministre a parte autora acerca da possibilidade de recolhimento das custas e a taxa judiciária ao final do processo, ou de recolhimento em parcelas no curso do processo, desde, em ambas as situações, que o faça antes da sentença, como hipótese de singular exceção ao princípio da antecipação das despesas judiciais (CPC, art. 19), incumbindo à serventia do Juízo a fiscalização quanto ao correto recolhimento das respectivas parcelas. (Nova Redação) Assim, indefiro a gratuidade de justiça e determino o recolhimento integral das custas de ingresso no prazo de 15 dias, sob pena de cancelamento da distribuição.”

Pretende a Agravante (índex 02) a concessão da gratuidade de justiça aduzindo que não possui condições de arcar com as despesas processuais, sem prejuízo de seu próprio sustento, uma vez que se trata de pessoa idosa, portadora de câncer, recebendo rendimento mensal inferior a 10 (dez) salários-mínimos, sendo certo que o art. 17, inc. X, da Lei nº

3.350/1998 dispõe que os maiores de 60 (sessenta) anos que recebam até 10 (dez) salários-mínimos, são isentos do pagamento das custas judiciais. Aduz que é isenta do imposto de renda. Afirma ainda que reside com sua filha, que sustenta a casa e um filho sozinha.

É o relatório. Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, dispensada a manifestação dos Agravados, eis que ainda não foram citados, conhecimento do recurso interposto.

Trata-se de agravo de instrumento manejado contra decisão que indeferiu o pedido de gratuidade de justiça formulado pela parte autora, ora Agravante.

Certo é que já foi sedimentado por este Tribunal que, conforme a análise de caso concreto, permite-se que o Magistrado exija a comprovação da parte interessada de que não possui condições de arcar com as custas e honorários advocatícios sem causar prejuízo ao próprio sustento e de sua família.

Nesse sentido dispõe o verbete sumular de nº 39:

“É facultado ao Juiz exigir que a parte comprove a insuficiência de recursos, para obter concessão do benefício da gratuidade de justiça (art. 5º, inciso LXXIV, da CF/88), visto que a afirmação de pobreza apenas goza de presunção relativa de veracidade”.

No caso em exame, o Juízo de 1º grau indeferiu o benefício da gratuidade da justiça por entender que não há nos autos elementos que demonstrem a hipossuficiência da Agravante.

Visto isso, cabe, novamente, ressaltar que a gratuidade de justiça foi apreciada já à luz da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o Novo Códig

o de Processo Civil e que disciplina a matéria em seus artigos 98 a 102, e que revogou parcialmente a Lei nº 1.060/1950.

Dispõe o artigo 98 do Código de Processo Civil de 2015 que:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

O requisito essencial à obtenção da benesse estatal é a situação de hipossuficiência, nos termos do art. 99, § 2º, do CPC/2015, que, *in casu*, restou devidamente comprovada.

Isso porque restou comprovado nos autos que a Recorrente é idosa, possui 83 (oitenta e três anos de idade), portadora de câncer, sendo aposentada pelo INSS, tendo apresentado comprovante de recebimento de benefício previdenciário no valor de um R\$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais) (index 06 – anexo 01), o que, de fato, remete ao estado de hipossuficiência alegado.

Ademais, sendo a Agravante idosa e percebendo proventos inferior a 10 salários mínimos, está isento do pagamento das custas judiciais, na forma do inciso X do Art. 17 – da Lei Estadual nº 3.350/99, com nova redação dada pela Lei nº 6369/2012, *in verbis*:

“São isentos do pagamento de custas: X - Os maiores de 60 (sessenta) anos que recebam até 10 salários-mínimos. (...)”

Vale ressaltar, ainda, a incidência da Portaria nº 94/2013 CGJ, art. 2º, alínea “g”, item 9, considerando o disposto na Lei nº 3350/99, art. 17, inciso X, com nova redação dada pela Lei nº 6.369/12:

“(…) Art. 2º. Esclarecer que: g) São isen-

tos do pagamento de custas: 9. Os maiores de 60 (sessenta) anos que recebam até 10 (dez) salários-mínimos;(..."

Ante o exposto, vota-se no sentido dar provimento ao presente recurso para reformar a decisão agravada e conceder a gratuidade de justiça em favor da Agravante, inclusive, para a apreciação do presente recurso.

Rio de Janeiro, 13 de junho de 2017.

JDS DES. LUIZ ROBERTO AYOUB  
Relator

**IDOSA. AGRESSÃO FÍSICA PERPETRADA PELO PRÓPRIO FILHO. QUESTÕES FINANCEIRAS. VULNERABILIDADE. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.340/2009 POR ANALOGIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA 1ª VARA DA INFÂNCIA, DA JUVENTUDE E DO IDOSO, DA COMARCA DA CAPITAL.**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. VÍTIMA IDOSA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE.** 1. No caso em análise, a ofendida, uma senhora octogenária, foi agredida pelo próprio filho, dentro de sua residência. A violência do filho praticada contra a mãe consistiu em xingamentos, um tapa no rosto e a atitude de jogar a água de um copo no rosto da vítima. O motivo foi a recusa da genitora em dar quantia em espécie ao filho, por não ter recebido o dinheiro referente ao 13º salário. Consta, ainda, no registro de ocorrência, que a vítima é ofendida verbalmente há 06 anos, preferindo se silenciar por pena do filho, mas que com a violência física praticada, optou por representar contra o agressor e requerer medidas protetivas.

2. Em que pese tratar-se de vítima do sexo feminino, a violência contra a agravante não foi decorrente da fragilidade proveniente de gênero, mas sim pelo fato de ser idosa. Portanto, muito embora praticada em âmbito familiar e contra mulher, constata-se que o elemento maior no caso é a idade da vítima, não havendo, por consequência, a elementar violência doméstica contra mulher no caso em apreço, devendo ser fixada a competência não do Juízo comum, e sim do Juízo de Direito da 1ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da Capital, tendo em vista a condição de idosa da ofendida. 3. Não obstante o afastamento da competência do Juizado de Violência Doméstica, se mostra indispensável a tutela jurisdicional para aplicar medidas protetivas e urgência, em virtude da situação de vulnerabilidade evidenciada, sendo imperiosa a necessidade de proteção da vítima, sob pena de incorrer em violação ao princípio da proibição da proteção deficiente. 4. No ponto, verifica-se que o Estatuto do Idoso não previu medida eficaz à presente hipótese para afastar a vítima da situação de vulnerabilidade na qual se encontra, sendo necessária a aplicação por analogia das medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/06. Recurso parcialmente provido para declarar competente o Juízo da 1ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da Capital e aplicar as medidas protetivas de urgência, consistentes em afastamento do lar e proibição de aproximação da ofendida, fixando o limite mínimo de 30 metros de aproximação, nos termos do art. 22, inciso II e III, alínea “a”, da Lei nº 11.340/06.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0001012-88.2016.8.19.0000, em que é Agravante T e Agravado Z, em sessão realizada no dia 02 de agosto de 2016.

Acordam os Desembargadores que com-

põem a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento interposto pela defesa técnica de T contra decisão do d. Juízo do V Juizado e Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Capital que declinou da competência para apreciação do requerimento de concessão de medidas protetivas de urgência, em favor da agravante, para uma das Varas Criminais da Capital, por entender não ser hipótese de violência baseada no gênero, em razão dos envolvidos serem mãe e filho, tendo este último supostamente agredido a ora agravante na casa onde residem.

Aduz a defesa técnica, em síntese, que o agravado é filho da vítima, sendo que a ofendida possui 89 anos de idade e foi agredida por não ter entregado ao agravado a “mesada” referente ao 13º salário, concluindo-se, portanto, que a situação de violência, indubitavelmente ocorreu no âmbito familiar, nos termos dos incisos I, II e III do art. 5º da Lei nº 11.340/06.

Assevera, ainda, que o caso dos autos, evidencia que a relação mantida entre a agravante/mãe e o agravado/filho tem sido permeada há anos por agressões, não se constituindo em fato isolado na vida dos dois, o que demonstra a situação de vulnerabilidade da agravante baseada na diferença de gênero, demandando, assim, o requerimento de medidas protetivas.

Destarte, pugna, liminarmente, a agravante, pelo deferimento da gratuidade de justiça, bem como para que seja concedido suspensivo ao presente recurso. No mérito, busca a reforma da r. decisão agravada, determinando-se o prosseguimento do processo perante o V Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca da Ca-

pital, concedendo-se, *verbis*: “a antecipação de tutela recursal e deferir as medidas protetivas de urgência requeridas com base na Lei Maria da Penha, determinando-se ao agravado a proibição de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando um limite mínimo entre estes e o agressor de 1000 metros; a proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; a retirada do agressor do lar familiar e a proibição de frequentar a residência da comunicante, tudo sob pena diária de R\$ 500,00”.

Decisão no doc. nº 17 indeferindo o pedido liminar.

Instada a se manifestar, a autoridade agravada prestou as informações do doc. nº 34.

Contrarrazões do agravado no doc. nº 40, em prestígio à decisão guerreada.

Parecer da d. Procuradoria de Justiça no documento nº 48, da lavra do Ilustre Procurador de Justiça ANTÔNIO JOSÉ CAMPOS MOREIRA, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Preenchidos todos os requisitos de admissibilidade do recurso, impõe-se o seu conhecimento. No mérito, assiste razão em parte à agravante.

Observa-se do registro de ocorrência em anexo (doc. nº 03 - anexo) que a agravante foi agredida pelo próprio filho, em sua residência, devido a uma discussão motivada por questões financeiras.

A ofendida, uma senhora octogenária, reside em seu próprio apartamento juntamente com os seus dois filhos, um deles, o agravado,

um senhor de mais de sessenta anos de idade. A violência do filho praticada contra a mãe consistiu em xingamentos, um tapa no rosto e a atitude de jogar a água de um copo no rosto da vítima. O motivo foi a recusa da genitora em dar quantia em espécie ao filho, por não ter recebido o dinheiro referente ao 13º salário.

Consta, ainda, no registro de ocorrência, que a vítima vem sendo ofendida verbalmente pelo agravado há 06 anos, preferindo se silenciar por pena do filho, mas que com a violência física praticada, optou por representar contra o agressor e requerer medidas protetivas.

É cediço que a Lei nº 11.340/06 foi criada a fim de possibilitar abordagem especializada aos casos de violência de gênero. Trata-se de ação afirmativa em favor da mulher vítima de violência doméstica e familiar, buscando restabelecer a igualdade material entre os gêneros.

Todavia, não são todos os casos de violência doméstica, isto é, no âmbito familiar ou doméstico que merecem a proteção da referida lei. Há que se apurar o conceito de gênero, para aplicar a lei no caso concreto.

Para dirimir a dúvida acerca do alcance do conceito de violência doméstica contido no art. 5º da Lei 11.340/06, a orientação deste Egrégio Tribunal de Justiça se apresenta no Enunciado nº 253, julgado em 07/11/2011:

“Firma-se a competência do juizado da violência doméstica e familiar contra a mulher, quando a conduta típica é perpetrada em razão do gênero nos termos do artigo 5º e 7º, da Lei nº 11.340/06, não bastando que seja cometida contra pessoa do sexo feminino”.

Nessa linha, consoante oportuna lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “há de se interpretar, restritivamente, a definição de violência doméstica e familiar, sob pena de se

pretender a aplicação da referida agravante a um número exagerado de infrações penais, somente pelo fato de ter sido cometida contra a mulher. (...) Logo, há de se ter prudência na análise da expressão violência doméstica e familiar, verificando-se a situação do agente do crime e da vítima e seus vínculos domésticos ou familiares” (NUCCI, Guilherme de Souza, *in* **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, 4ª ed. - 2009, São Paulo, Ed. RT, p. 1167).

A propósito, confira-se o Informativo de Jurisprudência nº 524 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“DIREITO PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO PENAL REFERENTE A SUPOSTO CRIME DE AMEAÇA PRATICADO POR NORA CONTRA SUA SOGRA.

É do juizado especial criminal - e não do juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher - a competência para processar e julgar ação penal referente a suposto crime de ameaça (art. 147 do CP) praticado por nora contra sua sogra na hipótese em que não estejam presentes os requisitos cumulativos de relação íntima de afeto, motivação de gênero e situação de vulnerabilidade. Isso porque, para a incidência da Lei nº 11.340/2006, exige-se a presença concomitante desses requisitos.

De fato, se assim não fosse, qualquer delito que envolvesse relação entre parentes poderia dar ensejo à aplicação da referida lei. Nesse contexto, deve ser conferida interpretação restritiva ao conceito de violência doméstica e familiar, para que se não inviabilize a aplicação da norma.” (HC nº 175.816-RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgado em 20/06/2013)

Nesse cenário, tendo em vista o tratamento mais rigoroso trazido pela legislação especial, é imperioso que a interpretação seja

restritiva, ou se admitiria que diante qualquer crime entre parentes, em que a vítima fosse do sexo feminino, a incidência da referida lei, inviabilizando-se, inclusive, o funcionamento dos Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Na espécie, em que pese tratar-se de vítima do sexo feminino, a violência contra a agravante não foi decorrente da fragilidade proveniente de gênero, mas sim pelo fato de ser idosa, possuindo à época dos fatos quase noventa anos de idade.

Portanto, muito embora praticada em âmbito familiar e contra mulher, constata-se que o elemento maior no caso é a fragilidade da vítima em razão de sua idade, não havendo, por consequência, a elementar violência doméstica contra mulher no caso em apreço.

Sobre o tema, *verbis*:

“CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. O Juízo de Direito da 1ª Vara da Infância, Juventude e do Idoso da Comarca da Capital suscitou o presente conflito negativo de Jurisdição em face do I Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca da Capital. Os autos originários imputa ao interessado Waldir Araújo, enteado da vítima, pessoa idosa, a conduta delituosa inserta no artigo 96, § 1º, da Lei nº 11.340/06 c/c artigo 147 do Código Penal. O ponto nodal da questão é definir o juízo competente para o processo e julgamento dos autos originários nº 0393394-97.2011.8.19.0001. Alega o Juízo suscitante (Juízo de Direito da 1ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da Capital) que o delito em análise está sob a égide da Lei nº 11.340, cuja competência é do Juizado da Violência doméstica e familiar contra a mulher. O Juízo suscitado (I Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca da Capital), por sua vez,

aduz que o fato de a vítima ser do sexo feminino não teve qualquer influência na conduta do acusado, não se tratando, pois de “violência de gênero, afeta ao I Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca da Capital. Da dinâmica dos fatos extrai-se que o réu teria ameaçado e xingado a vítima, sua “madrasta” e vizinha, pessoa idosa, quando esta se encontrava lavando roupa na varanda da residência dela. A ameaça e o xingamento perpetrados pelo réu contra a vítima foram feitos nos seguintes termos: “sua filha da puta, você tá jogando água na minha casa! Vou te matar e botar fogo na sua casa, sua piranha”. O feito teve início no I Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca da Capital. (Juízo suscitado). (Pasta 00009), que declinou de sua competência para o Juízo de Direito da 1ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da Capital, por entender que os fatos se deram em razão da idade avançada a vítima, não envolvendo violência de gênero. O Juízo de Direito da 1ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da Capital suscitou o presente conflito ao fundamento de que a imputação contida na denúncia estaria sob a égide da Lei nº 11.340. Não assiste razão ao Juízo Suscitante. Embora o suposto delito tenha ocorrido em contexto familiar e doméstico (ameaça e xingamentos entre enteado e “madrasta”, pessoa idosa), não vislumbro a motivação da elementar violência de gênero, apta a atrair a incidência da Lei nº 11.340/06. Para tanto é necessário que a conduta do agressor seja impulsionada por uma relação de dominação contra pessoa do sexo feminino, em razão de sua condição de submissão, vulnerabilidade ou hipossuficiência, decorrentes do fato de ser mulher, verdadeiras hipóteses de violência de gênero, o que não se vê no caso posto em análise. *In casu*, do cotejo dos depoimentos e declarações colhidos em sede extrajudicial, tem-se que a suposta conduta atribuída ao réu foi motivada pelo fato de a vítima ser pessoa idosa, e não por ser mulher.

Nesse contexto, merece destaque o Enunciado nº 07 do Aviso 50, desse Egrégio Tribunal de Justiça, publicado em 16/06/2011 a seguir: “Firme-se a competência do Juizado da violência doméstica e familiar contra a mulher, quando a conduta típica é perpetrada em razão do gênero nos termos do artigo 5º e 7º da Lei nº 11.340/06, não bastando que seja cometida contra pessoa do sexo feminino. “Precedentes dessa Egrégia Câmara”. Improcedência do conflito negativo de jurisdição.

Competência do Juízo suscitante para processar e julgar a ação penal nº 0393394-97.2011.8.19.0001.” (TJ/RJ - Conflito de Jurisdição nº 0051722-83.2014.8.19.0000 - Des. MÁRCIA PERRINI BODART - Sétima Câmara Criminal - Julgado em 07/10/2014)

“Conflito negativo de Jurisdição. Lei Maria da Penha. Crime de Omissão de Socorro a Idoso (artigo 97 da Lei nº 0.741/03), pois supostamente praticado pela filha contra a mãe, esta com 84 anos de idade. A agressão não se deu em razão do gênero, mas sim em virtude da fragilidade da vítima, pessoa idosa. A situação não se encaixa no contexto da Lei nº 11.340/06. Conhecimento do Conflito declarando a competência do I o Juizado Especial Criminal da Capital (juízo suscitante) para o processamento e julgamento da ação.” (TJ/RJ - Conflito de Jurisdição nº 0052640-24.2013.8.19.0000 - Des. ROBERTO TÁVORA - Quarta Câmara Criminal - Julgado em 18/03/2014)

Assim, forçoso o reconhecimento da incompetência do Juizado de Proteção à Mulher e a remessa do processo ao Juízo da 1ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da Capital, tendo em vista a condição de idosa da ofendida.

O recurso merece provimento, entretanto, no ponto em que se pretende a imposição de medidas protetivas em favor da vítima, em situação de vulnerabilidade comprovada nos

autos, com o objetivo de protegê-la, emergencialmente, da situação de perigo em que se encontra.

Com efeito, da documentação acostada extrai-se a imperiosa necessidade de proteção agravante que, vivendo sob o mesmo teto com o seu agressor, vem reiteradamente sofrendo abusos psicológicos e físicos, não obstante sua avançada idade. Em casos tais, a lei processual prevê a prisão do agente como medida destinada à garantia da ordem pública, motivo pelo qual é de se deferir, *a fortiori*, as medidas cautelares alternativas pleiteadas neste recurso, sob pena de incorrer-se em violação ao princípio da proibição da proteção deficiente. Deveras, se ao juiz é conferido o poder de decretar a prisão provisória do acusado, mais ainda lhe é permitida a aplicação de medidas menos gravosas para fazer cessar a situação de risco a que a ofendida está submetida.

Assim, tendo em conta o poder geral de cautela do magistrado e com fulcro no artigo 319, inciso III, do Código de Processo Penal, cumpre estabelecer medidas protetivas em favor da vítima, senhora idosa, em a situação de vulnerabilidade.

Com base no exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, para declarar competente o Juízo da 1ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da Capital e aplicar as medidas protetivas de urgência, consistentes no afastamento do lar e proibição de aproximação da ofendida, fixando o limite mínimo de 30 metros de aproximação, nos termos do art. 22, inciso II e III, alínea “a”, da Lei nº 11.340/06.

Rio de Janeiro, 02 de agosto de 2016.

**DES. SUIMEI MEIRA CAVALIERI**  
Relatora

**IDOSO. SEM DOMICÍLIO FIXO.**

**SEM APOIO FAMILIAR. EXTREMA VULNERABILIDADE. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL EM NITERÓI. ALTA MÉDICA. DEVER DO MUNICÍPIO DE PROVIDENCIAR O ABRIGAMENTO DO IDOSO EM INSTITUIÇÃO FAMILIAR. COMPETÊNCIA PREVISTA NO ESTATUTO DO IDOSO.**

Apelação Cível. Ação de tutela de direito indisponível de idoso. Ação proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro a fim de que o réu, Município de Niterói, providencie o abrigo de idoso em instituição particular. Sentença julgando extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, IV, do NCPC, face à incompetência do Juízo. Fundamento da sentença desafiada de que o idoso nunca teve residência em Niterói e que, antes de ser hospitalizado, vivia na cidade do Rio de Janeiro, possuindo referências familiares na cidade de São Gonçalo. Art. 80, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que prevê a competência do domicílio do idoso para as causas que digam respeito à proteção judicial dos interesses individuais indisponíveis. O Código de Processo Civil dispõe que a residência do idoso determina a competência para as causas previstas no Estatuto do Idoso. Comprovação nos autos, notadamente através de Relatórios Sociais realizados por Assistentes Sociais do Instituto Estadual de Doenças do Tórax Ary Parreiras e também do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, de que a moradia, construída por vizinho do idoso na cidade do Rio de Janeiro para que ele não ficasse sem teto, foi destruída, sem possibilidade de retorno, bem como que o idoso não vivia mais com o irmão em São Gonçalo, não tendo ocorrido nenhum contato por qualquer pessoa da família durante a internação. Aplicação do art. 73, do Código Civil, e art. 46, § 2º, do Código de Processo Civil. No caso de a pessoa natural

não ter residência habitual, seu domicílio será o local onde for encontrado. Como o idoso está internado em instituição em Niterói, competente o Juízo Vara da Infância da Juventude e do Idoso da Comarca de Niterói para a apreciação da presente demanda. Recurso a que se dá provimento determinando o prosseguimento do feito no Douto Juízo *a quo*.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, de Apelação Cível nº 0041658-37.2016.8.19.0002 em que é Apelante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Apelado: Município de Niterói e Interessado Sebastião Mendes da Silva.

Acordam os Desembargadores da Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar provimento ao apelo, nos termos do voto do Relator.

Cuida-se de ação de tutela de direito indisponível de idoso, proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pela salvaguarda dos direitos de Sebastião Mendes da Silva, em face do Município de Niterói, alegando que o Procedimento Administrativo nº 21/16 foi instaurado na Promotoria de Justiça Cível e de Família de Itaboraí, a partir de ofício enviado pela Casa de Oração e Recuperação Lar Irmã Aracy, narrando uma possível situação de risco envolvendo o idoso referido. Diz, resumidamente, que esse idoso foi acolhido na instituição mencionada para tratamento de alcoolismo, após ter permanecido algum tempo nas ruas e que, depois de curado, passou a residir com seu irmão, Luciano, na Comarca de São Gonçalo. Afirma que foi elaborado relatório técnico em São Gonçalo, onde foi declarado que o idoso havia se mudado da residência do irmão por não conseguir se adequar às regras da família, tendo, supostamente, se mudado para o bairro de São Cristóvão, na cidade do Rio de Janeiro. Menciona que, posteriormente,

o Instituto Estadual de Doenças do Tórax Ary Parreiras oficiou ao Ministério Público informando a internação do idoso, em 19 de março de 2015, informando, ainda, que o mesmo não possui vínculos familiares efetivos e nem benefício assistencial ou outro tipo de renda. Acrescenta que o Setor de Assistência Social da Promotoria de Justiça elaborou relatório social sobre o idoso, onde foram reiteradas as informações contidas nos demais documentos constantes nos autos, em relação à ausência de vínculo familiar efetivo e de renda, tendo sido concluído que o idoso se encontra em estado de vulnerabilidade e risco social, sendo que sua permanência em âmbito hospitalar após alta médica pode representar um risco para a sua saúde, indicando como solução para o caso a institucionalização do idoso. Diz que Sebastião realiza as atividades da vida diária sem auxílio que, questionado, aceitou a sua institucionalização em Instituição de Longa Permanência.

A sentença, proferida a f. 175/176, julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, IV, do NCPC, face à ausência de um dos pressupostos processuais para a constituição e desenvolvimento regular e válido da demanda, qual seja, a incompetência do Juízo.

Apelo do autor (f. 177/182) alegando, em suma, que o idoso em questão se encontra em situação de extrema vulnerabilidade; não mantém residência fixa há anos; não tem referências familiares com as quais possa contar e que sequer possui benefício previdenciário para se manter. Acrescenta que “o fato de o mesmo possuir irmão que reside esporadicamente em São Gonçalo, visto que o mesmo informou a f. 61 que passa mais tempo no Estado de Minas Gerais, e que anteriormente o idoso residia no Rio de Janeiro não são passíveis de anular o fato de que o mesmo encontra-se residindo em Niterói.” - F. 180. Diz que se aplica o artigo 73

do Código Civil. Diz que ao não se considerar o local onde encontra-se temporariamente abrigado, qual seja o Hospital Ary Parreiras, como sua residência, estará vilipendiado o seu direito de obter medidas protetivas que lhe garantam uma vida digna.

Parecer da Doutra Procuradoria de Justiça (f. 25/231) manifestando-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

### Voto

Conheço do apelo, eis que presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Conforme se infere das alegações autorais e dos documentos que constam dos autos, Sebastião Mendes da Silva está internado no Instituto Estadual de Doenças do Tórax Ary Parreiras, em Niterói, desde 19 de março de 2015, tendo recebido alta médica em 24 de setembro de 2015 (f. 148).

Busca o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro medida protetiva de abrigamento para que o Município de Niterói providencie a acolhida de Sebastião Mendes da Silva em entidade particular.

Conforme Relatório Social, de f. 50, produzido por Assistente Social da referida instituição de saúde, que ouviu a pessoa que foi responsável pela internação de Sebastião Mendes da Silva, o mesmo fazia uso abusivo de álcool e vivia nas ruas; sendo que o marido dessa pessoa construiu um “barraco” para servir de moradia para Sebastião que, porém, foi derrubado, sem haver condições de retorno para o local. Constou desse Relatório que ele não possui benefício assistencial e que perdeu o vínculo com familiares, não desejando mais o retorno desse vínculo.

Está também comprovado documental-

mente nos autos que, antes da internação de Sebastião Mendes da Silva no Instituto Estadual de Doenças do Tórax Ary Parreiras, ele deu entrada na Casa de Oração e Recuperação Lar Irmã Aracy, em Itaboraí, e que, posteriormente, passou a conviver com seu irmão em São Gonçalo e que, por não ter se adaptado à convivência familiar, voltou a viver na cidade do Rio de Janeiro.

Dito isso, cabível mencionar que o objeto do presente apelo diz respeito somente à questão da competência. O Douto julgador sentenciante entendeu pela incompetência da Vara da Juventude e do Idoso da Comarca de Niterói, ante a argumentação central de que Sebastião nunca residiu em Niterói, eis que vivia, antes de se internar, no Rio de Janeiro e que seu irmão, que o acolheu durante um período, mora em São Gonçalo.

Todavia, a sentença não deve prosperar.

Restou devidamente comprovado nos autos que Sebastião não tem domicílio ou mesmo residência fixa. Tais fatos são corroborados pelo Relatório Social elaborado por Assistente Social, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (f. 166/172). Nesse documento não se deixa dúvida de que Sebastião Mendes da Silva não tem, atualmente, domicílio ou residência. O local onde morou no Rio de Janeiro, como já mencionado, foi destruído e não há mais vínculo com o irmão que mora em São Gonçalo, sem que tenha ocorrido qualquer contato por parte de qualquer familiar seu.

O art. 80, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), prevê o foro do domicílio do idoso para as causas que digam respeito à interesses individuais indisponíveis:

“As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do domicílio do idoso, cujo juízo terá competência absoluta para processar

a causa, ressalvadas as competências da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores.”

O Código de Processo Civil dispõe que a residência do idoso determina a competência para as causas previstas no Estatuto do Idoso, confira-se:

“Art. 53. É competente o foro:

(...)

III - do lugar:

(...)

e) de residência do idoso, para a causa que verse sobre direito previsto no respectivo estatuto;

(...).”

Contudo, como já demonstrado, no caso, o idoso não tem domicílio ou residência. Assim, aplica-se o art. 73, do Código Civil, a saber:

“Ter-se-á por domicílio da pessoa natural, que não tem residência habitual, o lugar onde for encontrada.”

No mesmo sentido o art. 46, § 2º, do CPC, *in verbis*:

“Sendo incerto ou desconhecido o domicílio do réu, ele poderá ser demandado onde for encontrado ou no foro do domicílio do autor.”

Como já mencionado, Sebastião morava no Rio de Janeiro, porém, conforme informado pela pessoa que realizou a sua internação, que era sua vizinha, a moradia foi destruída, sem haver possibilidade de retorno para o local. De acordo com os Relatórios que constam dos autos, o idoso não vive mais com o irmão, não mantendo qualquer vínculo com os seus parentes.

Portanto, diante dessa situação fática - estamos diante de pessoa vulnerável (idoso, sem possibilidade financeira para se sustentar e sem

apoio de familiares e amigos) que, segundo as provas dos autos, não tem moradia - há que se entender que, na ausência de residência habitual, aplica-se o critério legal que determina que o domicílio será o local onde for encontrado.

No caso em tela, o idoso encontra-se internado em hospital localizado em Niterói, portanto, competente o juízo Vara da Infância da Juventude e do Idoso da Comarca de Niterói para a apreciação da presente demanda.

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento recurso, determinando o prosseguimento do feito no Douto Juízo *a quo*.

Rio de Janeiro, 07 de fevereiro de 2017.

**DES. CARLOS JOSÉ MARTINS GOMES**  
Relator

**INDENIZATÓRIA. IDOSO. GRATUIDADE DE ACESSO A TRANSPORTE PÚBLICO. APRESENTAÇÃO DA CARTEIRA DE IDENTIDADE E PROTOCOLO DE 2ª VIA DO RIOCARD. NEGATIVA DE INGRESSO. OFENSAS. DIREITO CONSTITUCIONAL. ESTATUTO DO IDOSO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.**

**Apelação. Ação Indenizatória. Rito Sumário. Pessoa idosa. Negativa de transporte em coletivo da ré com a apresentação da carteira de identidade e protocolo de 2ª via do RioCard. Sentença de Procedência condenando a ré em pagar ao autor R\$ 4.000,00 de danos morais. Apelo da ré requerendo a improcedência dos pedidos ou redução da verba arbitrada a título de indenização. Manutenção da sentença haja vista a conduta abusiva do proponente da ré a qual não se desincumbiu de demonstrar excludente**

**de sua responsabilidade, ônus que lhe cabia. O direito a gratuidade de acesso à transporte público é assegurado constitucionalmente aos idosos e portadores de necessidades especiais. Dano moral configurado ante às palavras proferidas a uma pessoa com idade avançada e valor que atende os parâmetros desta Corte. Recurso a que se conhece e ao qual se nega provimento.**

Examinados e discutidos estes autos, de Apelação Cível nº 0004865-07.2013.8.19.00002, em que é Apelante Auto Viação ABC S.A. e Apelado Geraldo José Vieira da Silva.

Acordam os Julgadores da Vigésima Sexta Câmara Cível/Consumidor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer do recurso e negar provimento ao mesmo, nos termos do voto desta Relatora.

Trata-se de Ação Indenizatória ajuizada por Geraldo José Vieira da Silva em face de Viação ABC Ltda alegando que em 11/01/2013, em São Gonçalo, ao tentar embarcar no ônibus com a apresentação de seu documento de identidade foi recusado pelo motorista que discutiu asperamente e ofendeu-o perante os demais passageiros.

Requer a gratuidade de justiça, a inversão do ônus da prova e reparação dos danos morais a ser arbitrado pelo Juízo.

Decisão deferindo JG, convertendo o rito em Sumário e determinando a emenda à inicial (indexador 28).

Decisão recebendo a emenda e designando audiência de conciliação (indexador 36).

Audiência de Conciliação que restou inviável (indexador 79).

Contestação da ré alegando que o autor entrou no coletivo apenas com a carteira de identidade sendo informado educadamente sobre a apresentação do cartão RioCard, vindo o autor a agredir o seu preposto, que determina a legislação vigente Lei Estadual nº. 4.291/04 ser obrigatório o uso do cartão inteligente desde 12/11/2007, que a simples exigência de um documento ou a constatação da inexistência do direito à gratuidade não é de molde a gerar dano moral, devendo ser indeferido tal pedido (indexador 46).

Decisão deferindo a inversão do ônus da prova (indexador 81).

Decisão deferindo a prova oral consistente no depoimento pessoal do autor e testemunhas arroladas pelas partes, prova documental suplementar e designando AIJ (indexador 87).

Audiência de Instrução e Julgamento que restou infrutífera e foi redesignada ante a ausência de tempo hábil para a intimação das testemunhas (indexador 102).

Audiência de Instrução e Julgamento que restou infrutífera e foi redesignada ante juntada de mandado negativo das testemunhas (indexador 129).

Audiência de Instrução e Julgamento redesignando nova data para que as partes tragam as testemunhas independente de intimação sob pena de perda da prova (indexador 169).

Audiência de Instrução e Julgamento (indexador 177) em que foi colhido o depoimento pessoal do autor e ouvidas duas testemunhas, redesignando nova audiência para oitiva da testemunha da ré cujo depoimento pessoal do autor conforme segue:

“que o Autor possui o RioCard, mas na data dos fatos havia perdido o mesmo que já ti-

na o protocolo de solicitação da segunda via; que queria mostrar para o motorista da empresa ré que no dia seguinte iria pegar a segunda via do RioCard; que o Autor estava com o seu documento de identidade; que o motorista da ré não quis ver o documento de identidade do Autor, embora o Autor quisesse mostrá-lo; que o motorista não abriu a porta do coletivo e o Autor não pode ingressar no ônibus; que o Autor acabou não viajando no coletivo; que não se recorda o dia exato em que isso ocorreu, mas se lembra de ser um dia útil; que os fatos ocorreram entre 10:30 e 11:00 horas; que o Autor estava vindo da casa da sua filha, retornando para sua residência em Niterói; que a linha era a 401, ABC Luiz Caçador; que a entrada dos passageiros se dá pela porta traseira, diferente da entrada dos portadores do RioCard que ocorre pela porta dianteira; que a roleta para os portadores de RioCard, no caso específico do coletivo mencionado na inicial, ficava na parte da frente do veículo; que não conhecia o motorista da ré antes do evento. Nada mais havendo, foi encerrado este termo.”

Testemunha da parte autora:

“o depoente estava no ponto de ônibus no momento do evento narrado na inicial; que o depoente viu o Autor mostrando a carteira de identidade e um papel, tentando ingressar no coletivo da Ré e o motorista dizendo que não; que por fim o motorista não deixou o Autor embarcar no ônibus e foi embora; que não se lembra de ter visto o motorista da Ré tratando o Autor; que se recorda que o Autor mostrava a carteira de identidade e o papel e o motorista fazia um sinal com a mão para que o Autor fosse embora.

Dada a palavra ao patrono da parte autora, foi perguntado e respondido que: o fato ocorreu em janeiro de 2013; que o fato ocorreu em um dia de semana; que no ponto havia cinco pessoas no momento do evento; que o ônibus não estava cheio; que o depoente se re-

corda de ter visto pessoas sentadas e não havia passageiros de pé; que o Autor ficou nervoso e o depoente achou que ele fosse passar mal em virtude de sua idade; que o Autor perguntou ao depoente e a outra pessoa se poderiam ser testemunhas dele; que o depoente forneceu ao Autor o seu número de telefone; que se recorda que o Autor disse ser doente, mas não sabe dizer qual a enfermidade.

Dada a palavra ao patrono da parte ré, foi perguntado e respondido que: o ponto de ônibus fica em Nova Cidade, próximo à entrada de Itaúna; que não se recorda do motorista do coletivo; que não se recorda se o coletivo tinha duas portas; que não se recorda onde estava situada a roleta do ônibus; que a porta estava fechada; que o depoente não soube o que seria o papel que o Autor apresentava; que o depoente imaginava que fosse alguma coisa sobre a doença da qual o Autor dizia sofrer. Nada mais havendo foi encerrado este termo.”

Decisão homologando a desistência de oitiva de testemunha pela ré e para as partes apresentarem memoriais(indexador 186).

Sentença proferida nos termos que segue (indexador 282):

“Todos sabemos que o direito à gratuidade de acesso a transporte público é assegurado constitucionalmente aos idosos e aos portadores de necessidades especiais. A concessionária de serviço público tem o dever de desempenhar suas atividades de forma adequada e eficiente, como previsto no art. 22 da Lei nº 8.078/99.

Em seu depoimento pessoal (f.180), o Autor disse que havia perdido seu RioCard e estava com o protocolo de solicitação de segunda via, que estava tentando mostrar ao motorista da Ré juntamente com sua carteira de identidade, quando foi impedido de ingressar no coletivo.

A testemunha Arthur Jorge dos Santos Costa (f.181), devidamente compromissada,

afirmou ter visto o Autor no ponto do ônibus mostrando sua carteira de identidade e um papel ao motorista, tentando ingressar no coletivo e o motorista dizendo não; que por fim o motorista não deixou o Autor embarcar no ônibus e foi embora. Disse, ainda, que achou que o Autor fosse passar mal em virtude sua idade. A meu sentir, é cristalina a falha na prestação do serviço por parte da Ré que não se mostrou eficiente, aplicando-se à hipótese a teoria do risco do empreendimento, tendo em vista não haver nos autos qualquer comprovação da ocorrência de quaisquer excludentes de responsabilidade, como previsto no parágrafo 3º, incisos I e II, do art. 14 da Lei nº 8.078/99.”

Ensina o Desembargador SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

“Há transporte aparentemente gratuito quando o transportador tem algum interesse patrimonial no transporte, ainda que indireto, como ocorre por exemplo, (...) quando o preço do transporte, tido como gratuito, está embutido no valor global da tarifa, ou nos benefícios recebidos, pela empresa transportadora, do Poder Público concedente. (...) A toda evidencia esse transporte não é gratuito, porquanto tem seu custo incluído no valor global da tarifa e repassado aos demais usuários do serviço. (...) No transporte aparentemente gratuito em nada se modifica a responsabilidade do transportador.” (**Programa de Responsabilidade Civil**, p. 334, Editora Malheiros. 6ª Edição. 3ª Tiragem. 2006).

Logo, a responsabilidade da Ré no caso é objetiva a teor do artigo 14 combinado com o artigo 22 ambos da já mencionada Lei nº 8.078/90, que não restou afastada por qualquer excludente.

O *quantum* indenizatório, contudo, deve ser apreciado à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de se evitar o enriquecimento ilícito de uma parte, em detrimento da outra.

Por outro lado, porém, deve a indeniza-

ção ser de tal monta a representar, para o causador do dano, também uma sanção, com o escopo de evitar que o mesmo volte a praticar atos semelhantes, causando novos danos a outras pessoas.

À vista do exposto, e tudo ponderado, julgo procedente o pedido, condenando a Ré a pagar ao Autor a quantia de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), pelos danos morais sofridos com o evento, valor que deverá ser corrigido monetariamente a partir da data da citação e acrescido dos juros legais de 1% ao mês a contar da data desta sentença.

Por fim, condeno a Ré ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. P.R.I.”

Apelação da ré alegando que não houve conduta ilícita praticada em razão da suposta negativa de acesso do autor no coletivo, que o RioCard é documento obrigatório para que possa ser transportado, que agiu no exercício regular de um direito, e que a negativa de transporte em razão do não reconhecimento da gratuidade não é apto a causar dano moral eis que esta conduta não ofende, *per si*, a integridade física ou a honra do passageiro. Requer a improcedência dos pedidos ou redução do dano moral (indexador 298).

Contrarrazões prestigiando a sentença proferida (indexador 327).

### VOTO

Conheço do recurso interposto, porquanto preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal.

A hipótese se enquadra no conceito de relação de consumo regulada pela Lei nº 8.078/90, norma de ordem pública, cogente e de interesse social, sendo a Ré fornecedora de serviços e o Autor, consumidor, na forma da

legislação consumerista.

A responsabilidade da fornecedora de serviços é objetiva, portanto, independe de culpa, nos termos do art. 14 do CDC e só pode ser afastada se demonstrada a existência de uma das causas excludentes previstas no § 3º do citado artigo.

Cinge-se a controvérsia na negativa do preposto da ré em deixar o autor entrar no coletivo com a carteira de identidade e protocolo de 2ª via do RioCard dirigindo-lhe palavras de ofensa e o dano moral daí advindo.

A parte ré, por sua vez, não nega que a parte autora foi impedida de ingressar no ônibus, em virtude de não estar portando o RioCard, limitando-se a alegar o cumprimento da Lei nº 4291/2004, mas que o autor foi tratado com apreço.

A Constituição Federal, em seu artigo 230, § 2º, assim dispõe:

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Observa-se que o dispositivo constitucional, norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não faz qualquer limitação ou impõe condição ou restrição ao direito de gratuidade nos transportes coletivos urbanos aos idosos.

Ademais, o art. 39, §1º do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), reforçou tal orien-

tação ao dispor:

Art. 39. Aos maiores de 65 anos (sessenta e cinco anos) fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares. §1º. Para ter acesso à gratuidade, basta que o idoso apresente qualquer documento pessoal que faça prova da sua idade.

O mencionado dispositivo legal foi considerado constitucional por Acórdão proferido pelo Tribunal Pleno do Colendo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.768-4:

“ADI 3768 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 19/09/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação Ementa EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39 DA LEI Nº 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE ASSEGURA GRATUIDADE DOS TRANSPORTES PÚBLICOS URBANOS E SEMI-URBANOS AOS QUE TÊM MAIS DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. NORMA LEGAL QUE REPETE A NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DO DIREITO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O art. 39 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada

improcedente.”

Constata-se dos autos que deferida a inversão do ônus da prova, cabia à ré demonstrar a configuração de qualquer das excludentes de responsabilidade, ônus de que não se desincumbiu. Cabia à concessionária ré o encargo de provar a inexistência do defeito da prestação do serviço ou o fato exclusivo do consumidor ou de terceiro, mas não o fez.

No caso, restou incontroverso o fato de o autor ser beneficiário da gratuidade do transporte coletivo e que foi impedido pelo preposto da empresa ré de embarcar em seu coletivo, passando vexame por tal situação.

O dano moral pressupõe a existência de dor, vexame, sofrimento ou humilhação que interfira no comportamento psicológico causando angústia e desequilíbrio ao indivíduo.

O fato como descrito na inicial e demonstrado nos termos dos depoimentos em audiência, a toda evidência, acarretou danos morais ao autor, passíveis de reparação econômica.

A fixação do *quantum* a título de indenização fica ao prudente arbítrio do Juiz que terá por base critérios tais como situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa.

O montante fixado a título de reparação por danos morais está dentro dos padrões de razoabilidade, portanto, não merece qualquer reparo a sentença.

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONCESSIONÁRIA DE TRANSPORTE PÚBLICO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. GRATUIDADE AO IDOSO. LIMITAÇÃO LEI MUNICIPAL. COLETIVOS

GONÇALVES DE OLIVEIRA

Relatora

CONVENCIONAIS. ABUSIVIDADE DA CONDUITA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. A relação jurídica em exame é regida não só pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, mas também por aquelas que regulam o contrato de transporte, visto que aperfeiçoado quando se estabeleceu a obrigação de transportar o autor de um lugar a outro, mediante retribuição. A norma do art. 14 do CDC, calcada na teoria do risco da atividade, consagra a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços pelo defeito na prestação do serviço prestado, atribuindo-se ao fornecedor o dever de ressarcir os danos provocados por atividades exercidas no seu interesse e sob seu controle, sem que se proceda qualquer indagação acerca da culpa ou elemento subjetivo da conduta do agente ou de seu preposto, bastando a relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a situação de risco criada pela atividade. Cabia à ré demonstrar a configuração de qualquer das excludentes de responsabilidade, ônus de que não se desincumbiu. O direito à gratuidade de acesso a transporte público é assegurado constitucionalmente aos idosos e aos portadores de necessidades especiais. Recusa injustificada do preposto da ré. Dano moral configurado. Quantia indenizatória arbitrada em R\$ 6.000,00 está em consonância com a razoabilidade e a proporcionalidade. Manutenção da sentença na íntegra. Precedentes do TJRJ. Aplicação do art. 557, *caput*, do CPC. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO (1662113- 24.2011.8.19.0004 – APELAÇÃO - DES. MARIA LUIZA CARVALHO - Julgamento: 29/04/2015 - Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor).

Por tais fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo-se a sentença tal qual proferida, nos termos do voto desta Relatora.

Rio de Janeiro, 17 de março de 2016.

DES. NATACHA NASCIMENTO GOMES TOSTES

**LATROCÍNIO E CORRUPÇÃO DE MENORES. IDOSO QUE REAGE A ASSALTO. EMPREGO DE VIOLÊNCIA. GOLPES DE FACÃO. PROVAS SUFICIENTES. DESPROVIMENTO DO RECURSO.**

**APELAÇÃO CRIMINAL. LATROCÍNIO E CORRUPÇÃO DE MENORES, EM CONCURSO MATERIAL (ART. 157, §§ 1.º E 3.º, PARTE FINAL, DO CÓDIGO PENAL E ART. 244-B DA LEI N.º 8.069/90, NA FORMA DO ART. 69 DO CÓDIGO PENAL). APELANTE QUE, EM COMUNHÃO DE DESÍGNIOS E AÇÕES COM O MENOR INFRATOR CORREPRESENTADO, SUBTRAIU, PARA SI OU PARA OUTREM A QUANTIA DE R\$ 100,00 (CEM REAIS), EM ESPÉCIE, PERTENCENTE À VÍTIMA, IDOSO CONTANDO 83 ANOS DE IDADE, SENDO QUE, NO INTUITO DE GARANTIR A IMPUNIDADE DA SUBTRAÇÃO E A DETENÇÃO DA RES FURTIVA - UMA VEZ QUE O OFENDIDO ACORDOU COM O BARULHO EFETUADO PELOS INFRATORES E PASSOU A BRADAR “LADRÃO! LADRÃO!”, EMPREGOU VIOLÊNCIA CONSISTENTE EM DESFERIR DIVERSOS GOLPES DE FACÃO (OBJETO QUE SE ENCONTRAVA AO LADO DA CAMADA VÍTIMA) NA CABEÇA, NOS BRAÇOS E NAS PERNAS DO IDOSO, ENSEJANDO-LHE DIVERSAS LESÕES, AS QUAIS, POR SUA NATUREZA E SEDE, CONSTITUÍRAM A CAUSA EFICIENTE DE SUA MORTE. PRETENSÃO DEFENSIVA À ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA QUE SE NEGA, ESPECIALMENTE PELO RELATO DETALHADO DO MENOR EULÁLIO, EM SEDE POLICIAL E EM JUÍZO, COERENTE E CONVERGENTE COM OS**

**DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS I, MÃE DO MENOR, E DO POLICIAL R., O QUE NÃO FOI MINIMAMENTE CONTRARIADO EM RAZÃO DA OPÇÃO DE PERMANECER EM SILÊNCIO MANIFESTADA PELO ACUSADO, SEQUER NARRANDO SUA VERSÃO SOBRE OS FATOS, RESTANDO INDUVIDOSOS A AUTORIA E OS CRIMES. DESINFLUENTE, POR OUTRA, QUE JÁ ESTIVESSE O MENOR ENVOLVIDO COM A CRIMINALIDADE, BASTANDO A SUA PRESENÇA NA COMPANHIA DO ACUSADO NO MOMENTO DA PRÁTICA DOS DELITOS PARA SUA CONFIGURAÇÃO. SÚMULA Nº 500 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À NORMA CONSTITUCIONAL OU INFRA-CONSTITUCIONAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação criminal n.º 0000224-58.2016.8.19.0070, em que é Apelante Lenildo de Souza dos Santos e Apelado Ministério Público.

Acordam os Desembargadores componentes da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Lenildo de Souza dos Santos foi denunciado e condenado (f. 229/235) como incurso nas sanções do art. 157, §§ 1.º e 3.º, parte final, do Código Penal e do art. 244-B da Lei n.º 8.069/90, na forma do art. 69 do Código Penal, pelos fatos constantes da denúncia de f. 02A/02C, às seguintes penas:

- crime de latrocínio - 22 anos de reclusão e 44 dias-multa;
- crime de corrupção de menores - 01 ano de reclusão;
- total - 23 anos de reclusão, em regime

fechado, e 44 dias-multa, no valor mínimo legal.

O réu apelou, por meio da Defensoria Pública (f. 250 e 254/268), pretendendo a absolvição, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, alegando insuficiência probatória quanto à autoria delitiva.

Sustenta a defesa, em síntese, que não pode haver condenação sem a certeza absoluta da prática da infração penal; que o depoimento prestado pelo adolescente correpresentado é o único, e fragilíssimo, elemento dos autos que aponta o apelante como coautor do crime de latrocínio; que o laudo pericial nada fala sobre a presença de duas pessoas no momento do delito; que o correpresentado é quem tinha oportunidade e motivo para a prática do crime; e que, em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, o réu deve ser absolvido dos delitos que lhe foram imputados na denúncia.

Prequestiona matéria constitucional e infraconstitucional para fins de eventual interposição de recursos excepcionais aos Tribunais Superiores, indicando os dispositivos legais que entende violados.

Contrarrazões do Ministério Público (f. 270/277) prestigiando a sentença apelada.

Parecer da Procuradoria de Justiça (f. 369/379) pelo desprovimento do recurso.

#### VOTO

A sentença apelada deve ser mantida, na medida em que se encontra em consonância com os elementos probatórios constantes nos autos, assim como com o ordenamento jurídico vigente.

Narra a denúncia que, no dia 13/12/2015, por volta da meia-noite, numa propriedade ru-

ral situada na Rua das Mangueiras, s/n.º, Quatro Bocas (residência da vítima), São Francisco do Itabapoana/RJ, o ora apelante, com vontade livre e consciente, em comunhão de desígnios e ações com o adolescente E.A.C., subtraiu, para si ou para outrem a quantia de R\$ 100,00 (cem reais), em espécie, pertencente ao Sr. Lenilson Moreira de Azevedo, idoso contando 83 anos de idade.

No intuito de garantir a impunidade da subtração e a detenção da *res furtiva* para si - uma vez que o ofendido acordou com o barulho efetuado pelos infratores e passou a bradar “ladrão! ladrão!”, empregou violência consistente em desferir diversos golpes de facão (objeto que se encontrava na cabeceira da cama da vítima) na cabeça, nos braços e nas pernas do idoso, ensejando-lhe as lesões descritas no laudo de exame cadavérico, as quais, por sua natureza e sede, constituíram a causa eficiente de sua morte.

Poucos minutos antes, em via pública próxima à residência da vítima, o ora apelante, com vontade livre e consciente, corrompeu ou facilitou a corrupção do menor supracitado, com ele praticando a infração penal já descrita ou induzindo-o a praticá-la.

Ao contrário do que alega a defesa, a autoria e os crimes restaram devidamente comprovados pelo Registro de Ocorrência e Aditamentos (f. 03/04 e 61/74), Auto de Apreensão (f. 12), Laudo de exame cadavérico e esquema de lesões (f. 47/49), Laudo pericial de local (f. 59/60), além da prova oral colhida.

Ao depor em Juízo, o menor correpresentado E.A.C. declarou que: “(...) o acusado foi o mentor intelectual do crime praticado em associação com o mesmo. (...) que tinha um relacionamento amoroso às escondidas com o acusado Lenildo e que no dia dos fatos beberam juntos vinho e cachaça, tendo o acusado

ingerido, ainda, algum tipo de droga. (...) que Lenildo sabia o dia em que a vítima recebia dinheiro, sendo certo que no dia do homicídio obrigou-o a ir ao local para roubar a vítima. (...) que lá chegando o acusado teria arrombado uma janela tendo o depoente e o acusado adentrado na residência da vítima que estava dormindo. (...) que estavam procurando a carteira da vítima quando esta acordou com o barulho e gritou “ladrão”, momento em que o acusado pegou o facão da vítima que estava na beira da cama e desferiu o primeiro golpe na cabeça da vítima, obrigando o depoente a dar uma facada no pescoço da vítima. (...) que a carteira da vítima foi encontrada debaixo da cama pelo acusado, com a quantia de R\$100,00 em seu interior, tendo o acusado fugido com a mesma. (...) que somente contou o ocorrido a sua mãe porque ficou com medo que a família da vítima o matasse, sendo certo que o acusado e seu pai queriam que o depoente confessasse que praticara o crime sozinho.” (f. 231).

Não diverge o depoimento do PM R.: “(...)que estava em patrulhamento de rotina na localidade de Praça João Pessoa, quando a sua viatura foi chamada ao DPO para registrar a ocorrência de um cidadão, cujo nome não se recorda, mas sabe dizer se tratar do irmão de E., que narrou aos milicianos que ficou sabendo através de sua mãe I., que seu irmão E. tinha participado no homicídio de Lenilson na localidade de Quatro Bocas, juntamente com o acusado. Narra, por fim, que procedeu até a casa do acusado, onde foi atendido pelo pai do mesmo que informou os dados de qualificação de seu filho Lenildo, informando também que o mesmo tinha sido vítima de uma tentativa de homicídio e que estaria internado no Hospital Ferreira Machado em Campos dos Goytacazes.” (f. 231).

A mãe do menor infrator, I., confirmou que ficou sabendo da participação de seu filho na empreitada criminosa somente cerca de um

mês depois do homicídio, ao notar a mudança no comportamento do mesmo e resolver pressionar seu filho sobre o motivo do mesmo andar chorando pela casa, momento em que o mesmo confessou a prática do delito em conjunto com o acusado Lenildo. Disse que no dia dos fatos o seu filho E., ao chegar em casa, não estava com as roupas sujas de sangue (f. 231/232).

O réu, por sua vez, ao ser interrogado em Juízo, reservou-se o direito de permanecer em silêncio, deixando escapar a oportunidade de apresentar provas capazes de atestar sua inocência.

Constata-se, assim, de maneira inequívoca, que o ora apelante foi o autor do crime roubo, juntamente com o adolescente E., sendo certo que para efetuar a subtração desferiu golpe de facão na cabeça da vítima e outras partes de seu corpo, ocasionando o óbito da mesma.

Demais disso, os acusados tiveram intenção de matar a vítima, eis que mesmo depois de a esfaquearem, continuaram com seu objetivo, levando os R\$ 100,00 em espécie, pertencente àquela.

Quanto ao crime de corrupção de menores, desinfluyente que E. já estivesse envolvido com a criminalidade, bastando a sua presença na companhia do acusado no momento da prática do delito para sua configuração, razão pela qual deve ser mantida a condenação do apelante também pelo crime de corrupção de menores.

Nesse passo cumpre consignar que a discussão sobre o tema já se encontra superada com a edição da Súmula nº 500 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe: “A configuração do crime previsto no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente independente da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal.”.

Embora não questionados, a pena e o regime prisional se mostram devidamente justificados e fundamentados, por isso mantidos.

No que concerne ao prequestionamento da matéria, deve ser consignado que não houve qualquer violação à norma constitucional ou infraconstitucional.

O parecer do ilustre Procurador de Justiça, Dr. RICARDO RIBEIRO MARTINS, sustenta o sentido do desprovimento do recurso, o que deve ser acolhido, ante os fundamentos acima expostos.

Por tais motivos, nega-se provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 09 de maio de 2017.

**DES. FRANCISCO JOSÉ DE ASEVEDO**  
Relator

**MEDIDA PROTETIVA. AFASTAMENTO DE FILHA MAIOR DA RESIDÊNCIA E DA GENITORA. MÃE IDOSA. VIOLÊNCIA FÍSICA E PSICOLÓGICA. ESTATUTO DO IDOSO. MEDIDA NECESSÁRIA PARA PRESERVAÇÃO DA SAÚDE FÍSICA E MENTAL. PROTEÇÃO DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RISCO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA PROTETIVA. AFASTAMENTO DA RESIDÊNCIA E MANUTENÇÃO DE DISTÂNCIA DA GENITORA.**

**Deferimento de Tutela de Urgência determinando o afastamento de filha maior do imóvel onde residia com sua mãe, devendo manter a distância de 1000 (mil) metros de sua genitora.**

**Medidas protetivas que não se restrin-**

gem às elencadas no artigo 45 do Estatuto do Idoso.

**Possibilidade de decretação de medida de afastamento da residência e da genitora. Idosa em aparente situação de violência psicológica e física.**

**Vulnerabilidade demonstrada pela fragilidade demonstrada pela idosa, no que se refere ao trato com sua filha.**

**Presença dos requisitos previstos no artigo 300 do CPC para a concessão da tutela de urgência. Probabilidade do direito evidenciada, bem como a possibilidade de dano de difícil reparação, para a parte Agravada, com a possibilidade de escalada das agressões.**

**Relatório Psicológico e Estudo social que atestam a existência de intenso desentendimento e agressões no relacionamento entre mãe e filha e apontam a separação entre as partes como medida necessária para preservar a saúde física e mental da idosa.**

**Concessão da tutela que não se revela contrária à lei ou à prova dos autos. (Súmula nº 59 do TJRJ).**

**Manutenção da decisão agravada.**

**Recurso conhecido e desprovido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0013583-57.2017.8.19.0000, em que é Agravante R.F.S. e Agravada M.F.S.F.

Acordam, por unanimidade, os Desembargadores que integram a 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em negar provimento ao Agravo nos termos do Voto do Relator.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por R.F.S. contra a decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Infância, Juventude e Idoso da Comarca da Capital, na Medida Protetiva proposta por M.F.S.F., ora Agravada, em face da Agravante, que deferiu a Tutela de Urgência

É o teor da decisão agravada:

“Diante do parecer ministerial de f. 72, bem como da verificação de existência dos requisitos ensejadores da tutela de urgência (*Fumus Boni Juris* e *Periculum in Mora*), defiro a tutela de urgência e determino que a Requerida desocupe o imóvel imediatamente, mantendo-se distante de sua genitora por mil metros. A requerida deverá se abster de comparecer na residência de sua genitora. À parte autora, através da Defensoria Pública, em réplica, devendo se manifestar, inclusive, sobre as preliminares suscitadas. Tudo cumprido, abra-se vista ao Ministério Público”.

Em suas razões, aduz a agravante que deve ser concedido o efeito suspensivo, uma vez que os fundamentos do recurso são relevantes e há possibilidade de lesão, de dano irreparável para a agravante, sendo que a não concessão do efeito impedirá que eventual resultado favorável do recurso possa ser concretizado, uma vez que foi determinado o seu afastamento do lar, devendo manter-se distante de sua genitora por mil metros.

Aduz a recorrente que não tem condições financeiras de se mudar, no momento, pois iniciou um trabalho como recepcionista, estando em período de experiência.

Assevera que não é verdade que tenha praticado qualquer tipo de agressão nem ameaça contra idosa, não sendo verdadeiros os fatos narrados na inicial, sendo que os estudos psicológicos foram realizados somente com a oitiva da agravada, em afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Sustenta a agravante que a decisão agravada deve ser reformada, viabilizando seu retorno ao lar, pois está morando de favor em casa de amigos, sem paradeiro certo, sofrendo muito com toda a situação.

Prossegue afirmando que a decisão agravada foi proferida nos autos de Medida Protetiva ajuizada pela idosa, sob a alegação de que a agravada, sua filha, estaria proferindo ofensas pessoais e depredando o apartamento e móveis da residência, o que não ocorreu.

Pondera que não há no ordenamento jurídico a previsão de afastamento compulsório de filho de seu próprio lar, sem contraditório e sem ampla defesa, sendo certo que ninguém pode ser compelido a se retirar de sua própria residência contra a vontade, em procedimento anômalo de aplicação de Medidas Protetivas ao Idoso, sendo pedido juridicamente impossível.

Afirma a Agravante que as Medidas Protetivas ao Idoso possuem requisitos específicos, previstos na Lei nº 10.741/2003, que não se vislumbram na hipótese dos autos, pois estas se voltam aos idosos em situação de vulnerabilidade que tenham seus direitos ameaçados, em razão da sua condição de pessoa idosa, o que não restou demonstrado.

Alega que as medidas de proteção aplicáveis são taxativas, elencadas no artigo 45 da Lei nº 10.741/2003, pelo que impossível a inovação pretendida, de pleitear que a filha seja afastada de sua própria residência, de forma compulsória, e mantenha distância de 1000 metros de sua mãe.

Afirma que ausentes os pressupostos específicos de constituição de desenvolvimento válido e regular do processo, além de não se vislumbrar a possibilidade jurídica, o processo deve ser extinto, sem julgamento do mérito.

Ressalta a recorrente que, como regra geral, a outra parte deve ser ouvida antes da concessão da tutela, sendo que, na hipótese, não há qualquer comprovação dos fatos alegados, do risco de dano para a agravada, mas sim para a

agravante, com o seu afastamento de sua casa, pelo que deve ser revogada a tutela provisória.

Relata a Agravante que reside com sua mãe, no endereço da inicial, desde 2005, sendo que cada uma tem seu quarto com os seus pertences pessoais.

Sustenta a recorrente que nunca falou mal de sua mãe ou teve com a mesma mais do que discussões cotidianas, nunca tendo praticado contra ela qualquer abuso físico ou psicológico, não tendo quebrado nenhum de seus objetos pessoais e nem destruído a porta de seu quarto. Na verdade, sua mãe, ora agravada, é que tem problemas psicológicos, se recusando a fazer tratamento, e apresenta comportamento agressivo, sendo que alguns vizinhos registraram boletim de ocorrência contra a mesma em razão de seu comportamento.

Assevera que os fatos alegados não são verídicos e que não estão presentes os requisitos ensejadores de seu afastamento do lar, sendo que quando a Assistente Social compareceu na sua residência, esta não se identificou, motivo pelo qual a agravante não permitiu seu ingresso.

Prossegue relatando que, no dia 05/02/2016, foi informada pelas redes sociais que havia um incêndio em sua casa e, ao chegar em casa, descobriu que o incêndio já havia sido apagado, mas que tinha perdido todos os documentos e roupas. Após o fato, as duas fizeram o registro do ocorrido na 26ª Delegacia de Polícia e a agravada não retornou mais para casa, não sabendo a agravante o seu paradeiro, estando o imóvel temporariamente interditado.

Reitera que está vivendo de favor na casa de amigos e que inexistem os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pelo que deve ser revogada a decisão, uma vez

que não praticou nenhuma violência ou ameaça e não representa qualquer perigo à idosa.

Requer, assim, que seja concedido efeito suspensivo à decisão agravada, autorizando o retorno da agravante a seu lar; que o feito seja extinto sem julgamento do mérito, diante da ausência de condições da ação e pressupostos processuais e que, caso não seja este o entendimento, que a decisão seja reformada, revogando-se a tutela provisória que determinou o afastamento da agravante de seu lar e a manutenção da distância de mil metros de sua genitora.

A decisão de f. 211 e, indeferindo o efeito suspensivo, uma vez que a residência é somente da genitora e os relatórios das assistentes sociais indicam que esta vem sofrendo abuso psicológico e físico, por parte da filha maior, de 34 anos, ora agravante.

Ciência da Defensoria a f. 24e.

Contrarrazões a f. 26e/27e, pela manutenção da decisão agravada.

Parecer da d. Procuradoria a f. 29e/33e, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

### Voto

O recurso merece ser conhecido, eis que preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Não assiste razão à agravante.

Impõe-se observar que ao Juízo *ad quem* é vedado aferir a matéria de fundo, o mérito da causa trazido pela agravante, sob pena de violar o direito fundamental das partes ao duplo grau de jurisdição, um dos desdobramentos do devido processo legal.

A questão controvertida cinge-se à verificação da presença, ou não, dos requisitos ensejadores da concessão da medida pleiteada.

O novo Código de Processo Civil estabelece os requisitos para a concessão da Tutela provisória de Urgência em seu artigo 300, *in verbis*:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

O Magistrado *a quo* fundou a decisão de afastamento da agravante da residência e determinação de que esta mantenha a distância de 1000 (mil) metros de sua mãe, no Relatório Psicológico e no Estudo Social, bem como na manifestação do Ministério Público.

O Relatório psicológico feito pela Psicóloga/Perita Judicial Helena Maria de Assis (f.19/22 do Anexo), informou que a idosa se mostra cansada e acuada com as atitudes hostis da filha para com ela e com uma série de destruições de objetos e agressões, que caracterizam violência doméstica, conforme trechos abaixo destacados:

“[...]

A Sra. M.F., 70 anos, natural de João Pessoa/PB, solteira, aposentada, ainda trabalha, cobrindo as férias de funcionários na mesma empresa onde trabalhou – Sindicato dos Estatísticos. Reside há 12 anos em casa própria, no Méier – sala, 2 quartos pequenos – financiada pela Caixa Econômica Federal e recebe aposentadoria, cujo valor é de R\$ 3.800,00 (três mil e oitocentos reais) / mês. A amiga, Sra. S., que esteve durante toda a entrevista, informando detalhes e se posicionando sobre o caso da Sra. M.F., disse que a casa da amiga está em condições precárias de habitabilidade, pois se encontra destruída pelos atos agressivos da filha, R.; que ela quase não frequenta mais a casa para não se aborrecer, pois a amizade entre ambas já é de longa data e ela não suporta mais testemunhar as hostilidades dirigidas da filha à mãe, diariamente.

Sua filha, R.F.S., 34 anos, também solteira, reside com ela, não exercendo qualquer atividade laborativa. Segundo a idosa, R. fez cursos universitários de Turismo e Administração, estando este último inconcluso, por tê-lo abandonado. Contudo, a Sra. M.F. continua a pagar o FIES e também paga plano de saúde da filha, que se mostra muito agressiva com ela, gratuitamente.

A Sra. M.F. tem uma vida independente; cuida de si o tempo todo, sai sozinha, vai ao banco, ao supermercado, sem contar com a ajuda da filha. E evangélica – pratica a religião Adventista do Sétimo Dia – mas se mostra cansada e acuada diante das atitudes hostis da filha para com ela. Relata uma série de atos que R. já fez e continua a fazer dentro de casa, caracterizados como de violência doméstica. Trouxe um caderno, no qual estão registrados os prejuízos materiais provocados pelos atos agressivos da filha. [...]

[...]

A agressividade de R., segundo a mãe, teve início quando a filha tinha uns 20 anos.

Após ter feito um curso de Modelo, fez alguns desfiles, porém, ao não ser aprovada em algumas provas, sentindo-se frustrada, começou a responsabilizar a mãe pelas imperfeições físicas que a levaram ao insucesso, gerando conflitos que se seguiram até hoje.

Na véspera do aniversário da Sra. M. F., no ano passado, em outubro/2016, a filha jogou ovos e melado no quarto da mãe, que fez ocorrência da denúncia na 23ª DP.

Há uma série de relatos de agressões da filha contra a mãe, incluindo até cuspes em seu rosto e agressão física. No último domingo, 30/01/2017, R. desligou o relógio de luz para atingir diretamente a mãe, que novamente foi dar queixa na 23ª DP.

[...]

[...] Emociona-se ao falar do comportamento da filha, diz que deseja que R. se afaste da casa e finaliza: ‘Quero uma pessoa que me valorize’.

A Sra. M.F. já passou uns dias na sua cidade natal, com a família, tendo a filha permanecido sozinha em casa, experiência que lhe deu certeza de que R. pode morar sozinha e não precisa dela para sobreviver. Ela mesmo observou que às vezes a filha sai de casa, sem informar o destino e não volta para dormir, sinalizando que tem onde e/ou com quem passar a noite. Não há diálogos entres ambas.

R., segundo a mãe e a Sra. Stela, não faz nada em casa; é a Sra. M.F. quem prepara o almoço e cuida da casa, diariamente. A relação entre ambas só se faz desta forma, agressiva, por parte da filha; a mãe não se relaciona com R.; não confia nela; mantém o seu dinheiro escondido e trancado, para que a filha não tenha acesso ao mesmo. Vive acuada dentro de casa, temendo alguma hostilidade de R., que, segundo relatos, só apresenta tal comportamento agressivo, com a mãe, pois na rua, com os estranhos, é educada e gentil.

## CONCLUSÃO

A Assistente Social, Elita, comprovou o comportamento de R., pessoalmente, quando esteve lá tentando a visita domiciliar. A jovem a recebeu com hostilidade não permitindo sua entrada na casa. Nesta entrevista, ficou exposta a situação de risco a que está submetida a idosa em tela. Uma senhora de 70 anos, que vive acuada em sua própria casa, temendo a qualquer hora, uma atitude agressiva da filha, R., 34 anos.

Qualquer que seja o motivo deste comportamento patológico, cuja análise não cabe aqui neste relatório, claro está que não há condições para uma convivência pacífica entre ambas. Faz-se necessária uma intervenção imediata no sentido de separá-las – mãe e filha – a fim de ser preservada a segurança e a tranquilidade da Sra. M.F., que tem direito a uma vida digna, neste seu envelhecimento. Ela quer viver essa última fase de sua existência de uma forma bem diferente; e já sabe como: ‘Quero uma pessoa que me valorize’. [...]”.

O laudo social, feito pela Assistente Social Elita Valentim, por sua vez, concluiu:

## Considerações Finais:

Depreendo que os dados coletados durante a perícia deixam claro que a idosa de 70 anos de idade está sendo submetido à situação de maus tratos e violência física e verbal, por parte da requerida. Cabe ressaltar que não pude efetivar a visita domiciliar, pois ao chegar a residência fui recebida pela Sra. R. F., que apresentando um comportamento descontrolado e agressivo não permitindo meu acesso à casa e nem a idosa.

Vale salientar que a idosa solteira, apresenta lucidez e orientação, aposentada, mas ainda exerce atividade laborativa, reside com sua única filha, a requerida Sra. R.F. de 34 anos de idade.

Não visualizo marcas pelo corpo que configure as agressões físicas que idosa relata sofrer, no entanto, é possível observar que a idosa encontra-se visivelmente amedrontada com as atitudes agressivas da filha.

Diante do exposto sugiro que:

- O pedido da idosa de afastamento do lar seja atendido para que sua integridade física e psicológica seja preservada. [...]”.

Destarte, ambas as avaliações indicam que a idosa está fragilizada emocionalmente e que existe ambiente de intensa discórdia, tendo a Agravada relatado incidentes de destruição de objetos, em uma escalada nociva dos desentendimentos.

As medidas protetivas não são taxativas, tanto que o próprio artigo 45 usa a expressão: “poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:”.

É o teor dos artigos 43 a 45 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003).

“Art. 43. As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II – por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento;

III – em razão de sua condição pessoal.

Art. 44. As medidas de proteção ao idoso previstas nesta Lei poderão ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, e levarão em conta os fins sociais a que se destinam e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Art. 45. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 43, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I – encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade;

II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III – requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar;

IV – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação;

V – abrigo em entidade;

VI – abrigo temporário.”

Verifica-se, portanto, que se encontravam presentes os requisitos para o deferimento da tutela, vale dizer, a probabilidade do direito e o perigo de dano para a autora, ora agravada, uma vez que existem vários indícios de que o relacionamento entre as partes não é saudável, com vários episódios de agressão verbal, de destruição de objetos, confirmados pela amiga da Sra. M.F., ou seja, há um quadro de violência, principalmente, psicológica, que recomenda o afastamento da agravada, como forma de preservar a saúde física e mental da idosa, parte mais frágil na relação.

Ressalte-se, outrossim, que a agravante não fez qualquer prova no sentido da ocorrência dos fatos de forma diversa da relatada por sua mãe.

Cumpre, neste ponto, destacar trechos do Parecer da douta Procuradoria de Justiça (f. 29e/33e), *in verbis*:

Inicialmente, há que se observar, considerando a via estreita do presente, que a questão deve ser apreciada com base no preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão das tutelas de urgência, ponderando-se a plausibilidade do direito alegado e a probabilidade de dano pela possibilidade de perpetuação dos efeitos do suposto ilícito. A impossibilidade jurídica alegada se confunde com o mérito

sendo certo que a impossibilidade jurídica do pedido aduzida pela agravante se confunde com o próprio mérito, sendo a seguir analisada juntamente com a situação de vulnerabilidade descrita.

A agravante recorre a este grau de jurisdição requerendo a reforma da decisão que deferiu medida protetiva determinando que se mantenha distante da agravada por mil metros, além de se afastar de sua residência.

Impende ressaltar de início que cinge-se a questão analisada em determinar se a situação narrada nos autos justifica o afastamento da agravante da casa em que reside com o sua genitora, mantendo-se ainda regular e segura distância.

Com efeito, para que se possa conceder o afastamento do lar, justamente por sua excepcionalidade, necessário se faz a presença dos requisitos definidos em lei, especialmente os do artigo 43 e seguintes do Estatuto do Idoso, que visam a proteção das pessoas em situação de risco.

Art. 43. As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento;

III - em razão de sua condição pessoal.

Art. 44. As medidas de proteção ao idoso previstas nesta Lei poderão ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, e levarão em conta os fins sociais a que se destinam e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Art. 45. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 43, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar;

IV - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação;

V - abrigo em entidade;

VI - abrigo temporário.

O exame dos elementos constantes nos autos é suficiente para demonstrar, por ora, a presença desses requisitos.

No detido exame dos autos, observa-se que há intenso desentendimento entre a agravante e a agravada, deixando claro o fato de não poderem mais residir na mesma casa. Por este motivo, a verossimilhança se faz presente, havendo fundado receio de dano irreparável aos envolvidos, principalmente a agravada, genitora da agravante.

Por outro lado, a agravante não trouxe aos autos qualquer prova no sentido da não ocorrência dos fatos alegados pela agravada, razão pela qual não há como se entender de forma diversa, merecendo manutenção a decisão de primeiro grau, que encontra amparo na lei e, inclusive, na jurisprudência desse Tribunal de Justiça, *in verbis*:

0016240-06.2016.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO 1ª Ementa Des(a). MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO - Julgamento: 06/09/2016 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA PROTETIVA. VIOLÊNCIA CONTRA IDOSA. FILHO MAIOR COM DENÚNCIA DE VIOLÊNCIA E VÍCIO EM DROGAS ILÍCITAS. DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINOU O AFASTAMEN-

TO DO AGRAVANTE DA RESIDÊNCIA DE SUA GENITORA EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INCONFORMISMO DO AFASTADO SOB A ALEGAÇÃO DE QUE JAMAIS AGREDIU A MÃE FISICAMENTE, SENDO ESTA NA VERDADE QUEM O AGRIDE PSICOLÓGICAMENTE BEM COMO A SEUS FILHOS MENORES QUE COM ELAS RESIDEM. AFIRMA ESTAR SEM CONDIÇÕES DE LOCOMOVER-SE PARA PROCURAR OUTRO IMÓVEL PARA RESIDIR COM OS FILHOS EM FUNÇÃO DE CIRURGIA RECENTE QUE O IMPOSSIBILITA ANDAR. RECURSO CONHECIDO. PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO DO 300 CPC. TUTELA DE URGÊNCIA. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E POSSIBILIDADE DE DANO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO INVERSO. O AGRAVADO TROUXE AOS AUTOS CONCLUSÃO DE ESTUDO PSICOLÓGICO E SOCIAL DO JUÍZO NOTICIANDO AS BRIGAS COM SUA MÃE, BEM COMO O TEMOR DA IDOSA EM PERMANECER NA COMPANHIA DO FILHO, PRINCIPALMENTE QUANDO O MESMO APARENTA ESTAR SOB EFEITOS DE DROGAS. ASSIM, DO DETIDO EXAME DOS AUTOS OBSERVA-SE QUE HÁ INTENSO DESENTENDIMENTO ENTRE MÃE E FILHO, DEIXANDO CLARO O FATO DE NÃO PODEREM MAIS RESIDIR NA MESMA CASA, AO MENOS POR ENQUANTO. ARTIGOS 43 E 45 DO ESTATUTO DO IDOSO. ARTIGO 22 DA LEI MARIA DA PENHA. OUTRAS QUESTÕES AVENTADAS NOS AUTOS, REFERENTES À PROPRIEDADE DO IMÓVEL, DEVERÃO SER DISCUTIDAS EM SEDE PRÓPRIA, NÃO SENDO ESTE RECURSO NEM A MEDIDA PROTETIVA OPORTUNOS PARA DISCUSSÕES DE CUNHO PATRIMONIAL. DECISÃO ANTECIPATÓRIA QUE MERECE SER MANTIDA POR NÃO SE REVELAR CONTRÁRIA À LEI OU À PROVA DOS AUTOS. PARECER DA PRO-

CURADORIA DE JUSTIÇA PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. PRECEDENTES DO TJRJ. RECURSO DESPROVIDO. [...]”

Consigne-se, por fim, que a tutela provisória pode ser revista a qualquer tempo, nos termos do art. 296 do NCPC/15, desde que a mudança no estado de fato ou aprofundamento do nível de cognição evidencie situação diversa da que, primitivamente, supunha-se verificada.

No mais, a decisão agravada está de acordo com a jurisprudência desta Corte e não se revela teratológica, contrária à lei ou à prova dos autos não se justificando a sua reforma, conforme Súmula nº 59, deste E. Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“Somente se reforma a decisão concessiva ou não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos”.

Por tais fundamentos, conhece-se do recurso, negando-lhe provimento.

Rio de Janeiro, 11 de julho de 2017.

**DES LUCIO DURANTE**  
Relator

**MUNICÍPIO. TUTELA DE DIREITO INDISPONÍVEL AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PESSOA IDOSA. ABRIGAMENTO ADEQUADO EM INSTITUIÇÕES PÚBLICA OU PARTICULAR DE LONGA PERMANÊNCIA. ABANDONO FAMILIAR. OUTORGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ESTATUTO DO IDOSO. ASSISTÊNCIA ASILAR.**

**APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO**

**DO IDOSO. MEDIDA PROTETIVA REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DO MUNICÍPIO DE NITERÓI. IDOSO MORANDO DESDE 2011 EM HOSPITAL PÚBLICO. SITUAÇÃO DE RISCO. TUTELA DEFERIDA PARA IMEDIATA REMOÇÃO PARA ABRIGO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, RATIFICANDO A MEDIDA DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E CONDENANDO O MUNICÍPIO DE NITERÓI AO PAGAMENTO DE MULTA COMINATÓRIA, TAXA JUDICIÁRIA E DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CORREÇÃO DO *DECISUM*. MANUTENÇÃO DO VALOR DA MULTA COMINATÓRIA. INSTRUMENTO QUE SERVE À EFETIVIDADE DO COMANDO JUDICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEMANDA DE NATUREZA INDIVIDUAL. IMPOSIÇÃO QUE DECORRE DA REGRA LEGAL DE SUCUMBÊNCIA PREVISTA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TAXA JUDICIÁRIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 145 DO TJRJ. INÚMEROS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESPROVIMENTO DO APELO.**

Após examinada, relatada e discutida a matéria objeto da impugnação recursal, Apelação nº 0066316-28.2016.8.19.0002 em que é Apelante: Município de Niterói e Apelado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Acordam os Desembargadores que integram a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento à apelação interposta pelo Município réu.

Trata-se de ação de tutela de direito indisponível de pessoa idosa ajuizada pelo Ministério Público contra o Município de Niterói visando ao acolhimento institucional do sr. C.P.S.

Alega o Ministério Público que o idoso C.P.S., internado no Hospital Municipal Carlos Tortelly, na data de 17/06/2011, encontra-se com alta médica desde 2012. Afirma que não foram localizados familiares que possam acolhê-lo e que não possui meios próprios de prover seu sustento, apresentando séria situação de risco. Alega a necessidade de abrigo adequado às suas condições, seja em instituição pública ou particular de longa permanência. Afirma que é obrigação do Poder Público constitucionalmente prevista a proteção de pessoa idosa.

Decisão deferindo a tutela antecipada (index 000070).

O Município de Niterói ofertou contestação (index 000095) aduzindo que o senhor C.P.S. possui comprometimento mental com discurso incoerente e desconexo em razão de seqüela de acidente vascular encefálico e traumatismo craniano, não sendo possível sua internação em instituição asilar. Sustenta que o abrigo integral somente é realizado em casos excepcionalíssimos, pois demanda alto custo. Alega que o convívio familiar é prioritário e que o pedido deve ser julgado improcedente.

O MM. Juízo da Vara da Infância da Juventude e do Idoso da Comarca de Niterói prolatou a r. sentença (index 000170) com o seguinte dispositivo:

“(…) Isto posto, julgo procedente o pedido, para convolar em definitiva a liminar concedida, determinando que o requerido promova o acolhimento do Sr. C.P.S. na instituição Reviver ou em outra instituição adequada, pública ou particular, sendo que neste caso as despesas correrão às expensas do Município de Niterói, assim como deverá o mesmo oferecer ou arcar com a medicação e tratamentos necessários e, por fim, condeno

o Município Réu ao pagamento da multa diária já fixada, face ao descumprimento da decisão liminar, correspondente, na data de hoje, à quantia de R\$ 90.500,00 (noventa mil e quinhentos reais) e, em consequência, julgo extinto o processo, com resolução de mérito, na forma do art. 487, I, NCPC.

Condeno, ainda, o Município réu no pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 20% sobre o valor da causa, que deverá ser destinado ao Fundo Especial do Ministério Público, bem como da taxa judiciária. Isento de custas judiciais.

P.R.I.

Após o trânsito em julgado, dê-se baixa e archive-se.”

Inconformado, recorre o Ente municipal (index 000176), repisando seus argumentos e requerendo a reforma da sentença sob a alegação de que o serviço de acolhimento de idosos e população de rua oferecido pelo Município ocorre em caráter provisório. Afirma que, no presente caso, o idoso necessita de acompanhamento regular e que o abrigo não dispõe de pessoas qualificadas para esse fim. Sustenta que a Fundação Municipal de Saúde seria o legitimado a responder essa demanda. Sustenta também a abusividade da multa arbitrada no caso de descumprimento da obrigação. Por fim, pugna pela improcedência do pleito e a impossibilidade de condenação em custas processuais e honorários advocatícios.

O douto representante da Procuradoria de Justiça, opinou pelo desprovimento do recurso (index 000247).

#### Voto

O senhor C.P.S., pessoa idosa, encontra-se desde o ano de 2011 em hospital público municipal, mesmo após receber alta hospitalar.

Hipótese evidente de abandono e da necessidade urgente de se buscar um abrigo acolhedor para o idoso.

Verifica-se que o mesmo foi internado no hospital municipal Carlos Tortelly, no dia 17/06/2001, tendo recebido alta médica na data de 03/01/2012; porém, permanece na unidade hospitalar até a data de 03/05/2017, conforme documento acostado (index 000202).

Os relatórios sociais, indexados às pastas 000091/0000154 e 0000160, demonstram o total abandono em que se encontra o idoso.

Em que pesem as diversas tentativas da equipe de Serviço Social do HMCT em buscar um familiar que pudesse acolher o idoso em sua residência, todas foram infrutíferas, conforme bem demonstrado no relatório social (index 000154).

A douda Procuradoria de Justiça, em seu parecer, (index 000247) bem relata os fatos:

“(…) Os relatórios sociais e documentos acostados aos autos (pastas 91, 154 e 160) demonstram que a família não possui condições de ficar com o Sr. C.. O único filho do idoso afirma não possuir vínculo afetivo com o genitor, não possuir disponibilidade de tempo e nem financeira (indexador 91), sendo relatado pelo serviço social do hospital que, após inúmeras tentativas, “todas as chamadas foram direcionadas para a caixa postal” (pasta 54). Em que pese a divergência relatada quanto ao vínculo afetivo entre pai e filho (pasta 160), pelo Sr. V., marido da Sra. N., que seria irmã do requerido e que nunca compareceu ao hospital e respondeu aos contatos telefônicos, verifica-se o completo abandono familiar do Sr. C..”

Nesse sentido, a Constituição Federal,

confere especial proteção à pessoa idosa, defendendo sua dignidade e bem-estar, além da própria vida, conforme disposto no artigo 230 do CFRB:

“A família, a sociedade e o Estado tem o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Ademais, cumpre ressaltar que o direito fundamental inerente à pessoa humana está amparado pela Lei nº 10.741/2003 - Estatuto do Idoso, na medida em que a situação ora retratada não pode permanecer sem a devida solução do Poder Público, conforme disposto no artigo 14, *in verbis*:

“Se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao poder público esse provimento, no âmbito da assistência social”.

Por oportuno, vale ainda, transcrever outro trecho do parecer da dd. Procuradoria, *in verbis*:

“(…) Considerando que nem o idoso nem sua família têm condições de arcar com seu sustento, não há dúvidas de que cabe ao Poder Público a responsabilidade de zelar pela integridade do Sr. C., tendo plena aplicabilidade o art. 230 da Constituição Federal e o art. 17, Lei nº 8.842/94, que assegura a assistência asilar pelo ente público ao “idoso que não tenha meios de prover a sua própria subsistência, que não tenha família ou cuja família não tenha condições de prover à sua manutenção”.

Nesta toada, diante dos fatos constantes dos autos, é dever do Ente público prestar a assistência necessária, providenciando o seu acolhimento em instituição adequada.

No que tange à aplicação da multa cominatória, não merece qualquer reparo o r. decissum, mesmo porque esta tem caráter coercitivo e visa tão somente impor o cumprimento da ordem judicial.

Vale destacar que o objetivo da imposição da multa não é a sua cobrança, mas forçar o cumprimento da obrigação. E esta, na hipótese *sub examine*, envolve a saúde de pessoa idosa e desamparada.

Mesmo porque a Municipalidade manteve-se inerte diante da determinação judicial, que impôs o imediato abrigo do idoso, que deveria ter sido encaminhado à instituição de acolhimento público ou particular.

Verifica-se, assim, a recalcitrância do Ente municipal no cumprimento da obrigação de fazer, mesmo diante da existência de vaga na Instituição Espaço Reviver.

E conforme bem salientou o MM. Juízo sentenciante, em sua decisão:

“No que tange à multa fixada na decisão de f. 72/73, ela é devida, eis que o réu foi intimado para cumprimento no dia 11 de outubro de 2016, sendo o mandado juntado aos autos no dia 13/10/2016 (f. 76v), tendo o prazo expirado em 18 de outubro de 2016, sem que fosse cumprido até o presente momento. Assim, o atraso no cumprimento da liminar perfaz 181 dias, totalizando R\$ 90.500,00. Por fim, deve-se atentar para o fato de que, segundo comunicado de f. 85, o espaço Reviver dispõe de vagas para acolhimento do idoso. Dessa forma, a sua transferência deve ser realizada para esse abrigo preferencialmente, ante a já existente comunicação de vaga disponível, a fim de agilizar o processo, já que o idoso encontra-se há muitos anos morando no Hospital, o que expõe sua vida a riscos exacerbados.”

Portanto, a questão concernente à multa cominatória e seu valor somente deve ser deduzida após o cumprimento da obrigação principal a cargo do Município de Niterói.

Nesse sentido vários julgados deste Tribunal de Justiça:

Agravo Inominado no Agravo de Instrumento nº 0068087-81.2015.8.19.0000  
Relator: Des. MAURO DICKSTEIN -  
Décima Sexta Câmara Cível AGRAVO INOMINADO CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO, COM BASE NO ART. 557, *CAPUT*, DO CPC. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MUNICÍPIO DE NITERÓI. INTERNAÇÃO DE IDOSA EM ABRIGO. ANCIÃ QUE SE ENCONTRA DEBILITADA COM SEQUELAS DECORRENTES DE UM ACIDENTE VASCULAR CEREBRAL, CUJOS FAMILIARES NÃO POSSUEM CONDIÇÕES DE ASSISTIR-LA ADEQUADAMENTE. DETERMINAÇÃO DE BLOQUEIO E TRANSFERÊNCIA DE VALORES, COM O FITO DE EFETIVAÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA PARA FINS DE SUA INTERNAÇÃO EM LOCAL APROPRIADO. IRRESIGNAÇÃO. ORDEM JUDICIAL QUE ENCONTRA AMPARO NO ART. 461, § 5º, DO CPC. MEDIDA EXCEPCIONAL ADMITIDA PARA ASSEGURAR A EFETIVIDADE DO DIREITO À PROTEÇÃO DO IDOSO. RECALCITRÂNCIA DA EDILIDADE NO CUMPRIMENTO DO COMANDO JUDICIAL. ENTENDIMENTO PACÍFICO DO C. STJ, NO SENTIDO DA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DA ALUDIDA PROVIDÊNCIA EM CASO ANÁLOGO. PRECEDENTE DESTA E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MANUTENÇÃO DA SOLUÇÃO DE 1º GRAU. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“Processo: 0053804-53.2015.8.19.0000 - DES. MAURICIO CALDAS LOPES - Julgamento: 14/10/2015 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL - Ação Civil de Tutela de Direito Indisponível de Idoso c/c Medida Protetiva. Decisão de 1º grau que concedera liminar *initio litis*, determinando ao Município réu abrigar o idoso em situação de risco, encaminhando-o a instituição pública adequada, no prazo de 05 (cinco) dias, ou custear abrigo particular, inclusive no que tange aos tratamentos médicos e medicação de que necessita, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Agravo de instrumento agora reconhecido, por força de reconsideração de decisão anterior que lhe negara seguimento por conta da ausência, no traslado, de peça obrigatória. Deficiência suprida. Agravo conhecido. Rejeita-se a arguição de nulidade da medida liminar, pois, ainda que concedida *initio litis*, sem a oitiva do representante da pessoa jurídica de direito público, a jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça vem mitigando tal obrigatoriedade, em face da relevância do direito em questão e da presença dos requisitos autorizadores da concessão da liminar. Legitimidade ativa do Ministério Público, ao amparo da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), para ajuizar ações civis públicas no fito de proteger direito individual indisponível, no caso, de pessoa idosa. Encontra-se sumulado o entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça no sentido de que ‘somente se reforma a decisão concessiva ou’ não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos’. (Súmula nº 59), defeitos de que não padece, à primeira vista, a decisão de piso, por isso que presentes os requisitos da verossimilhança do direito com que esgrime a parte, e o perigo decorrente da mora, ante a situação de risco e a vulnerabilidade social do idoso, e a conseqüente necessidade de imediato abrigo em instituição adequada.

Negado seguimento ao recurso.”

Com relação à condenação do Município ao pagamento da taxa judiciária, que tem natureza tributária, a legislação a ser aplicada é o Decreto-Lei nº 05/75, com suas alterações. O *caput* do artigo 115 desse diploma isenta o Município do seu pagamento apenas quando agir na condição processual de autor.

Na hipótese dos autos, o Município de Niterói é réu e sucumbente, em razão do que não faz jus à isenção tributária referente à taxa judiciária.

O Enunciado nº 42 do FETJ é elucidativo:

A isenção estabelecida no art. 115, *caput*, do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro, beneficia os entes públicos quando agem na posição processual de autores, porém, na qualidade de réus, devem, por força do art. 111, II, do Código Tributário Nacional, recolher a taxa judiciária devida ao FETJ, quando sucumbirem na demanda e a parte autora não houver antecipado o recolhimento do tributo.

O que levou à edição da Súmula n.º 145 deste Tribunal:

Se for o Município autor estará isento da taxa judiciária desde que se comprove que concedeu a isenção de que trata o parágrafo único do artigo 115 do Código Tributário Estadual, mas deverá pagá-la se for réu e tiver sido condenado nos ônus sucumbências.

No que tange ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Fundo Especial do Ministério Público, não há qualquer óbice legal, porquanto se trata, na hipótese *sub studio*, de ação de natureza individual (ainda que indisponível), submetida às regras gerais do Código de Processo Civil atinentes à

sucumbência.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a r. decisão proferida pelo MM. Juízo de origem encontra-se bem fundamentada e em consonância com a jurisprudência deste Tribunal de Justiça.

Por conta de tais considerações, nega-se provimento à apelação interposta pelo Município de Niterói, mantendo-se na íntegra a r. decisão recorrida.

Rio de Janeiro, 05 de setembro de 2017.

**DES. SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES**  
Relator

**PENSÃO ESTATAL. HABILITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE PROVA DE CONVIVÊNCIA. EXISTÊNCIA DE CASAMENTO. ESPOSA IDOSA. CONCUBINATO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.**

**Cível. Reconhecimento de união estável. Pretensão de habilitação a pensão estatal. Improcedência do pedido. Apelação. Recorrente que não faz prova de convivência com o finado marido da ré. Depoimento da ré, corroborado pelo da autora, no sentido de ter o matrimônio do falecido, com a recorrida, perdurado, com coabitação dos mesmos, até o passamento daquele.**

**Se não há prova de separação de fato entre cônjuges, e se resulta demonstrado que, até final da vida, o marido da ré mantinha, publicamente, seu casamento com essa, de se prestigiar a sentença que, corretamente, efetua a clivagem entre o que seja uma relação de amásios com uma união estável, validando aquela e deixando de reconhecer esta.**

**Desprovimento do apelo. Fixação de**

**honorários de sucumbência.**

**Determinação, de ofício, de extração de peças e envio ao MPERJ para efeitos de aplicação, ou não, do Estatuto do Idoso à defesa técnica da ré.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0013479-30.2016.8.19.0023, em que é Apelante: M.I.R.C. e Apelada: O.S.D..

Acordam os Desembargadores que compõem a 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator; decisão unânime.

Relatório já apresentado.

**Voto**

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Sou pelo seu desprovimento.

E assim me posiciono por constatar que a questão posta em debate diz respeito saber, se houve ou se deixou de haver convivência entre o falecido A. T. e a recorrente M.I.; então casado aquele com a ré O, afirma a recorrente ter tido relacionamento por período de tempo com o mesmo, hoje falecido.

Vai daí que em sede de instrução, mais precisamente em sede de AIJ, cf. Pasta 00052, a ré O. apresentou-se espontaneamente ao juízo, acompanhada de advogada (que à ocasião sequer exibiu instrumento formal de mandato),<sup>1</sup> e, após indicar tanto sua idade avançada quanto ter sofrido sequelas de aneurisma, que demandou tratamento por vários anos, confes-

<sup>20</sup> Em verdade, a procuração da ré a favor da advogada que a representou só veio a ser juntada posteriormente à interposição do recurso da autora, consoante PDF 000139 do IE.

sou o pedido.

Assim consta expressamente da referida assentada que, *verbis*,

“(...) Ato contínuo, pela ré foi apresentada contestação oral no sentido de reconhecimento do pedido. Pelas partes foi dito não terem outras provas a produzir, requerente o julgamento do feito, que tem por fim a habilitação de benefício previdenciário. As partes reconhecem a relação de concubinato e ratificam o pedido de declaração e dissolução da união estável. (...)”.

Sucedo que a sentença julgou o feito improcedente, justamente com base na existência de casamento, não desfeito e tendo o finado A. restado em sua residência até seu passamento, em companhia de sua cônjuge, o que desafiou recurso de apelação.

Antes de prosseguir, força será de se apontar que e no que tange ao desempenho da advogada da recorrida - advogada Glauca da Silva Nunes, OAB/RJ 204009, a mesma apresentou contestação oral com reconhecimento do pedido (*sic*, acima).

Certo que nada impede que aquela profissional atendesse a (eventuais) reclamos de sua cliente, podendo se admitir, hipoteticamente, que a mesma (O.), não obstante sua condição de idosa, tendo padecido de aneurisma, realmente tivesse optado por esta conduta.

Da mesma maneira, nada impede que a referida advogada - atuando de forma independente - optasse por adentrar o processo, desprovida de instrumento de mandato e sem ter tido sequer o trabalho de traçar uma peça de defesa dos interesses de sua (se presume) constituinte ou mesmo de concordância com o pedido inaugural.

E também, nada impede que, interposto

o presente apelo, optasse dita advogada por sequer apresentar contrarrazões ao mesmo, eis que, ao final das contas, já havia comparecido em juízo e, se repete, confessado o pedido.

Como já dito, em tese, nada impede que tudo isso tivesse ocorrido legitimamente.

No entanto, a uma, esse tipo de atuação de profissional de direito, especialmente em se considerando que a parte ré é vulnerável, sinaliza, para se dizer o mínimo, em uma falta de cautela mínima, à conta tanto das responsabilidades funcionais da profissão, quanto da legislação nacional em vigor e aplicável ao tema.

Diz-se a ré vulnerável por que e consoante documento de identidade em PDF 000140, O., nascida aos 10/04/1930, contava, à época da AIJ, com 86 (oitenta e seis) anos de idade.

Prosseguindo, então.

A duas, se a ré é viúva de A., por evidente que recebe pensão do mesmo, pois que informado aquele como tendo sido funcionário público estadual.

Ora, a partir do momento em que a demanda manejada pela autora é, declaradamente, pretensão de cunho previdenciário, vale dizer, de recebimento de pensão dos cofres do ERJ, resta claro que tendo a ré “confessado” o pedido, isso implicaria em sofrer ela redução, pela metade, destes vencimentos.

Certo que nada impediria a ré, fosse por qual motivo fosse, de concordar em sofrer com a referida redução da pensão devida pelo passamento de seu marido - desde que se pudesse afirmar tivesse a mesma manifestado, de forma livre sua vontade e convicção e se notando que isso não é o que de comum se observa em casos como o presente.

Inobstante o acima lançado, esses não são os motivos pelos quais se nega provimento ao recurso, senão, e a três, diante do reconhecimento da improcedência do mesmo à conta da prova dos autos.

Realmente. Transcrevendo o que consta do julgado, e que passa a fazer parte integrante deste voto, se tem que:

“(...) Neste sentido, inova a mencionada lei (art. 1723, § 1º) ao definir que a união estável não poderá ser constituída se presentes um dos impedimentos matrimoniais previstos no artigo 1521, exceto a proibição contida no seu inciso VI - “pessoas casadas” - possibilitando na ocorrência e comprovação de separação de fato ou separação judicial, a configuração da união estável.

(...) Podemos verificar do acima disposto, que o Código Civil faz nítida diferença entre “concubinato” e “união estável”, salientando a importância da lealdade e da monogamia.

Percebemos, assim, que a nova legislação não aceitou o concubinato adúltero ou incestuoso como entidade familiar, por outro lado, definiu a situação jurídica dessas relações extramatrimoniais consideradas como concubinato, como sociedade de fato, aplicando-se as regras do direito das obrigações. (...)” (*apud* o que vai em f. 50 dos autos).

Com efeito.

Quanto aos fatos objetivos, se tem que a autora, enfermeira de profissão (cf. PDF 00009 e ss.), apresentou fotografias suas em conduta de acompanhamento de idoso, o que poderia significar quantidade de situações, é dizer, tanto ser pessoa de relação íntima daquele quanto ser pessoa em desempenho funcional (acompanhante de idoso).

Nota-se, inclusive, o estado de saúde do finado A., visivelmente debilitado nas de-

mais fotos.

Ainda pelo viés da prova documental, de se constatar que nada veio a ser exibido, até a realização da AIJ, que pudesse comprovar a existência daqueles tipos de situações que acompanham, obrigatoriamente, todos aqueles que se dispõem a conviver em conjunto, é dizer, lugar de coabitação, apresentação e reconhecimento, por terceiros, da referida união, economias ou compras em comum e/ou de objetos para uso diário e assim sucessivamente.

Esse estado de coisas foi admitido pela autora, recorrente, naquela ocasião, ao confirmar, expressamente,

“(...) que durante 23 anos viveu uma relação como amante do Sr. A.. Que o Sr. A. lhe visitava em sua casa e que nunca se separou de sua esposa O.S.D.. Aduz que por um período o Sr. A. levou para morar na casa do casal, mas socialmente ele sempre se apresentou como casado com a Sra. O.. (...)”.

Desta sorte e em se entendendo que a ré tivesse plena ciência e consciência do que se passava, as palavras da mesma - mesmo reconhecendo da conduta do finado marido da mesma em relação à autora - destruíram toda e qualquer pretensão a ser reconhecida qualquer “união estável” entre aquela e o hoje finado.

Se amantes aqueles dois foram, essa, e apenas essa condição lhes será reconhecida, o que por evidente, não justifica a pretensão inaugural e válida a improcedência do pedido como determinado pela sentença.

Ao exposto, sou pela manutenção do julgado e desprovimento do apelo; majoro os honorários de sucumbência em 10% (dez por cento) do valor fixado no julgado de origem,

cf. art. 85, § 11, CPC.

De ofício, e com finsas na Lei nº. 10.741/2003, sou pela extração de peças e envio ao MPERJ, para que o mesmo forme, ou não, sua *opinio* em relação à conduta da advogada Glauca da Silva Nunes, OAB/RJ 204009, com endereço indicado na procuração em PDF 000139, pelo viés da conduta da mesma quando de sua atuação nos presentes autos e em relação aos interesses da ré, idosa, O.S.D.

É como voto.

Rio de Janeiro, 23 de maio de 2017.

**DES. PEDRO RAGUENET**  
Relator

**PLANO DE SAÚDE COLETIVO. TITULAR FALECIDO. DEPENDENTE IDOSA. MANUTENÇÃO DAS MESMAS CONDIÇÕES CONTRATUAIS. DIREITO DE PERMANÊNCIA. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS. PROTEÇÃO À PESSOA IDOSA. RESOLUÇÃO NORMATIVA DAANS.**

**APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE COLETIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER OBJETIVANDO A MANUTENÇÃO DA AUTORA NO PLANO DE SAÚDE, NAS MESMAS CONDIÇÕES DE QUANDO ERA DEPENDENTE DO FALECIDO TITULAR, COMO GENITORA DESTA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DA RÉ PUGNANDO A REFORMA DO JULGADO. RECURSO QUE NÃO MERECE PROSPERAR. O ART. 30 DA LEI Nº 9.656/98 GARANTE, EM CASO DE MORTE DO TITULAR, O DIREITO DE**

**PERMANÊNCIA AOS DEPENDENTES COBERTOS PELO PLANO DE SAÚDE, INEXISTINDO QUALQUER RESSALVA QUANTO A CATEGORIA DO DEPENDENTE. RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 279 DA ANS. MANIFESTA ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL QUE EXCLUIU O DEPENDENTE “AGREGADO” DO DIREITO DE PERMANECER NO PLANO DE SAÚDE. ART. 51 DO CDC. PARTE AUTORA QUE, COM 93 ANOS DE IDADE E 30 COMO BENEFICIÁRIA DO PLANO DE SAÚDE DA RÉ, NÃO CONSEGUIRÁ CONTRATAR OUTRO PLANO. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS. ESPECIAL PROTEÇÃO À PESSOA IDOSA COM VULNERABILIDADE AGRAVADA. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.**

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0057474-64.2013.8.19.0002 em quem é Apelante UNIMED São Gonçalo-Niterói Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares Ltda. e Apelada A. B.R..

Acordam os Desembargadores da Vigésima Quinta Câmara Cível/Consumidor, por unanimidade, em negar provimento ao apelo, nos termos do voto da Relatora.

Trata-se de apelação cível interposta pela parte ré, UNIMED São Gonçalo - Niterói Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares Ltda., à sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Niterói, da lavra da MM Juíza ADRIANA MARQUES DOS SANTOS LAIA FRANCO, integrante do grupo de sentenças, nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada por A.B.R..

Na forma do permissivo regimental, adotado como relatório a sentença do juízo de ori-

gem, assim prolatada (indexador 000106):

“Cuida-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória ajuizada por A. B.R. Em face de UNIMED Leste Fluminense, onde, em resumo, sustenta ser usuária do plano de saúde administrado pela ré, na condição de dependente de seu filho. Narra que, na data de 16/09/2013, seu filho faleceu, quando foi surpreendida com a informação de que seu plano havia sido cancelado, o que reputa abusivo até por ser idosa e portadora de cardiopatia. Requer, portanto, a condenação da ré na obrigação de manter seu plano, garantindo-lhe isenção no pagamento das mensalidades pelo período de 02 anos ou, alternativamente, que lhe seja autorizado consignar as parcelas em juízo. Requer, ainda, ao final, a condenação da ré em danos morais e nos ônus sucumbenciais. Inicial instruída com os documentos de f. 33/52. Decisão a f. 5, deferindo JG e determinando a citação da ré. Contestação a f. 65/88, onde, em resumo, sustenta ser a autora beneficiária agregada pelo que, em razão de previsão contratual expressa, não faria jus ao benefício da remissão e à manutenção do seu plano. Decisão a f. 150, deferindo a antecipação de tutela. Ausência de réplica. Manifestação apenas da parte ré em provas a f. 163. Autos conclusos. É o breve relatório. decido. Não havendo mais preliminares a analisar ou provas a produzir, passa-se ao julgamento de mérito. De início, cumpre ressaltar que estamos diante de uma relação de consumo, sendo perfeitamente aplicáveis as normas insertas no Código de Defesa do Consumidor, que são de ordem pública e interesse social. Portanto, a responsabilidade contratual da ré é objetiva, nos termos do art. 14 do CDC, respondendo, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados a seus clientes por defeitos/falhas decorrentes dos serviços que lhes presta. A controvérsia em análise cinge-se em saber se teria a autora direito à manutenção de seu plano de saúde após o falecimento de seu

filho, titular do plano. A ré, amparada em cláusula contratual, defende a legitimidade de sua conduta ao cancelar unilateralmente o plano da autora, pois alega que sequer faria a autora jus ao benefício da remissão. Entretanto, além de estar comprovado, por meio do documento de f. 147, que a condição de dependente da autora fora reconhecida administrativamente, comprovado, ainda, está, que a ré, ao contrário do que sustenta, entende fazer a autora jus ao benefício da remissão pelo prazo de 02 anos. Sabe-se, ainda, que eventual cláusula contratual que autorizasse a rescisão contratual nestes casos se revelaria, desde já, abusiva, uma vez que implicaria prejuízo insustentável ao consumidor, violando a boa-fé, a dignidade da pessoa humana e todos os princípios impostos pelo Direito. Ademais, ressalta-se que, para coibir a prática abusiva adotada pelas operadoras de plano de saúde, de estabelecer a extinção do contrato em razão da morte do titular perante os seus dependentes, a ANS publicou em 03/11/2010 a Súmula - ANS/13, que dispõe o seguinte: ‘O término da remissão não extingue o contrato de plano familiar, sendo assegurado aos dependentes já inscritos o direito à manutenção das mesmas condições contratuais, com a assunção das obrigações decorrentes, para os contratos firmados a qualquer tempo’. Dispõe, ainda, o art. 30, § 3º, da Lei nº 9.656/98: ‘Em caso de morte do titular, o direito de permanência é assegurado aos dependentes cobertos pelo plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, nos termos do disposto neste artigo.’ Como se constata acima, a legislação mencionou ‘dependentes’, condição esta a da autora, não cabendo, portanto, ao intérprete da lei realizar interpretação restritiva quando o legislador assim não o fez. Assim, imperativa a manutenção do plano de saúde em favor da autora na modalidade de plano individual, com as mesmas coberturas e o mesmo custo vigente ao tempo do plano coletivo, após o período de remissão. A integralidade das mensalidades deverá ser paga pela consumidora, dentro

dos moldes de cobrança anterior. Nesse sentido: 'Plano de Saúde. Ação de conhecimento objetivando a Autora a manutenção do seguro saúde nas mesmas condições contratuais de que era beneficiária como dependente, após o falecimento do titular, com o envio de boleto mensal de pagamento em seu nome, e indenização por dano moral. Sentença de procedência que, confirmando a antecipação dos efeitos da tutela, condenou a Ré a restabelecer o contrato de prestação de serviço saúde do qual a Autora era beneficiária, nas mesmas condições contratuais, passando esta a figurar como titular do plano de saúde, no prazo de 72 horas, sob pena de multa diária de R\$ 500,00, bem como a enviar a fatura mensal do referido plano diretamente para a sua residência, sob pena de multa a ser fixada em momento posterior, se houver descumprimento, e ao pagamento de R\$ 6.000,00 a título de indenização por dano moral. Apelação da Ré. Relação de consumo. Ainda que a Apelada, à época do falecimento do contratante, tivesse 55 anos de idade, estando excluída, portanto, dos efeitos da cláusula que prevê a remissão, após completar 24 anos, manteve-se amparada, por mais 31 anos, pelo contrato firmado por seu pai, como dependente, afigurando-se ilegítima a recusa da Apelante de mantê-la nas mesmas condições contratadas. Ausência de controvérsia acerca da inaplicabilidade do benefício do período de remissão. Dever de indenizar. Dano moral configurado. *Quantum* da condenação que observou critérios de razoabilidade e de proporcionalidade e a repercussão dos fatos narrados nestes autos. Desprovimento da apelação.' (Apelação 0374520-93.2013.8.19.0001. Relatora: Des. ANA MARIA OLIVEIRA. Julgado em 05/05/2016. 26ª Câmara Cível Consumidor). 'APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. FALECIMENTO DO TITULAR. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. CONDUTA ABUSIVA DA OPERADORA. CONTRATO QUE PRE-

VÊ A PERMANÊNCIA DOS DEPENDENTES, FINDO O PRAZO DE REMISSÃO POR CINCO ANOS. A VEDAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DA TITULARIDADE DA APÓLICE DE SEGURO-SAÚDE, PREVISTA NO ARTIGO 35, § 5º, DA LEI Nº 9.656/98, RESTRINGE-SE A TERCEIROS, NÃO AOS DEPENDENTES JÁ INSCRITOS. PRETENSÃO LEGÍTIMA DA AUTORA, À LUZ DA RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 13/2010 DA ANS. DANO MORAL CONFIGURADO. *QUANTUM* RAZOAVELMENTE FIXADO EM R\$ 5.000,00. DEVOLUÇÃO EM DOBRO DOS VALORES DESEMBOLSADOS PELA AUTORA NO PAGAMENTO DO PRÊMIO DO PLANO DE SAÚDE DE SEU GENITOR, APÓS O FALECIMENTO. SENTENÇA QUE SE MANTÉM. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.' (0225373-22.2015.8.19.0001 - APELAÇÃO- Des(a). JOÃO BATISTA DAMASCENO - Julgamento: 14/09/2016 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR) Quanto aos danos morais, entendo não assistir razão à autora. O dano moral pressupõe a existência de dor, vexame, sofrimento ou humilhação que interfira no comportamento psicológico causando angústia e desequilíbrio ao indivíduo.

Assim sendo, constata-se que a circunstância vivenciada pela consumidora constitui mero dissabor, mormente porque para que se possa falar em dano extrapatrimonial, necessário que a pessoa seja atingida em sua honra, reputação ou personalidade, passe por dor, humilhação, constrangimentos, tenha os próprios sentimentos violados, o que não ocorreu no caso em apreço até porque, ao tempo do ajuizamento da ação, a autora encontrava-se amparada e segurada, conforme se observa do documento de f. 147. Isto posto, julgo procedentes em parte os pedidos autorais, confirmando os efeitos da decisão de f. 150, e condenando a ré a manter em plena vigência o contrato de plano de saúde da autora, após, inclusive, o tér-

mino do período de remissão, que deverá ser respeitado pela ré, conforme documento de f. 147, ficando, após tal período, a autora responsável pelo pagamento dos respectivos valores do seguro saúde, com as mesmas coberturas e o mesmo custo vigente ao tempo do plano coletivo. Em caso de descumprimento deste comando, ficará a ré sujeita a multa a ser fixada em fase de execução. Ante a sucumbência recíproca, custas e honorários compensados, observando-se quanto à autora a gratuidade de justiça deferida. P.R.I. Transitada em julgado, dê-se baixa e arquivem-se.”

Inconformada, apela a ré reeditando as alegações de sua peça de bloqueio, sustentando que, respeitadas as cláusulas previstas no contrato, a autora, na qualidade de beneficiária agregada, não tem direito a permanecer no plano de saúde. Requer, outrossim, a improcedência total dos pedidos autorais (indexador 000184).

A autora não apresentou contrarrazões (indexador 000199).

É o breve relatório.

#### Voto

Os pressupostos de admissibilidade intrínsecos e extrínsecos estão presentes, o que autoriza o conhecimento do presente recurso, inclusive por esta Câmara Especializada, porque a hipótese é de típica relação de consumo, enquadrando-se a parte autora na categoria de consumidora e a parte ré na de fornecedora de produtos/serviços, como se vê das normas dos arts. 2º e 3º do CDC.

Após detida análise dos autos verifica-se que à decisão e a sua publicação são posteriores ao dia 17/03/2016. Induvidoso, portanto, que o presente recurso deve ser analisado à luz do novo CPC, inclusive como orientou o E. STJ ao expedir o enunciado administrativo nº 3, *in verbis*:

“Enunciado administrativo número 3: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

No mérito, a controvérsia recursal cinge-se a saber se a autora, que era dependente do falecido titular, tem direito a permanecer no plano de saúde por este mantido, nas mesmas condições de quando era vivo.

Apelo que não merece prosperar.

Narra a autora em sua inicial que era dependente do plano de saúde de seu filho, J.C.T., oferecido pela empresa ré em decorrência de contrato firmado com a Ampla - SA, empregadora do *de cujus*, e que após a morte do titular, seu plano de saúde foi cancelado.

A ré não nega o cancelamento do contrato, alegando em sua defesa que a autora, na qualidade de beneficiária agregada, não teria direito de continuar no plano de saúde por inexistência de previsão contratual.

O contrato firmado entre a Ampla, ex-empregadora do *de cujus*, e a parte ré previa a remissão, conforme cláusula 18.1 (indexador 120) e o documento enviado a viúva do segurado falecido (indexador 000147):

#### CLÁUSULA 18ª - DO BENEFÍCIO ESPECIAL

##### PLANO ASSISTENCIAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (PARJ)

É o benefício, observadas as condições estabelecidas neste contrato, que garante aos usuários dependentes relacionados na subcláusula 16.1.1 adiante permanecerem com direito à assistência médica e hospitalar Após o falecimento do usuário titular, sem pagar as mensalidades, pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado

da data do óbito.

18.1.1 O PARJ será concedido desde que observadas as seguintes condições:

a) O usuário titular dever estar inscrito há mais de três meses e possuir idade inferior ou igual a 65 (sessenta e cinco ano) na data da adesão ao contrato;

b) O pagamento da mensalidade referente a este contrato deve estar em dia na data do óbito;

c) A assistência médica e hospitalar a que os usuários dependentes terão direito através do PARJ será igual àquela que possuíam, quando do falecimento do usuário titular;

d) As coberturas adicionais serão incluídas no PARJ, independentemente de contratações no plano anterior à concessão deste benefício;

e) As coberturas adicionais não poderão ser incluídas após a concessão do PARJ, mesmo que os usuários se disponham a efetuar o pagamento das mesmas;

f) Os usuários dependentes devem apresentar a certidão de óbito do usuário titular, além dos documentos necessários para a comprovação de dependência.

18.1.2 Para concessão do PARJ serão considerados beneficiários, exclusivamente cônjuge, companheiro, vedada a eventual concorrência deste com o cônjuge, salvo se por determinação judicial, filios solteiros de até 24 (vinte e quatro) anos de idade; filios de companheiro, enteados, tutelados e menores sob guarda por força de decisão judicial, que ficam equiparados aos filios solteiros e filios inválidos, desde que inscrito conforme subcláusula 18.1.3.

18.1.2.1 usuários agregados não têm direito ao benefício do PARJ.

18.1.2.2 Perderá imediatamente o direito ao PARJ o usuário que, no curso dos 5 (cinco) anos, vier a perder a condição de beneficiário definida na subcláusula 8.1.2.

18.1.3 Os dependentes inscritos após a assinatura deste contrato farão jus ao benefício

se, na época do falecimento do usuário titular, tiverem pelo menos 12 (doze) meses de vigência contratual.

18.1.4 O filho nascido ou adotado após o início de vigência do contrato deverá ter sido incluído dentro do prazo de 30 (trinta) dias após o seu nascimento ou adoção para fazer jus ao benefício, sob pena de ser aplicado o disposto na subcláusula 18.1.3.

18.1.5 O direito ao PARJ também é conferido ao nascituro, considerado filho do usuário titular falecido que deverá ser inscrito durante o prazo de 30 (trinta) dias após o seu nascimento, sob pena de ser aplicado o disposto na subcláusula 18.1.3.

18.1.6 Cartões de identificação dos usuários dependentes serão substituídos pelo cartão de identificação do PARJ.

18.1.7 O direito ao PARJ aos dependentes do usuário titular falecido, será assegurado na mesma área de abrangência do plano de assistência a saúde originalmente contratado.

18.1.8 Os usuários dependentes que não apresentarem os documentos exigidos ficarão impedidos de gozar os benefícios do PARJ, mesmo que tenham direito a ele.

18.1.9 Cumprido o tempo de permanência no PARJ, seja por término do prazo concedido, seja pela perda da condição de beneficiário, o usuário poderá transferir-se para um dos planos de assistência médica e hospitalar da contratada, mediante pagamento da mensalidade própria. A transferência sem o cumprimento de carência dar-se-á desde que o plano escolhido seja equivalente àquele que concedeu o PARJ e desde que o novo contrato seja firmado no prazo de 30 (trinta) dias imediatos à perda da condição de dependente ou da conclusão do prazo do benefício.

Prezada Sra. Maria Rosalina,

Vimos pela presente, conforme contratualmente pactuado entre a UNIMED Leste Flu-

minense e a empresa Ampla Energia e Serviços S.A., informar que estamos lhe concedendo o benefício de remissão tendo em vista o vínculo empregatício que o Sr. J.C.T. possuía com a instituição acima mencionada. Nesta oportunidade, portanto, inicia-se o gozo de tal benefício, que consiste, nos casos de falecimento do usuário titular, seus dependentes regularmente cadastrados no plano de saúde gozarem da manutenção da condição de cliente da UNIMED Fluminense, no mesmo plano contratado, sem o respectivo pagamento da mensalidade, pelo período de dois (2) anos.

O art. 421 do CC estabelece que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, sendo certo que a liberdade dos contratantes não pode contrariar valores e princípios constitucionais, como o direito à vida, a dignidade da pessoa humana e a boa-fé.

Prevê o Enunciado nº 27 do CJF/STJ que: “Na interpretação da cláusula geral da boa-fé objetiva, deve-se levar em conta o sistema do CC e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos”.

Nessa linha de raciocínio, a interpretação da boa-fé objetiva dos contratos deve ser realizada, não só a luz do CC, como também de outros estatutos normativos, dentre eles, o CDC.

Nesse contexto, em razão da presumida vulnerabilidade do consumidor, tem-se que as cláusulas limitativas ou obstativas das obrigações assumidas pelas seguradoras de saúde, devem ser interpretadas à luz da boa-fé objetiva e sempre da maneira mais favorável ao consumidor, em consonância com o art. 47 do CDC, principalmente quando se trata de contrato de adesão, na medida em que o consumidor somente adere às cláusulas do pacto.

Nesse quadro, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 51, inciso IV, impede

a incidência de qualquer obrigação considerada abusiva e que coloque o consumidor em desvantagem exagerada, sendo nula de pleno direito a cláusula que restringe o direito do consumidor (paciente) quanto ao tratamento de que necessita.

#### Precedentes do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - PLANO DE SAÚDE - SEGURO DE SAÚDE - ALEGAÇÃO DE QUE O PROCEDIMENTO DE COLOCAÇÃO DE *STENT*, NÃO É PROCEDIMENTO CIRÚRGICO, MAS APENAS UM PROCEDIMENTO DE IMPLANTE DE PRÓTESE - EXCLUSÃO DO TIPO DE PROCEDIMENTO DA COBERTURA SECURITÁRIA - INOVAÇÃO RECURSAL – ANÁLISE NESTA FASE PROCESSUAL - IMPOSSIBILIDADE – CONTRATO FIRMADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.656/98 - OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO - POSSIBILIDADE DE SE AFERIR, NAS RENOVACÕES, A ABUSIVIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS À LUZ DO QUE DISPÕE A LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA - ANGIOPLASTIA CORONARIANA - COLOCAÇÃO DE *STENT* - POSSIBILIDADE - EXCLUSÃO DA COBERTURA DO CUSTEIO OU DO RESSARCIMENTO DE IMPLANTAÇÃO DE PRÓTESE IMPRESCINDÍVEL PARA O ÊXITO DA INTERVENÇÃO CIRÚRGICA COBERTA PELO PLANO - INADMISSIBILIDADE – ABUSIVIDADE MANIFESTA DA CLÁUSULA RESTRITIVA DE DIREITOS – LIMITAÇÃO DE TRATAMENTO PARA DOENÇA COBERTA PELO CONTRATO - IMPOSSIBILIDADE - DANO MORAL - OCORRÊNCIA – ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE – RECURSO IMPROVIDO. (AgRg no Ag 1.341.183/PB, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Terceira Turma, julgado em 10/04/2012, DJe 20/04/2012).

CIVIL. CONSUMIDOR. SEGURO. APÓLICE DE PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA ABUSIVA. LIMITAÇÃO DO VALOR DE COBERTURA DO TRATAMENTO. NULIDADE DECRETADA. DANOS MATERIAL E MORAL CONFIGURADOS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. É abusiva a cláusula contratual de seguro de saúde que estabelece limitação de valor para o custeio de despesas com tratamento clínico, cirúrgico e de internação hospitalar.

2. O sistema normativo vigente permite às seguradoras fazer constar da apólice de plano de saúde privado cláusulas limitativas de riscos adicionais relacionados com o objeto da contratação, de modo a responder pelos riscos somente na extensão contratada. Essas cláusulas meramente limitativas de riscos extensivos ou adicionais relacionados com o objeto do contrato não se confundem, porém, com cláusulas que visam afastar a responsabilidade da seguradora pelo próprio objeto nuclear da contratação, as quais são abusivas.

3. Na espécie, a seguradora assumiu o risco de cobrir o tratamento da moléstia que acometeu a segurada. Todavia, por meio de cláusula limitativa e abusiva, reduziu os efeitos jurídicos dessa cobertura, ao estabelecer um valor máximo para as despesas hospitalares, tornando, assim, inócuo o próprio objeto do contrato.

4. A cláusula em discussão não é meramente limitativa de extensão de risco, mas abusiva, porque excludente da própria essência do risco assumido, devendo ser decretada sua nulidade.

5. É de rigor o provimento do recurso especial, com a procedência da ação e a improcedência da reconvenção, o que implica a condenação da seguradora ao pagamento das mencionadas despesas médico-hospitalares, a título de danos materiais, e dos danos morais decorrentes da injusta e abusiva recusa de cobertura securitária, que causa aflição ao segurado.

6. Recurso especial provido. (REsp 735.750/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 14/02/2012, DJe de 16/02/2012).

Cumpra ratificar que a boa-fé objetiva deve ser observada em todas as fases contratuais, não podendo, por isso, pretender a ré se eximir de responsabilidade, mormente quando o dever anexo de cooperação impõe a adoção de ações recíprocas de lealdade.

Nesse sentido:

Recurso especial. Civil. Indenização. Aplicação do princípio da boa-fé contratual. Deveres anexos ao contrato. O princípio da boa-fé se aplica às relações contratuais regidas pelo CDC, impondo, por conseguinte, a obediência aos deveres anexos ao contrato, que são decorrência lógica deste princípio. O dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual. A violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa. A alteração dos valores arbitrados a título de reparação de danos extrapatrimoniais somente é possível, em sede de Recurso Especial, nos casos em que o *quantum* determinado revela-se irrisório ou exagerado. Recursos não providos. REsp 595631 / SC. Relatora Ministra NANCY ADRIGHI. 3ª Turma. Julgado em: 08/06/2004.

Continuando a análise dos dispositivos legais aplicáveis ao caso em tela, a Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, garantiu, no art. 30, o direito dos dependentes do segurado falecido de permanecerem no plano de saúde:

Art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exonera-

ção do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.

§ 1º O período de manutenção da condição de beneficiário a que se refere o *caput* será de um terço do tempo de permanência nos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses.

§ 2º A manutenção de que trata este artigo é extensiva, obrigatoriamente, a todo o grupo familiar inscrito quando da vigência do contrato de trabalho.

§ 3º Em caso de morte do titular, o direito de permanência é assegurado aos dependentes cobertos pelo plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, nos termos do disposto neste artigo.

§ 4º O direito assegurado neste artigo não exclui vantagens obtidas pelos empregados decorrentes de negociações coletivas de trabalho.

§ 5º A condição prevista no *caput* deste artigo deixará de existir quando da admissão do consumidor titular em novo emprego.

§ 6º Nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa, não é considerada contribuição a co-participação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar.

Também a Resolução Normativa – RN nº 279 da ANS dispõe que: Art. 8º Em caso de morte do titular é assegurado o direito de manutenção aos seus dependentes cobertos pelo plano privado de assistência à saúde, nos termos do disposto nos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998.

Portanto, a legislação é clara ao estabelecer que assiste ao dependente o direito de perma-

nência no plano de assistência à saúde coletivo em caso de morte do titular, inexistindo qualquer ressalva quanto a categoria do dependente.

Nesse diapasão, a cláusula contratual que exclui o dependente, denominado pela ré de agregado, do benefício garantido por lei é manifestamente abusiva e, portanto, não pode prevalecer sobre o art. 30 da Lei nº 9.656/98.

Impede ressaltar, por fim, que a parte autora tem, atualmente, 93 anos de idade, pessoa idosa que merece ainda mais proteção diante de sua inegável vulnerabilidade agravada, sendo certo que, caso seja excluída do plano de saúde da ré, de quem é beneficiária há mais de 30 anos, não conseguirá contratar nenhum outro plano, o que deixará a margem do precário sistema de saúde pública.

Assim, escorreita a sentença que determinou que a parte ré mantenha a autora em seu plano de saúde.

Quanto aos honorários recursais, vejamos.

De acordo com lição de FREDIE DIDIER JR., em sua obra **Curso de Direito Processual Civil, Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais**, vol 3, 13ª edição, p. 158, *in verbis*:

“A sucumbência recursal, com a majoração dos honorários advocatícios já fixados, somente ocorre quando o recurso for inadmitido ou rejeitado, mantida a decisão recorrida.

Se porém, o recurso for conhecido e provido para reformar a decisão, o que há é inversão da sucumbência: a condenação inverte-se, não havendo honorários recursais.”

No presente caso, contudo, apesar do recurso da parte ré ter sido desprovido, a autora não apresentou contrarrazões, de forma que não se mostra razoável a majoração dos hono-

rários advocatícios de sucumbência.

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer e negar provimento à apelação, deixando de arbitrar honorários recursais, pelo fundamento acima indicado.

Rio de Janeiro, 06 de setembro de 2017.

**DES. CINTIA SANTARÉM CARDINALI**  
Relatora

**PLANO DE SAÚDE. CONTRATO ANTIGO. CDC. AUMENTO ABUSIVO DAS MENSALIDADES. FAIXA ETÁRIA. ESTATUTO DO IDOSO. STJ. CLÁUSULA DE BARREIRA. REAJUSTES DESPROPORCIONAIS. NECESSIDADE DE CÁLCULOS ATUARIAIS PARA MAJORAÇÃO DA 5ª FAIXA. RESTITUIÇÃO DOS PAGAMENTOS INDEVIDOS.**

**PLANO DE SAÚDE INDIVIDUAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULA CONTRATUAL. ALEGAÇÃO DE ABUSIVIDADE NA COBRANÇA DAS MENSALIDADES DECORRENTE DE REAJUSTE EM RAZÃO DE FAIXA ETÁRIA. CONTRATO CELEBRADO EM 1997. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA PARA DETERMINAR QUE A RÉ SE ABSTENHA DE MAJORAR AS MENSALIDADES APÓS A VIGÊNCIA DO ESTATUTO DO IDOSO, RESSALVADOS OS REAJUSTES ANUAIS AUTORIZADOS PELA ANS, BEM COMO RESTITUIR EM DOBRO OS VALORES PAGOS A MAIOR DENTRO DO PRAZO DECENAL. APELAÇÃO DA RÉ REITERANDO A PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO, LEGALIDADE DO REAJUSTE APLICADO E VALIDADE DAS CONDIÇÕES CONTRATUAIS.**

**1. Na hipótese dos autos, verifico que, nada obstante o apelante, em suas razões recursais, tenha sustentado a legalidade do reajuste anual por estar em consonância com os limites da ANS, o juiz de 1º grau não afastou este reajuste, inexistindo interesse do réu quanto a este ponto, razão pela qual o recurso não merece ser conhecido nessa parte.**

**2. Tratando-se de relação jurídica de trato sucessivo, o contratante pode, a qualquer tempo, durante a vigência do contrato, pleitear a revisão de cláusula contratual supostamente abusiva, observando, entretanto, a prescrição das parcelas vencidas no prazo anterior à data da propositura da ação.**

**3. Não merece acolhida a pretensão da apelante quanto à aplicação da prescrição ânua à hipótese, porquanto a causa de pedir não se refere a contrato de seguro, mas sim à prestação de serviços de saúde.**

**4. Por outro lado, deve ser afastada a prescrição decenal reconhecida na sentença. Consoante entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo recentemente julgado, a pretensão condenatória decorrente de declaração de nulidade de cláusula de reajuste deve observar a prescrição trienal, nos termos do disposto no artigo 206, § 3º, IV, do CC/02. Precedente: REsp nº 1360969/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Segunda Seção, julgado em 10/08/2016, DJe 19/09/2016 – Tema 610).**

**5. Na hipótese, considerando que a pretensão de invalidação da cláusula contratual tem como consequência o desaparecimento da causa lícita do pagamento que foi efetuado, caracteriza-se o enriquecimento sem causa daquele que o recebeu, incidindo o prazo prescricional trienal. É dizer, “cuidando-se de pretensão de nulidade de cláusula de reajuste prevista em contrato de**

plano ou seguro de assistência à saúde, com a consequente repetição do indébito, a ação ajuizada está fundada no enriquecimento sem causa e, por isso, o prazo prescricional aplicável é o trienal, previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002”. (STJ REsp 1360969/RS, 2ª Seção. Rel. para acórdão MARCO AURÉLIO BELLIZZE, data: 10/08/2016).

6. A relação jurídica entre as partes é de consumo, uma vez que o apelado se enquadra no conceito de consumidor final (art. 2º do CDC) e o apelante no de fornecedor de serviço (art. 3º do CDC). Incidência da Súmula nº 469 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”

7. No caso em exame, o contrato foi celebrado em 1997, sendo, portanto, anterior à Lei nº 9.656/98. Dessa forma, tratando-se de contrato antigo e não adaptado, devem ser observadas as disposições contratualmente previstas, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas do CDC.

8. O Juiz *a quo* reconheceu a onerosidade excessiva dos reajustes, bem como a ofensa ao equilíbrio financeiro contratual e a violação ao disposto no artigo 51, incisos IV e X, do CDC.

9. O Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (STJ REsp nº 1568244/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 19/12/2016, Tese 952), consolidou o entendimento de que a cláusula de reajuste por faixa etária nos planos de saúde é legal quando os reajustes guardam proporção com o aumento da demanda dos serviços prestados, uma vez que, quanto mais avançada a idade da pessoa, independentemente de estar ou não ela enquadrada legalmente como idosa, maior é a probabilidade de contrair patologia que afete sua saúde, resultando em rela-

ção direta entre incremento de faixa etária e aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica arcado pela operadora do plano de saúde.

10. Segundo o princípio da solidariedade intergeracional, bem como do mutualismo, a cláusula que prevê o aumento da mensalidade do plano de saúde se revela justificada, evidenciando regra atuarial e asseguroadora de riscos. Ademais, conforme se extrai da fundamentação do voto supra-mencionado, o disposto no artigo 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003 “apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, o reajuste baseado no simples fato de a pessoa ser idosa, sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato”

11. A orientação do STJ nos contratos antigos é no sentido de que a disciplina ficou restrita ao estabelecido em cada contrato, observadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS.

12. No caso em exame, fazendo uma projeção com os valores fixados no contrato, quando o segurado atingiu a faixa 5 (61 a 65 anos), a mensalidade do plano sofreu um aumento de 399%. Relevante ressaltar ainda que, conforme estipulado no contrato, houve a majoração na faixa 6 (66 a 70 anos) e 7 (71 anos), sendo que a diferença entre a 1ª e estas foi de 513,72% e 754,24%, respectivamente.

13. Assim, resta configurada a política de preço desmedido ou tentativa de formação de “cláusula de barreira” com o intuito de afastar o usuário idoso da relação contratual por impossibilidade financeira, caracterizando patente onerosidade excessiva e discriminatória, sendo, portanto, inidôneo o percentual fixado.

14. Cabe ao Judiciário analisar

**o percentual dos índices de reajustes desproporcionais, ainda que previstos no contrato, quando causem onerosidade excessiva ao consumidor, que não pode carecer de proteção em detrimento do usuário dos planos de saúde. No presente caso, o aumento da mensalidade aplicado pela operadora do plano de saúde equivale a desequilíbrio ocasionado por abuso da posição predominante que possui a empresa perante o consumidor.**

**15. Desta forma, correta a sentença ao reconhecer a abusividade dos reajustes aplicados no contrato em exame, entretanto, merece reforma no tocante à vedação à majoração da mensalidade após o atingimento da idade de 60 anos pelo autor e vigência do Estatuto do Idoso, considerando que, consoante entendimento exarado pelo STJ em sede de recurso repetitivo, reconhecida a abusividade do aumento praticado, “a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença”. (STJ REsp nº 1568244/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 19/12/2016).**

**16. Recurso parcialmente provido para determinar que a apuração do percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade do plano de saúde do autor e seu dependente a partir da 5ª faixa seja realizada através de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença, devendo ser devolvido em dobro o valor pago a maior a partir de 01/12/2004, observado o prazo prescricional trienal.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0459182-53.2014.8.19.0001, em que é Apelante Sul América Companhia de Seguro Saúde e Ape-

lado M.S.A..

Acordam os Desembargadores que compõem a Vigésima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, em conhecer parcialmente do recurso e, nesta extensão, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Relatora.

Trata-se de ação revisional de cláusula contratual ajuizada por M.S.A. contra Sul América Companhia de Seguro Saúde, aduzindo, em síntese, que, em novembro de 1997, firmou contrato de plano de saúde com a ré (plano 312 – Especial), figurando como titular, sendo que sua esposa e dois filhos eram seus dependentes. Afirmou que no ato da contratação o autor e sua esposa contavam, respectivamente, com 59 e 50 anos de idade, arcando com o pagamento inicial de R\$ 680,11. Assevera que, em razão da idade, o plano de saúde tem aumentado o valor das mensalidades, sendo que em março de 2014 pagou a quantia de R\$ 5.469,93 e, no mês seguinte, passou para R\$ 5.641,82, em razão de reajuste decorrente de sua data de aniversário. Sustenta que a mensalidade vem sofrendo alteração em razão do aumento de sua idade, desde o ano de 1999, o que lhe causou prejuízos. Requereu a concessão de tutela antecipada para que a ré se abstivesse de cobrar o aumento das mensalidades a partir do ano de 2004, determinando-se a aplicação imediata dos índices autorizados pela ANS. Ao final, pugnou pelo reajuste das mensalidades de seu plano de saúde e de sua dependente de acordo com os percentuais determinados pela ANS, afastando o aumento por faixa etária durante todo o contrato. Requereu a devolução em dobro do valor cobrado indevidamente e condenação da ré ao pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios (indexador 3).

Decisão deferindo a antecipação parcial dos efeitos da tutela (indexador 44).

A sentença foi proferida para julgar procedente em parte os pedidos, nos seguintes termos (indexador 286):

“(…) Isto posto, julgo procedentes em parte os pedidos formulados na inicial, com fulcro no art. 269, I, do Código de Processo Civil e na fundamentação acima exposta, para: A) Tornar definitivos os efeitos da tutela para determinar que a parte ré abstenha-se de majorar as mensalidades do plano de saúde da parte autora e seus dependentes após o atingimento da idade de sessenta anos e vigência do Estatuto do idoso, ressalvado os reajustes anuais autorizados pela ANS, sob pena de arcar com o valor equivalente ao dobro do valor cobrados em desconformidade com esta decisão; B) Condenar a parte ré a pagar em favor da parte autora, em dobro, os valores pagos a maior referentes às diferenças consistentes nos aumentos indevidos constatados pelas mudanças de faixas etárias a partir dos sessenta anos e àqueles reajustes anuais autorizados pela ANS, considerando a data da vigência do Estatuto do Idoso e limitado ao prazo prescricional decenal anterior ao ajuizamento desta demanda, a ser apurado em sede de liquidação de sentença, corrigido monetariamente desde a data do ajuizamento desta demanda e com juros de 1% ao mês a contar da citação. Outrossim, condeno a parte ré nas custas e honorários advocatícios que fixo em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, com fulcro no artigo 21, parágrafo único do Código de Processo Civil (...)”

Apelação da ré, na qual reiterou a prejudicial de prescrição anual e, no mérito, sustentou que a relação existente entre as partes é fundada em contrato de seguro e que o pagamento do prêmio constituiu verba prestada pelo segurado em favor do fundo. Ressaltou a legalidade do reajuste por estar em consonância com o índice anual regulamentado pela Agência Nacional de Saúde, bem como os reajustes

por faixa etária estabelecidos contratualmente. Aduziu que o reajuste por faixa etária é necessário para manter o equilíbrio contratual e foi aplicado em 2000. Salientou que o contrato foi celebrado antes da vigência da Lei nº 9.656/98 e do Estatuto do Idoso, de modo que a validade das condições contratuais afasta a repetição do indébito na espécie (indexador 313).

Cinge-se a controvérsia em verificar a legalidade dos reajustes aplicados pela operadora de plano de saúde ré e, constatada a abusividade, o prazo prescricional e se há a devolução em dobro.

De início, cumpre ressaltar que as condições do recurso são os requisitos exigidos para que se possa considerar legítima a sua interposição. Dentre esses requisitos, destaca-se o interesse de recorrer, que é instrumental e secundário, surgindo da necessidade de obter a proteção ao interesse substancial. Se a decisão gerar para o recorrente uma situação jurídica desfavorável, daí resulta a necessidade do recurso para alcançar posição contrária àquela proporcionada pelo provimento judicial impugnado.

Na hipótese dos autos, verifico que, nada obstante o apelante, em suas razões recursais, tenha sustentado a legalidade do reajuste anual por estar em consonância com os limites da ANS, o juiz de 1º grau não afastou este reajuste, inexistindo interesse do réu quanto a este ponto, razão pela qual o recurso não merece ser conhecido nessa parte.

Passo a analisar a prejudicial de mérito alegada pela apelante quanto à ocorrência de prescrição.

Não merece acolhida a pretensão da apelante quanto à aplicação da prescrição anual à hipótese, porquanto a causa de pedir não se refere a contrato de seguro, mas sim à prestação

de serviços de saúde.

Por outro lado, deve ser afastada a prescrição decenal reconhecida na sentença. Consoante entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo recentemente julgado, em relação à pretensão declaratória de nulidade parcial do contrato, durante sua vigência, não há que se falar em decadência, mas a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste deve observar a prescrição trienal, nos termos do disposto no artigo 206, § 3º, IV do CC/02, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CIVIL. CONTRATO DE PLANO OU SEGURO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. PRETENSÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA DE REAJUSTE. ALEGADO CARÁTER ABUSIVO. CUMULAÇÃO COM PRETENSÃO DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. EFEITO FINANCEIRO DO PROVIMENTO JUDICIAL. AÇÃO AJUIZADA AINDA NA VIGÊNCIA DO CONTRATO. NATUREZA CONTINUATIVA DA RELAÇÃO JURÍDICA. DECADÊNCIA. AFASTAMENTO. PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL. ART. 206, § 3º, IV, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRETENSÃO FUNDADA NO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. 2. CASO CONCRETO: ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL *A QUO* CONVERGE COM A TESE FIRMADA NO REPETITIVO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO ÂNUA PREVISTA NO ART. 206, § 1º, II, DO CC/2002. AFASTAMENTO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Em se tratando de ação em que o autor, ainda durante a vigência do contrato, pretende, no âmbito de relação de trato sucessivo, o reconhecimento do caráter abusivo de cláusula contratual com

a consequente restituição dos valores pagos indevidamente, torna-se despicienda a discussão acerca de ser caso de nulidade absoluta do negócio jurídico - com provimento jurisdicional de natureza declaratória pura, o que levaria à imprescritibilidade da pretensão - ou de nulidade relativa - com provimento jurisdicional de natureza constitutiva negativa, o que atrairia os prazos de decadência, cujo início da contagem, contudo, dependeria da conclusão do contrato (CC/2002, art. 179). Isso porque a pretensão última desse tipo de demanda, partindo-se da premissa de ser a cláusula contratual abusiva ou ilegal, é de natureza condenatória, fundada no ressarcimento de pagamento indevido, sendo, pois, alcançável pela prescrição. Então, estando o contrato ainda em curso, esta pretensão condenatória, prescritível, é que deve nortear a análise do prazo aplicável para a perseguição dos efeitos financeiros decorrentes da invalidade do contrato. 2. Nas relações jurídicas de trato sucessivo, quando não estiver sendo negado o próprio fundo de direito, pode o contratante, durante a vigência do contrato, a qualquer tempo, requerer a revisão de cláusula contratual que considere abusiva ou ilegal, seja com base em nulidade absoluta ou relativa. Porém, sua pretensão condenatória de repetição do indébito terá que se sujeitar à prescrição das parcelas vencidas no período anterior à data da propositura da ação, conforme o prazo prescricional aplicável. 3. Cuidando-se de pretensão de nulidade de cláusula de reajuste prevista em contrato de plano ou seguro de assistência à saúde ainda vigente, com a consequente repetição do indébito, a ação ajuizada está fundada no enriquecimento sem causa e, por isso, o prazo prescricional é o trienal de que trata o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002. 4. É da invalidade, no todo ou em parte, do negócio jurídico, que nasce para o contratante lesado o direito de obter a restituição dos valores pagos a maior, porquanto o reconhecimento do caráter ilegal ou abusivo do contrato tem como consequência lógica a perda da causa que legi-

timava o pagamento efetuado. A partir daí fica caracterizado o enriquecimento sem causa, derivado de pagamento indevido a gerar o direito à repetição do indébito (arts. 182, 876 e 884 do Código Civil de 2002). 5. A doutrina moderna aponta pelo menos três teorias para explicar o enriquecimento sem causa: a) a teoria unitária da deslocação patrimonial; b) a teoria da ilicitude; e c) a teoria da divisão do instituto. Nesta última, basicamente, reconhecidas as origens distintas das anteriores, a estruturação do instituto é apresentada de maneira mais bem elaborada, abrangendo o termo causa de forma ampla, subdividido, porém, em categorias mais comuns (não exaustivas), a partir dos variados significados que o vocábulo poderia fornecer, tais como o enriquecimento por prestação, por intervenção, resultante de despesas efetuadas por outrem, por desconsideração de patrimônio ou por outras causas. 6. No Brasil, antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, em que há expressa previsão do instituto (arts. 884 a 886), doutrina e jurisprudência já admitiam o enriquecimento sem causa como fonte de obrigação, diante da vedação do locupletamento ilícito. 7. O art. 884 do Código Civil de 2002 adota a doutrina da divisão do instituto, admitindo, com isso, interpretação mais ampla a albergar o termo causa tanto no sentido de atribuição patrimonial (simples deslocamento patrimonial), como no sentido negocial (de origem contratual, por exemplo), cuja ausência, na modalidade de enriquecimento por prestação, demandaria um exame subjetivo, a partir da não obtenção da finalidade almejada com a prestação, hipótese que mais se adequa à prestação decorrente de cláusula indigitada nula (ausência de causa jurídica lícita). 8. Tanto os atos unilaterais de vontade (promessa de recompensa, arts. 854 e ss.; gestão de negócios, arts. 861 e ss.; pagamento indevido, arts. 876 e ss.; e o próprio enriquecimento sem causa, art. 884 e ss.) como os negociais, conforme o caso, comportam o ajuizamento de ação fundada no enriquecimento sem causa, cuja pre-

tensão está abarcada pelo prazo prescricional trienal previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002. 9. A pretensão de repetição do indébito somente se refere às prestações pagas a maior no período de três anos compreendidos no interregno anterior à data do ajuizamento da ação (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002; art. 219, *caput* e § 1º, CPC/1973; art. 240, § 1º, do CPC/2015). 10. Para os efeitos do julgamento do recurso especial repetitivo, fixa-se a seguinte tese: Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002. 11. Caso concreto: Recurso especial interposto por Unimed Nordeste RS Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. a que se nega provimento. (Resp nº 1360969/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 19/09/2016).

Isso porque, tratando-se de relação jurídica de trato sucessivo, o contratante pode, a qualquer tempo, durante a vigência do contrato, pleitear a revisão de cláusula contratual supostamente abusiva, observando, entretanto, a prescrição das parcelas vencidas no prazo anterior à data da propositura da ação.

Na hipótese, considerando que a pretensão de invalidação da cláusula contratual tem como consequência o desaparecimento da causa lícita do pagamento que foi efetuado, caracteriza-se o enriquecimento sem causa daquele que o recebeu, incidindo o prazo prescricional trienal.

É dizer, “cuidando-se de pretensão de nulidade de cláusula de reajuste prevista em contrato de plano ou seguro de assistência à

saúde, com a consequente repetição do indébito, a ação ajuizada está fundada no enriquecimento sem causa e, por isso, o prazo prescricional aplicável é o trienal, previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002”. (STJ REsp nº 1360969/RS, 2ª Seção. Rel. para acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, data: 10/08/2016).

Assim, a sentença merece reparo no tocante ao reconhecimento do prazo prescricional decenal, eis que, tendo em vista a força vinculativa dos julgamentos dos recursos repetitivos, incide no caso em exame o prazo de três anos, nos termos do artigo 206, § 3º, IV do CC/02.

Passo a analisar o mérito da apelação.

Assinale-se que a relação jurídica entre as partes é de consumo, uma vez que o apelado se enquadra no conceito de consumidor final (art. 2º do CDC) e os apelantes no de fornecedor de serviço (art. 3º do CDC).

Ademais, tem aplicação a Súmula nº 469 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“Súmula nº 469, STJ: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

Em suas razões, o apelante sustentou que os reajustes por faixa etária foram estabelecidos contratualmente, sendo necessário para manter o equilíbrio contratual.

A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo recentemente julgado, na análise de plano de saúde na modalidade individual, fixou o seguinte entendimento:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIO-

NAL. NÃO OCORRÊNCIA. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. MODALIDADE INDIVIDUAL OU FAMILIAR. CLÁUSULA DE REAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. LEGALIDADE. ÚLTIMO GRUPO DE RISCO. PERCENTUAL DE REAJUSTE. DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS. ABUSIVIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. EQUILÍBRIO FINANCEIRO-ATUARIAL DO CONTRATO.

1. A variação das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde em razão da idade do usuário deverá estar prevista no contrato, de forma clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada (arts. 15, *caput*, e 16, IV, da Lei nº 9.656/1998).

2. A cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária do beneficiário encontra fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos.

3. Os gastos de tratamento médico-hospitalar de pessoas idosas são geralmente mais altos do que os de pessoas mais jovens, isto é, o risco assistencial varia consideravelmente em função da idade. Com vistas a obter maior equilíbrio financeiro ao plano de saúde, foram estabelecidos preços fracionados em grupos etários a fim de que tanto os jovens quanto os de idade mais avançada paguem um valor compatível com os seus perfis de utilização dos serviços de atenção à saúde.

4. Para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os de mais tenra idade suportassem parte dos custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do *community rating* modificado).

5. As mensalidades dos mais jovens, apesar de proporcionalmente mais caras, não po-

dem ser majoradas demasiadamente, sob pena de o negócio perder a atratividade para eles, o que colocaria em colapso todo o sistema de saúde suplementar em virtude do fenômeno da seleção adversa (ou antisseleção).

6. A norma do art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003, que veda “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”, apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, aquele sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato.

7. Para evitar abusividades (Súmula nº 469/STJ) nos reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde, alguns parâmetros devem ser observados, tais como (i) a expressa previsão contratual; (ii) não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da especial proteção ao idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano; e (iii) respeito às normas expedidas pelos órgãos governamentais: a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS. b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 02/01/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo

também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos. c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância (i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos; (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e (iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas. 8. A abusividade dos aumentos das mensalidades de plano de saúde por inserção do usuário em nova faixa de risco, sobretudo de participantes idosos, deverá ser aferida em cada caso concreto. Tal reajuste será adequado e razoável sempre que o percentual de majoração for justificado atuarialmente, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, bem como a sobrevivência do próprio fundo mútuo e da operadora, que visa comumente o lucro, o qual não pode ser predatório, haja vista a natureza da atividade econômica explorada: serviço público impróprio ou atividade privada regulamentada, complementar, no caso, ao Serviço Único de Saúde (SUS), de responsabilidade do Estado.

9. Se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde em virtude da alteração de faixa etária do usuário, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença.

10. Tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos

órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.

11. Caso Concreto: Não restou configurada nenhuma política de preços desmedidos ou tentativa de formação, pela operadora, de “cláusula de barreira” com o intuito de afastar a usuária quase idosa da relação contratual ou do plano de saúde por impossibilidade financeira.

Longe disso, não ficou patente a onerosidade excessiva ou discriminatória, sendo, portanto, idôneos o percentual de reajuste e o aumento da mensalidade fundados na mudança de faixa etária da autora.

12. Recurso especial não provido. (REsp 1568244/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Segunda Seção, julgado em 14/12/2016, DJe 19/12/2016)

Dessa forma, para análise da discussão sobre aumento da faixa etária, deve-se observar a data de contratação do plano de acordo com o seguinte critério: se contratado antes de 2 de janeiro de 1999, data da vigência da Lei nº 9.656/98; entre 2 de janeiro de 1999 e 1º de janeiro de 2004; e depois de janeiro de 2004.

No caso em exame, o contrato foi celebrado em 1997 (indexador 12), sendo, portanto, anterior à Lei nº 9.656/98. Dessa forma, tratando-se de contrato antigo e não adaptado, devem ser observadas as disposições contratualmente previstas, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas do CDC.

O Juiz *a quo* reconheceu a onerosidade excessiva dos reajustes, bem como a ofensa ao equilíbrio financeiro contratual e a violação ao disposto no artigo 51, incisos IV e X, do CDC.

Os aumentos da mensalidade do plano de saúde por mudança de faixa etária estão previstos na cláusula 15.1 do contrato celebrado

entre as partes (Indexador 136). Os reajustes foram fixados da seguinte forma:

“Até 17 anos - 0,00%  
De 18 a 45 anos - 51,47%  
De 46 a 55 anos - 30,43 %  
De 56 a 60 anos - 70,99 %  
De 61 a 65 anos - 32,92 %  
De 66 a 70 anos - 36,68 %  
71 anos - 39,19%”

Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a cláusula de reajuste por faixa etária nos planos de saúde é legal quando os reajustes guardam proporção com o aumento da demanda dos serviços prestados, uma vez que, quanto mais avançada a idade da pessoa, independentemente de estar ou não ela enquadrada legalmente como idosa, maior é a probabilidade de contrair patologia que afete sua saúde, resultando em relação direta entre incremento de faixa etária e aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica arcado pela operadora do plano de saúde.

Com efeito, segundo o princípio da solidariedade intergeracional, bem como do mutualismo, a cláusula que prevê o aumento da mensalidade do plano de saúde se revela justificada, evidenciando regra atuarial e asseguradora de riscos.

Ademais, o disposto no artigo 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003 “apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, o reajuste baseado no simples fato de a pessoa ser idosa, sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato” (STJ REsp nº 1568244/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Segunda Seção, julgado em 14/12/2016, DJe 19/12/2016).

A orientação do STJ nos contratos antigos é no sentido de que a disciplina ficou restrita

ao estabelecido em cada contrato, observadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS.

No caso em exame, fazendo uma projeção com os valores fixados no contrato, quando o segurado atingiu a faixa 5 (61 a 65 anos), a mensalidade do plano sofreu um aumento de 399%. Relevante ressaltar ainda que, conforme estipulado no contrato, houve a majoração na faixa 6 (66 a 70 anos) e 7 (71 anos), sendo que a diferença entre a 1ª e estas foi de 513,72% e 754,24%, respectivamente, senão vejamos:

|              |   |                 |        |               |
|--------------|---|-----------------|--------|---------------|
| ATÉ 17 ANOS  | 1 | <b>100</b>      | 0%     | <b>0</b>      |
| 18 A 45 ANOS | 2 | <b>151,47</b>   | 51,47% | <b>151,47</b> |
| 46 A 55 ANOS | 3 | <b>197,5623</b> | 30,43% | <b>197,56</b> |
| 56 A 60 ANOS | 4 | <b>337,8118</b> | 70,99% | <b>337,81</b> |
| 61 A 65 ANOS | 5 | <b>449,0195</b> | 32,92% | <b>449,02</b> |
| 66 A 70 ANOS | 6 | <b>613,7198</b> | 36,68% | <b>613,72</b> |
| 71 ANOS      | 7 | <b>854,2366</b> | 39,19% | <b>854,24</b> |

Assim, resta configurada a política de preço desmedido ou tentativa de formação de “cláusula de barreira” com o intuito de afastar o usuário idoso da relação contratual por impossibilidade financeira, caracterizando patente onerosidade excessiva e discriminatória, sendo, portanto, inidôneo o percentual fixado.

Ademais, justamente em razão de o consumidor não participar da negociação desses reajustes, os quais são definidos unilateralmente pelo fornecedor, é que se admite o controle jurisdicional de eventual abusividade.

Cabe ao Judiciário analisar o percentual dos índices de reajustes desproporcionais, ainda que previstos no contrato, quando causem onerosidade excessiva ao consumidor, que não pode carecer de proteção em detri-

mento do usuário dos planos de saúde.

No presente caso, o aumento da mensalidade aplicado pela operadora do plano de saúde equivale a desequilíbrio ocasionado por abuso da posição predominante que possui a empresa perante o consumidor.

Sabe-se que a onerosidade excessiva decorre de fato superveniente e imprevisível para o consumidor no momento da contratação, incidindo o disposto no art. 6º, V, do CDC, segundo o qual constitui direito básico do consumidor a revisão contratual “em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Assim, a onerosidade excessiva é, por si só, motivo bastante para justificar a redução da mensalidade a patamares razoáveis. Não se pretende afastar o dogma da força obrigatória dos contratos, alcinhado sob a ótica do *pacta sunt servanda*, o qual continua sendo o pilar da teoria dos contratos, mas será este princípio observado, caso as condições econômicas se mantiverem estáveis, não sendo possível manter o contrato inalterável, tendo em vista que as condições econômicas se modificaram profundamente.

Desta forma, correta a sentença ao reconhecer a abusividade dos reajustes aplicados no contrato em exame, entretanto, merece reforma no tocante à vedação à majoração da mensalidade após o atingimento da idade de 60 anos pelo autor e vigência do Estatuto do Idoso, considerando que, consoante entendimento exarado pelo STJ em sede de recurso repetitivo, reconhecida a abusividade do aumento praticado, “a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença”.

(STJ REsp 1568244/RJ, Rel. Ministro

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Segunda Seção, julgado em 14/12/2016, DJe de 19/12/2016).

No que se refere à devolução em dobro dos valores pagos a maior, o art. 42, parágrafo único, do CDC estabelece que “o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

Na hipótese, o engano não se mostra justificado, notadamente em razão da flagrante abusividade dos percentuais aplicados, uma vez que a diferença entre a 1ª e a 7ª faixa do contrato foi de 754,24%, o que causou onerosidade excessiva ao consumidor.

Isto posto, voto no sentido de conhecer parcialmente do recurso e, nesta extensão, dar-lhe parcial provimento, para determinar que a apuração do percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade do plano de saúde do autor e seu dependente a partir da 5ª faixa seja realizada através de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença, devendo ser devolvido em dobro o valor pago a maior a partir de 01/12/2004, observado o prazo prescricional trienal.

Rio de Janeiro, 28 de junho de 2017.

DES. MARIANNA FUX  
Relatora

**PLANO DE SAÚDE. DESCREDENCIAMENTO DE HOSPITAL. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO USUÁRIO. CDC. DEVER LEGAL. DANO MORAL CONFIGURADO. REDUÇÃO.**

**APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓ-**

**RIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. PLANO DE SAÚDE. DESCREDENCIAMENTO DE HOSPITAL, SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO USUÁRIO DO PLANO. PRELIMINAR DE CONEXÃO AFASTADA. INEXISTÊNCIA DE IDENTIDADE DE PARTE, OBJETO OU DE CAUSA DE PEDIR, NOS TERMOS DO ARTIGO 103, DO CPC/73. NO MÉRITO, DIVULGAÇÃO DE AVISO NO FACEBOOK OU MESMO A COMUNICAÇÃO EM SEU SITE OFICIAL DA OPERADORA, NÃO SUPRIM O DEVER LEGAL DE FAZER A COMUNICAÇÃO PRÉVIA E EXPRESSA DE 30 (TRINTA) DIAS AOS CONSUMIDORES, ACERCA DO DESCREDENCIAMENTO E DA SUBSTITUIÇÃO DE QUALQUER PRESTADOR DO SERVIÇO DE SAÚDE CREDENCIADO, NOS TERMOS DO ARTIGO 17, CAPUT, § 1º, DA LEI Nº 9.656/98. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE MERECE REDUÇÃO PARA O PATAMAR DE R\$ 3.000,00 (TRÊS MIL REAIS), PARA CADA UM DOS AUTORES, EM RESPEITO ÀS BALIZAS DO MÉTODO BIFÁSICO.**

1. Conexão. Preliminar afastada, na medida em que inexistente identidade de parte, objeto nem de causa de pedir, entre o presente feito e o Processo nº 0023898-53.2013.8.19.0205, nos termos da regra insculpida no artigo 103 do CPC/73, vigente à época;

2. “A inclusão de qualquer prestador de serviço de saúde como contratado, referenciado ou credenciado dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 14 desta Lei implica compromisso com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos, permitindo-se sua substituição, desde que seja por outro prestador equivalente e mediante comunicação aos consumidores com 30 (trinta) dias de antecedência. § 1º É facultada a substituição de

entidade hospitalar, a que se refere o *caput* deste artigo, desde que por outro equivalente e mediante comunicação aos consumidores e à ANS com trinta dias de antecedência, ressalvados desse prazo mínimo os casos decorrentes de rescisão por fraude ou infração das normas sanitárias e fiscais em vigor.” (artigo 17, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.656/98);

3. *In casu*, divulgação de aviso no *Facebook* ou mesmo a comunicação em seu site oficial da operadora, não suprem o dever legal de fazer a comunicação prévia e expressa de 30 (trinta) dias aos consumidores, acerca do descredenciamento e da substituição de qualquer prestador do serviço de saúde credenciado, a teor do artigo 17, *caput*, § 1º, da Lei Federal nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde;

4. Dano moral configurado. *Quantum* indenizatório arbitrado pelo Juízo *a quo* no valor de R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) para cada um dos autores, que se revela excessivo e que se reduz para o patamar de R\$ 3.000,00 (três mil reais) para cada autor, em respeito aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da vedação ao enriquecimento sem causa, sem perder de vista o caráter reparador, punitivo e pedagógico da sanção, bem como a condição financeira das partes envolvidas e as especificidades inerentes ao caso concreto;

5. Recurso parcialmente provido, nos termos do voto do Relator.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0023896-83.2013.8.19.0205, em que são Apelantes UNIMED-RIO Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda., e Apelados D.F.G.C. e L.P.G.C.

Acordam os Desembargadores da Vigésima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade de

votos, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer c/c indenizatória, versando a seguinte causa de pedir:

Trata-se de ação proposta por L.P.G.C. e D.F.G.C., em face de Rede D’Or São Luiz S/A; UNIMED-Rio Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. e Qualicorp Administradora de Benefícios S.A., aduzindo, em síntese, serem clientes de plano de saúde comercializado pela 2ª Ré, UNIMED-Rio Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., sendo que, em junho de 2013, o 2º Autor, D.F.G.C., necessitou de atendimento emergencial e buscou, como de costume, os serviços oferecidos pela Casa de Saúde e Maternidade Joari, incorporada pela 1ª Ré, Rede D’Or São Luiz S/A, recebendo a negativa de atendimento pelo plano de saúde, em virtude de descredenciamento. Segundo narra a inicial, a 1ª Autora, L.P.G.C., ainda buscou atendimento para seu filho no Hospital Casa de Saúde Nossa Senhora do Carmo, mas igualmente não obteve êxito pela mesma razão acima aludida.

Neste cenário, formulam pedido de tutela antecipada, para que sejam as Rés compelidas a recredenciar o serviço de emergência da Casa de Saúde e Maternidade Joari e, ao final, pugnam pela confirmação dos efeitos da tutela, bem como pelo recebimento de indenização por danos morais, em valor correspondente a 40 salários-mínimos.

A sentença de index 193 julgou procedente em parte o pedido. Eis o seu dispositivo:

“(…) Diante do exposto, julgo improcedentes os pedidos formulados em face de Rede D’Or São Luiz S/A e Qualicorp Administradora de Benefícios S.A., e julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados em face de UNIMED-RIO Cooperativa de Trabalho

Médico Ltda., para condenar a 20 Ré a pagar aos Autores R\$15.000,00 (quinze mil Reais), divididos em partes iguais, para compensar os danos morais sofridos, observando-se o caráter punitivo-pedagógico da condenação, com juros legais desde a citação e correção monetária desde a sentença.

Em consequência, julgo extinto o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC. Condeno a Ré UNIMED-Rio Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. no pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor da condenação, devidamente atualizado. Transitado em julgado, dê-se baixa e arquivem-se. PRI”.

Apelação interposta pela segunda ré em index 301. Argui preliminar de conexão. No mérito, alega a inocorrência de falha na prestação do serviço, acrescentando que o descredenciamento foi informado expressamente ao consumidor, através de sua página oficial do *Facebook*. Aduz sobre a disponibilização de outros prestadores na região em análise. Sustenta a inexistência de dano moral a ser indenizado. *Ad argumentandum*, requer a redução da verba compensatória.

Contrarrazões em index 330, pugnando pela manutenção da sentença.

Manifestação da Procuradoria de Justiça em index 456, pugnando pelo desprovimento do recurso.

Petição dos apelados em index 465, manifestando-se sobre a preliminar arguida.

### Voto

Conheço do recurso, eis que preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

De saída, refira-se que a relação articula-

da entre as partes é colhida pelo microsistema do Código de Defesa do Consumidor. Verificam-se, no caso concreto, todos os requisitos objetivos e subjetivos que qualificam as figuras dos artigos 2º e 3º da Lei nº 8.078/90. Até porque, consoante o enunciado sumular nº 469 do Col. STJ, “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.”.

Primeiramente, de se afastar a conexão invocada pela ora apelante, na medida em que inexistente identidade de parte, objeto ou de causa de pedir, entre o presente feito e o Processo nº 0023898-53.2013.8.19.0205, nos termos da regra insculpida no artigo 103 do CPC/73, vigente à época.

No mérito, merece parcial provimento o presente apelo.

Compulsando os autos, verifica-se que a operadora do plano de saúde embasou sua defesa no fato de que o descredenciamento foi informado ao consumidor, através de sua página oficial do *Facebook*.

Contudo, divulgação de aviso no *Facebook* ou mesmo a comunicação em seu *site* oficial da operadora, não suprem o dever legal de fazer a comunicação prévia e expressa de 30 (trinta) dias aos consumidores, acerca do descredenciamento e da substituição de qualquer prestador do serviço de saúde credenciado, a teor do artigo 17, *caput*, § 1º, da Lei Federal nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, *verbis*:

Art. 17. A inclusão de qualquer prestador de serviço de saúde como contratado, referenciado ou credenciado dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 14 desta Lei implica compromisso com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos, permitindo-se sua substituição, desde que seja por outro prestador equivalente e mediante comunicação aos consumidores

com 30 (trinta) dias de antecedência.

§ 1º É facultada a substituição de entidade hospitalar, a que se refere o *caput* deste artigo, desde que por outro equivalente e mediante comunicação aos consumidores e à ANS com trinta dias de antecedência, ressalvados desse prazo mínimo os casos decorrentes de rescisão por fraude ou infração das normas sanitárias e fiscais em vigor.

Desta forma, entendo que a apelante não foi capaz de produzir prova impeditiva, modificativa ou mesmo extintiva do direito alegado na inicial, tampouco de caracterizar excludente de sua responsabilidade na forma de uma das hipóteses elencadas no § 3º do artigo 14 da Lei nº 8.078/90.

A corroborar o dever de comunicar individualmente cada associado, remissão ao julgado do Colendo STJ:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. NEGATIVA DE TRATAMENTO. HOSPITAL NÃO CREDENCIADO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO. ABUSIVIDADE. DANO MORAL. SÚMULA Nº 83/STJ. SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ. INCIDÊNCIA. DEVER DE INFORMAÇÃO. 1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a recusa indevida ou injustificada, pela operadora de plano de saúde, de autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário 2. Incide, na espécie, a Súmula nº 83/STJ, segundo a qual 'Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida', aplicável a ambas as alíneas autorizadoras. 3. Rever as condições da recusa da cobertura financeira de tratamento em hospital e por médi-

co não conveniados/credenciados encontra óbice nas Súmulas nºs 5 e 7 desta Corte. 4. A REDE CONVENIADA CONSTITUI INFORMAÇÃO PRIMORDIAL NA RELAÇÃO ENTRE O ASSOCIADO E A OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE, MOSTRANDO-SE DETERMINANTE NA DECISÃO QUANTO À CONTRATAÇÃO E À FUTURA MANUTENÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL. 5. TENDO EM VISTA A IMPORTÂNCIA QUE A REDE CONVENIADA ASSUME PARA A CONTINUIDADE DO CONTRATO, A OPERADORA SOMENTE CUMPRIRÁ O DEVER DE INFORMAÇÃO SE COMUNICAR INDIVIDUALMENTE CADA ASSOCIADO SOBRE O DESCRENCIAMENTO DE MÉDICOS E HOSPITAIS (RESP Nº 1.144.840/SP, REL. MINISTRA NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJE 11/04/2012). 6. Agravo regimental não provido.

(AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AgRg no AREsp 431999 MA 2013/0377845-6 (STJ) Data de publicação: 17/06/2014)

Assim, restou patenteada a falha na prestação do serviço, fazendo exsurgir o dever de indenizar, com base na responsabilidade objetiva atrelada à teoria do risco do empreendimento.

Quanto ao dano moral, este restou caracterizado *in re ipsa*, valendo consignar a gravidade da situação, em que o menor, acompanhado da mãe, passou mal e não pode ser atendido na emergência do hospital em virtude do descredenciamento não informado.

Como se sabe, ao monetizar o sofrimento da vítima, o julgador deve levar em consideração vários critérios, em um mister sistemático que passa pela aferição do que vem consignando a jurisprudência e do sopesamento das peculiaridades do caso concreto. Aliás, esse paradigma é encampado no Colendo Superior Tribunal de Justiça, conhecido por método bifásico.

Por conta disso, observada a hipótese dos autos, tem-se que a indenização por dano moral arbitrada pelo Juízo *a quo* se revela excessiva, impondo-se sua redução ao patamar de R\$ 3.000,00 (três mil reais) para cada um dos autores, em respeito aos critérios acima mencionados e julgados congêneres desta Eg. Corte. Confira-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PLANO DE SAÚDE E DA ASSOCIAÇÃO ESTIPULANTE, HAJA VISTA AMBOS AUFERIREM VANTAGEM DA PARCERIA ESTABELECIDADA, E TEREM CONCORRIDO PARA O EVENTO DANOSO. CANCELAMENTO DO CONTRATO ENTRE A OPERADORA E A ESTIPULANTE SEM COMUNICAÇÃO AOS BENEFICIÁRIOS. AUTORES QUE SÓ TIVERAM CIÊNCIA DA EXCLUSÃO NA VÉSPERA DA REALIZAÇÃO DE EXAME SOLICITADO PELO MÉDICO. A EMPRESA DEMANDADA NÃO COMPROVOU, SEQUER ALEGOU, TER EFETIVAMENTE NOTIFICADO AOS AUTORES ACERCA DO DESCRENCIAMENTO. PRÁTICA QUE VIOLA O DEVER DE INFORMAÇÃO E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. PRECEDENTES. ANGÚSTIA E SOFRIMENTO EXPERIMENTADOS PELOS AUTORES QUE FORAM SURPREENDIDOS COM A NEGATIVA DE ATENDIMENTO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. QUANTIA INDENIZATÓRIA FIXADA EM R\$ 3.000,00 (TRÊS MIL REAIS) PARA CADA AUTOR, QUE ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE E SE MOSTRA ADEQUADA ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO E À JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. NEGATIVA DE PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS. (0015222-44.2012.8.19.0208 –

APELAÇÃO. Ementa DES. SANDRA SANTAREM CARDINALI - VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR. Data de Julgamento: 07/05/2015)

APELAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. CANCELAMENTO DO PLANO DE SAÚDE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. Recurso exclusivo da ré UNIMED. Cancelamento sem prévia notificação. Recusa de autorização para atendimento. Dano moral configurado. Sentença de procedência. Indenização fixada em R\$10.000,00. Reforma parcial para reduzir o valor da indenização a R\$ 3.000,00. SENTENÇA REFORMADA, PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO, 0375927-37.2013.8.19.0001 – APELAÇÃO. Ementa DES. SÔNIA DE FÁTIMA DIAS - VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR. Data de Julgamento: 18/05/2016)

DIREITO DO CONSUMIDOR E RESPONSABILIDADE CIVIL. SAÚDE SUPLEMENTAR. UNIMED. PRETENSÃO CONDENATÓRIA EM OBRIGAÇÃO DE FAZER, CUMULADA COM COMPENSATÓRIA POR DANOS MORAIS, DECORRENTES DA RECUSA DE FORNECIMENTO DE MARCAPASSO NECESSÁRIO AO ÊXITO DO PROCEDIMENTO AO QUAL O AUTOR NECESSITAVA SER SUBMETIDO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELA RÉ, VISANDO À REFORMA INTEGRAL DO JULGADO. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO, POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR, AFASTADA. DEMORA NA AUTORIZAÇÃO DA CIRURGIA QUE GEROU SOFRIMENTO DESNECESSÁRIO AO PACIENTE, ALÉM DE RISCO DE VIDA. EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE NÃO COMPROVADAS. DANO MORAL QUE SE VERIFICA *IN RE*

*IPSA*. VERBA COMPENSATÓRIA DOS DANOS MORAIS DE R\$ 3.000,00 (TRÊS MIL REAIS), ARBITRADA COM MODICIDADE OLVIDANDO A NATUREZA PUNITIVO-PEDAGÓGICA DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO DA CONDENAÇÃO, O QUE CONFIGURARIA *REFORMATIO IN PEJUS*. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (0012247-20.2014.8.19.0001 – APELAÇÃO. Ementa DES WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO – VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR. Data de Julgamento: 19/04/2017)

APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. PLANO DE SAÚDE. NÃO REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. DESCREDENCIAMENTO DE CLÍNICA SEM AVISO PRÉVIO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. APELO DA PARTE AUTORA. INEGÁVEL RECONHECER QUE OS TRANSTORNOS SOFRIDOS PELA PARTE AUTORA ULTRAPASSAM O LIMITE DA NORMALIDADE E ADMISSIBILIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. REFORMA DA SENTENÇA. DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO, FIXANDO-SE A INDENIZAÇÃO EM R\$ 3.000,00. PROVIMENTO AO RECURSO. (0011285-59.2014.8.19.0045 – APELAÇÃO. Ementa JDS DES. JOÃO BATISTA DAMASCENO - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR. Data de Julgamento: 08/01/2016)

AÇÃO INDENIZATÓRIA. QUEDA DE SOFÁ SOFRIDA POR MENOR DE UM ANO E NOVE MESES. RECUSA DE ATENDIMENTO EM VÁRIOS HOSPITAIS SOB ALEGAÇÃO DE DESCREDENCIAMENTO. ATENDIMENTO QUE SE DEU APENAS POR INTERMÉDIO DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO AJUIZADA POR PAI

E TIA DA CRIANÇA, QUE A ACOMPANHAVAM NO DIA DO ACIDENTE. DANO MORAL RECONHECIDO COM RELAÇÃO AO PAI, QUE É PARENTE PRÓXIMO, E EM FAVOR DE QUEM MILITA A PRESUNÇÃO DE TER SOFRIDO ABALO EMOCIONAL COM A *VIA CRUCIS* PERCORRIDA ATÉ O ATENDIMENTO ALMEJADO. SENTENÇA QUE NÃO RECONHECEU O DIREITO DA TIA DO MENOR À INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ACERTO DO *DECISUM*. PARENTESCO DE TERCEIRO GRAU QUE NÃO ENSEJA A PRESUNÇÃO DO DANO MORAL. INDENIZAÇÃO FIXADA EM R\$ 3.000,00 (TRÊS MIL REAIS) QUE SE MOSTRA COMPATÍVEL COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO COM BASE NO ART. 557, *CAPUT*, DO CPC.

(0020206-94.2005.8.19.0021 – APELAÇÃO. Ementa DES. GILBERTO CLOVIS FARIAS MATOS – VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR. Data de Julgamento: 08/04/2015)

Sob tais fundamentos, voto pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, para reduzir a verba compensatória ao patamar de R\$ 3.000,00 (três mil reais) para cada um dos autores.

Diante da sucumbência recíproca em sede recursal, condeno apelante e apelado ao pagamento dos respectivos honorários advocatícios de sucumbência, que fixo no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), em favor de cada um dos patronos que atuaram na fase recursal, devendo ser observada a gratuidade de justiça deferida nos autos.

Rio de Janeiro, 31 de maio de 2017.

**DES. LUIZ FERNANDO DE ANDRADE PINTO**  
Relator

**PLANO DE SAÚDE. IDOSO. CUSTEIO DAS DIÁRIAS DE ACOMPANHANTE. CDC. ESTATUTO DO IDOSO. CONTRATO DE TRATO SUCESSIVO. IMPOSIÇÃO DE PAGAMENTO À OPERADORA. REEMBOLSO.**

**APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. RECURSO INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NO NCPC. PLANO DE SAÚDE. ADMISSÃO EM 1993. CUSTEIO DAS DIÁRIAS DO ACOMPANHANTE. IDOSO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR A CONTRATOS FIRMADOS ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI nº 9.656/98 E NÃO ADAPTADOS. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ESTATUTO DO IDOSO A CONTRATOS FIRMADOS ANTERIORMENTE À ENTRADA EM VIGOR DO DIPLOMA. POSSIBILIDADE. NORMA COGENTE. CONTRATO DE TRATO SUCESSIVO. ARTIGO 16 DO ESTATUTO DO IDOSO. IMPOSIÇÃO À OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE DO CUSTEIO DAS DIÁRIAS DO ACOMPANHANTE DO IDOSO INTERNADO. INTERPRETAÇÃO CONFERIDA PELA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA. PRECEDENTES DESTA CORTE. APELO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.**

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0349693-81.2014.8.19.0001, em que é Apelante: Vision Med Assistência Médica Ltda. e Apelada R. M. R..

Acordam os Desembargadores que integram a 26ª Câmara Cível/Consumidor do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao apelo, nos termos do voto da Relatora.

Trata-se de Apelação Cível interposta por

Vision Med Assistência Médica Ltda contra sentença proferida pela 9ª Vara Cível da Comarca da Capital, que julgou improcedentes os pedidos relacionados à primeira ré, Associação Congregação de Santa Catarina, e julgou procedentes em parte os pedidos em face da segunda ré, ora apelante para condená-la a reembolsar na forma simples as diárias de acompanhante, totalizando R\$ 8.585,78 (oito mil, quinhentos e oitenta e cinco reais e setenta e oito centavos), corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de um por cento ao mês, a partir do desembolso e da citação, respectivamente.

Fundamentou-se a sentença no fato de que o contrato de f. 235 não estaria assinado pela autora, tendo sido violados os princípios da boa-fé e da transparência, bem assim o direito à informação adequada. Destacou-se que o art. 18, VII, “b”, da Resolução Normativa nº 211/2010 da ANS se aplica às operadoras de plano de saúde, de forma que resta caracterizada a obrigação da 2ª ré ao fornecimento das diárias de acompanhante pretendidas pela autora, bem como não encontra fundamento a alegação de que o plano contratado pela autora se trata de contrato antigo, e por isso, não suscetível à aplicação destas referidas normas, pois excluir embora os contratos de plano de saúde sejam atos jurídicos perfeitos, seus efeitos se prolongam no tempo para atingir situações futuras e incertas. Desta feita, a relação existente entre a autora e a 2ª ré é de trato sucessivo, ou seja, renova-se sucessivamente enquanto vigente o contrato, e por este motivo, aplicam-se a ele as normas que passam a integrar o mundo jurídico após sua vigência, sem que com isso seja violada a garantia constitucional do ato jurídico perfeito. Isto ocorre porque não há aplicação retroativa da nova norma, mas sim sua aplicação imediata, ou seja, os efeitos produzidos enquanto não existia a Resolução são inalteráveis por ela, em respeito ao princípio da irretroatividade, porém os efeitos produzidos após a vigência da nova norma serão por ela regulados.

Após a rejeição dos embargos de declaração (indexador 340), apelou a segunda ré (indexador 343), pugnando pela reforma da sentença, para que seja reconhecida a ilegitimidade passiva da apelante ou acolhida a tese defensiva de impossibilidade de pagamento de diárias, por ausência de previsão contratual e por ser o contrato anterior à vigência das Lei nº 9.656/98 e 10.741/03. Não sendo acolhidos, pugna para que seja reconhecido que a falha foi da primeira ré, julgando-se improcedente a condenação à restituição das diárias de acompanhante. Afirma que caberia ao hospital fornecer estadia ao acompanhante da paciente; que não houve má prestação do serviço por parte da apelante.

Contrarrazões (indexador 370) em prestígio da sentença.

#### Voto

O apelo é tempestivo e adequado à impugnação pretendida, estando regularmente preparado (indexador 376), satisfeitos os requisitos de admissibilidade em conformidade com o NCPC, vigente à época da publicação da sentença.

O agravo retido de f. 296/298 (indexador 296) interposto em face da decisão que deferiu a inversão do ônus da prova (indexador 283), por seu turno, não restou regularmente ratificado, motivo pelo qual se deixa de conhecer.

Narra a inicial que a autora e sua mãe são beneficiárias do plano de saúde da 2ª ré; que a genitora foi internada em quarto individual no hospital 1º réu, após alta do CTI; que a 1ª ré informou à autora que esta não poderia acompanhar sua mãe idosa no quarto particular, uma vez que não havia a devida cobertura pelo seu plano de saúde pactuado com a 2ª ré, e que para ficar como acompanhante de sua genitora teria que efetuar o pagamento de diárias de acompanhante pelo período da internação, no valor aproximado de R\$ 175,00 (cento e setenta e

cinco reais) cada uma; que entrou em contato com o plano de saúde, 2ª ré, diretamente do hospital, 1ª ré, no que lhe foi confirmado que o plano contratado não cobria a estadia de acompanhante, mas a alertou quanto ao direito ao acompanhamento gratuito fornecido pelo hospital por determinação do Estatuto do Idoso; que o hospital se recusou a oferecer o acompanhamento gratuito e informou que ou a autora se comprometia a pagar as estadas ou retirava sua mãe do estabelecimento; que, diante da condição de saúde delicada de sua genitora, não teve outra alternativa a não ser arcar com o pagamento das diárias, que perfizeram a quantia de R\$ 8.585,78 (oito mil quinhentos e oitenta e cinco reais e setenta e oito centavos), conforme se comprova dos recibos e notas fiscais eletrônicas em anexo, bem como a fatura do cartão de crédito da autora (f. 29); que o médico que tratava a paciente atestou a necessidade patente da autora permanecer ao lado de sua mãe (f. 27); que, após a alta, mesmo sob as tentativas da autora de demonstrar o direito assegurado a sua genitora de lhe ter como acompanhante, a 1º ré tornou a negar o benefício.

Passo à análise da preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela segunda ré, ora apelante.

É pacífico o entendimento de que as condições da ação, aí incluída a legitimidade para a causa, devem ser aferidas com base na teoria da asserção, isto é, à luz das afirmações deduzidas na petição inicial.

A respeito, refira-se a lição de KAZUO WATANABE,<sup>1</sup> citando BARBOSA MOREIRA:

<sup>1</sup> *Da Cognição no Processo Civil*, Bookseller, 2ª ed., 2000, p. 80 (referências de BARBOSA MOREIRA na nota 104).

“(...) o órgão julgador, ao apreciá-las (condições da ação), considera tal relação jurídica *in statu assertionis*, ou seja, à vista do que se afirmou, raciocinando ele, ao estabelecer a cognição, como que admita, por hipótese e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para a ocasião própria (o juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória.”

Assim, a legitimidade *ad causam* é analisada conforme os fatos narrados pelo postulante, e a relação entre a conduta narrada e o dano alegadamente sofrido imputado à parte e, afastada a sua arguição, deve-se adentrar no mérito da ação.

Nesse sentido, refira-se a julgado do col. STJ:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO SUCESSÓRIO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. BEM INTEGRANTE DE QUINHÃO HEREDITÁRIO CEDIDO A TERCEIRO. LEGITIMIDADE ATIVA. TEORIA DA ASSERTÇÃO. 1. Tem prevalecido na jurisprudência desta Corte o entendimento de que as condições da ação, aí incluída a legitimidade para a causa, devem ser feridas com base na teoria da asserção, isto é, à luz das afirmações deduzidas na petição inicial. 2. Assim, faltarão legitimidade quando possível concluir, desde o início, a partir do que deduzido na petição inicial, que o processo não se pode desenvolver válida e regularmente com relação àquele que figura no processo como autor ou como réu. Quando, ao contrário, vislumbra a possibilidade de sobrevir pronunciamento de mérito relativamente a tais pessoas, acerca do pedido formulado, não haverá carência de ação. 3. (...) 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg nos EDcl no REsp 1035860 MS 2008/0044919-7, Ministro AN-

TONIO CARLOS FERREIRA, Julgamento 25/11/2014, T4 – QUARTA TURMA)

Nesse diapasão, a análise da responsabilidade da segunda ré pelo custeio da acompanhante é questão que se encarta no mérito da demanda. Assim, rejeito a preliminar, passando à análise do mérito.

A relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo e, portanto, impõe-se que seu exame seja realizado dentro do microsistema protetivo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, observando-se a vulnerabilidade material e a hipossuficiência processual do consumidor (REsp nº 1293006 / SP 3ª Turma STJ).

No caso em discussão, verifica-se que a responsabilidade da ré é objetiva, conforme disposto no artigo 14 do CDC. Para se eximir de responsabilidade, cabia-lhe provar quaisquer das causas excludentes previstas nos incisos I e II, parágrafo 3º, do referido dispositivo, ônus do que não se desincumbiu.

Mesmo tendo sido o contrato firmado antes do advento da Lei nº 9.656/98, incidem sobre a hipótese os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, devendo ser realizada a interpretação do contrato da maneira mais favorável ao consumidor e reconhecida a nulidade das cláusulas abusivas ali inseridas, conforme precedentes desta Corte:

0058978-70.2008.8.19.0038 – APELAÇÃO. DES. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ - Julgamento: 16/09/2014 – DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL - APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. CLÁUSULA LIMITATIVA. PLANO DE SAÚDE. IMPOSSIBILIDADE. Pretensão da apelante no sentido de que o plano de saúde seja condenado a arcar com o pagamento da prótese. Cláusula contratual limitativa que

se mostra abusiva. Contrato anterior a Lei n.º 9.656/98, não afasta a aplicação do CDC. Inteligência do verbete sumular n.º 112 do E. TJRJ. Precedentes do E. TJRJ. Recurso a que se dá provimento, nos termos do artigo 557, § 1º - A, do CPC.

0296244-19.2011.8.19.0001 – APELAÇÃO. DES. JUAREZ FOLHES - Julgamento: 11/09/2014 - VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CIVEL CONSUMIDOR - APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COMBINADA COM INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA EM AUTORIZAR PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. DEMANDADA ALEGA QUE CONTRATO É ANTERIOR À LEI Nº 9658/98. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, CONDENANDO A RÉ AO PAGAMENTO DE R\$ 7.000,00 POR DANO MORAL, ANTE A FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RECURSOS DE AMBAS AS PARTES. FORNECEDORA PEDE IMPROCEDÊNCIA E AUTOR PEDE MAJORAÇÃO DO DANO MORAL. NEGATIVA DE PROVIMENTO. O demandante narra, na inicial, que é cliente da ré há muitos anos e que seu médico indicou a necessidade de realização de um procedimento cirúrgico para implantação de prótese total no joelho esquerdo, que reverteria ou minimizaria o quadro de dores e limitações de movimentos. No entanto, a ré nega prestar o serviço, alegando que o contrato firmado pelas partes exclui a cobertura almejada, em virtude de o instrumento contratual não encontrar-se regulamentado de acordo com as disposições da Lei nº 9.656/98. Sentença de procedência, condenando a ré em obrigação de fazer, consubstanciada no fornecimento do material solicitado pelo médico assistente do autor, bem como condenando a ré ao pagamento de R\$ 7.000,00 a título de dano moral. Recurso das partes. Ré pede improcedência sobre os mesmos argumentos da contestação. Consumidor pede majoração do dano moral. Não lhes assiste razão. De acor-

do com o entendimento pacífico jurisprudencial, os contratos de plano de saúde são de trato sucessivo, ou seja, se renovam continuamente, independentemente da data da sua celebração. Assim, embora as disposições do referido diploma legal não retroajam para atingir contratos celebrados antes de sua vigência, quando não adaptados ao novo regime, a eventual abusividade das cláusulas pode ser aferida à luz do Código de Defesa do Consumidor, como no caso concreto. Conclui-se, pois, que a recusa à cobertura do material necessário à cirurgia foi indevida, merecendo prosperar o pedido inicial. Valor indenizatório que observou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo certo que o arbitramento da verba indenizatória em R\$ 7.000,00 (seis mil reais) encontra-se em consonância, também, com o postulado da vedação ao enriquecimento sem causa, razão pela qual o montante indenizatório deve ser mantido. Sentença que se mantém. Recursos aos quais se nega provimento.

Outrossim, a aplicação do Estatuto do Idoso a esses contratos é reconhecida pela jurisprudência desta Corte, diante de seu caráter cogente e da natureza de trato sucessivo da relação estabelecida entre os contratantes.

De fato, o surgimento de norma impositiva e de ordem pública posterior à celebração do contrato de trato sucessivo, como se deu com o Estatuto do Idoso, impõe sua aplicação imediata, devendo incidir sobre todas as relações que, em execução contratual, realizarem-se a partir da sua vigência, abarcando os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso.

Refira-se:

0018349-02.2007.8.19.0002 (2009.001.66882) - APELAÇÃO - DES. CELIA MELIGA PESSOA - Julgamento: 04/12/2009 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CIVEL CONSU-

MIDOR. PLANO DE SAÚDE. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE. ONEROSIDADE EXCESSIVA. VEDAÇÃO LEGAL EXPRESSA NO ESTATUTO DO IDOSO. NULIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL.

Consoante disposição expressa do Estatuto do Idoso (art. 15, § 3º), é ilegal o aumento de plano de saúde por mudança de faixa etária. O contrato firmado entre as partes é de trato sucessivo, com prazo indeterminado, daí que incide o referido Estatuto (Lei nº10741/03), não havendo que se falar em direito adquirido ou ato jurídico perfeito em razão de o contrato ter sido celebrado antes desta lei e já conter previsão expressa sobre o reajuste, eis que a cláusula em questão gera para a operadora de planos de saúde mera expectativa de direito, que sucumbe ante a edição de diploma normativo ulterior, tanto mais em se tratando Diploma Legal que tem natureza assistencial e de ordem pública. Os reajustes de preço aplicados pela apelante são, de fato, muito elevados, ultrapassando o percentual de 100% do valor anterior. Ocorreu, portanto, violação não apenas de norma legal, mas também dos princípios da boa-fé objetiva, em seus corolários de solidariedade e proporcionalidade, e da vedação da onerosidade excessiva, pontos basilares do CDC, consoante os artigos 51, inciso IV e § 1º, inciso III, do CDC, que acoima de nulidade cláusulas relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações iníquas, abusivas, ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou incompatíveis com a boa-fé e a equidade. Precedentes do STJ e desta Corte. Sentença que se mantém por seus próprios fundamentos.

Recurso que está em confronto com jurisprudência do STJ e do TJRJ. Incidência do art. 557, *caput*, do CPC. Negativa de seguimento.

Assim, tendo em vista que a genitora da

autora era pessoa idosa no momento da interposição, deve ser aplicada à hipótese o Estatuto do Idoso. Por conseguinte, a norma contida no artigo 16 do Estatuto do Idoso deve ser aplicada ao caso concreto, *in verbis*:

“Art. 16. Ao idoso internado ou em observação é assegurado o direito a acompanhante, devendo o órgão de saúde proporcionar as condições adequadas para a sua permanência em tempo integral, segundo o critério médico.

Parágrafo único. Caberá ao profissional de saúde responsável pelo tratamento conceder autorização para o acompanhamento do idoso ou, no caso de impossibilidade, justificá-la por escrito.”

A interpretação do dispositivo, firmada pela jurisprudência desta Corte, revela, sem muita dificuldade, que, em realidade, a intenção do legislador foi assegurar a responsabilidade das operadoras de plano de saúde pela diária do acompanhante, à semelhança do que já ocorria para os menores de dezoito anos, nos moldes do artigo 12, II, f, Lei nº. 9.656/98. Isso porque, a fragilidade do paciente respalda a opção de garantir um acompanhante, com as diárias custeadas pela operadora.

Sobre o tema:

0107209-11.2009.8.19.0001 - APELAÇÃO 1ª Ementa Des(a). HORÁCIO DOS SANTOS RIBEIRO NETO - Julgamento: 11/02/2014 - DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL - Direito do Consumidor. Plano de saúde. Idoso. Diárias de acompanhante. Despesas com fisioterapia e nutrição parenteral. Recurso adesivo parcialmente conhecido. Apelações desprovidas. 1. Não se conhece do agravo retido que não é reiterado. 2. Não se conhece do recurso adesivo quanto às pretensões direcionadas à correção, porquanto, na lide entre a autora e essa, foi a autora vencida. 3. A melhor interpretação da norma do art. 16 do Estatuto

do Idoso é no sentido de carrear à operadora de plano privado de assistência à saúde os custos com as diárias de acompanhante, à semelhança do que ocorre quando o paciente é menor de 18 anos. 4. De igual modo, as despesas com fisioterapia e nutrição parenteral, estando a paciente internada, devem ser de responsabilidade da operadora, por serem despesas de internação. 5. Obrigar a autora a todo mês gastar em torno de R\$ 2.000,00 com despesas que eram de responsabilidade da operadora foge ao âmbito do mero aborrecimento, caracterizando a existência de danos morais. 6. Valor indenizatório adequado. 7. Agravo retido a que não se conhece. Apelação a que se nega provimento. Recurso adesivo a que não se conhece parcialmente, negando-se provimento na parte conhecida.

0059938-30.2014.8.19.0001 - APELAÇÃO 1ª Ementa Des(a). ISABELA PESSANHA CHAGAS - Julgamento: 23/11/2016 - VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR – Apelação Cível. Ação Indenizatória. 1- Trata-se de ação na qual alega a parte autora ser cliente da seguradora ré e que entre o período de 30/05/2012 a 13/08/2012 e 16/08/2012 a 09/02/2013 foi internada no Hospital Copa D'Or, tendo se submetido a dois procedimentos cirúrgicos, além da traqueostomia e gastrostomia. Sustenta que durante todo esse período seu esposo (também cliente da ré), a acompanhou, e que, para sua surpresa, o mesmo foi obrigado a custear a própria alimentação, sob a alegação de que a operadora ré não se responsabiliza por esse tipo de despesa; 2- Sentença que julgou procedente em parte o pedido, declarando a nulidade parcial da cláusula contratual 5.1.9 para excluir apenas as despesas com as diárias do acompanhante, julgando improcedentes os demais pedidos; 3- Recurso de Apelação da parte autora no qual sustenta que o entendimento exposto na sentença fere o estabelecido no Estatuto do Idoso, artigo 16. Requer a reforma da sentença com a condenação da ré ao pagamento de indenização

por danos morais e materiais, além da inversão do ônus sucumbenciais; 4- Recurso de Apelação da parte ré no qual alega que a presente demanda versa exclusivamente sobre o ressarcimento dos valores gastos com a alimentação, e não em relação às diárias; 5- Parte autora que era pessoa idosa no momento da internação, devendo ser aplicada a hipótese o Estatuto do Idoso. Contrato de trato sucessivo; 6- Aplicação do artigo 16 do Estatuto do Idoso; 7- O entendimento deste Tribunal de Justiça é no sentido de que as diárias do acompanhante do cliente idoso devem ser cobertas pela operadora do plano de saúde, excluindo-se destas as despesas com alimentação, eis que ultrapassam os objetivos e a finalidade do contrato, não devendo ser contempladas no reembolso; 8- Correta a sentença ao declarar a nulidade parcial da cláusula contratual e ao julgar improcedentes os demais pedidos, eis que a parte autora pleiteia a devolução dos valores despendidos com a alimentação do acompanhante (o que, conforme já exposto, não deve ser custeado pelo plano de saúde réu) e indenização por danos morais, que não restaram configurados; 9- Parte autora que requereu a declaração de nulidade da cláusula contratual nº 05 em sua totalidade, o que afasta a argumentação da parte ré em seu recurso de apelação ao sustentar que o objeto da ação seriam apenas as despesas com alimentação; 10- Sentença que se mantém. Negado provimento aos recursos.

0153591-62.2009.8.19.0001 - APELAÇÃO. DES. MURILO ANDRÉ KIELING CARDONA PEREIRA - VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL/CONSUMIDOR. EMENTA. RECURSO DE APELAÇÃO. Relação jurídica de consumo. Contrato de plano de assistência à saúde. Autora, pessoa idosa, acometida de infarto do miocárdio. Necessidade de sua submissão a procedimento cirúrgico de urgência, sob risco de morte, com emprego de equipamento implantável. Recusa da operadora ré de reembolsar as despesas realizadas.

Prossegue o Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo a nulidade de cláusula contratual reputada abusiva, e vedando a estipulação (...) de obrigações que se mostrem excessivamente onerosas para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso concreto, na forma dos incisos IV e XV, de seu artigo 51. Cláusula excludente de reembolso para consultas médicas e exames complementares para verificação de diagnóstico que se afigura ilícita. Negativa de reembolso referente aos honorários da equipe de cateterismo ilícita. Reembolso de despesas com acompanhante que se determina, diante da previsão insculpida no artigo 16 do Estatuto do Idoso. Serviços de copa para os quais não se comprovam sua destinação e utilidade, sendo lícita a recusa do seu reembolso. Alegação de excesso de medicamentos e material que não se comprova, devendo ser realizado o respectivo reembolso. Gastos com fisioterapia que devem ser reembolsados diante da falta de comprovação de que se trata de reabilitação, notadamente por ter se dado no próprio hospital. Danos morais *in re ipsa*. *Quantum* arbitrado em R\$ 5.000,00 (cinco mil) que se mostra proporcional e razoável. Enunciado nº 116, do Aviso nº 100/11 deste Egrégio Tribunal de

Justiça, segundo o qual 'a verba indenizatória somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação'. Juros de mora referente aos danos morais que devem fluir a partir do evento danoso. Honorários advocatícios corretamente fixados. Recursos conhecidos. dado parcial provimento ao recurso manejado pela autora. negado provimento ao recurso manejado pelo réu. Data de julgamento: 15/05/2015. Data de publicação: 19/05/2015

Assim, tem-se que andou bem o julgador ao condenar apenas a apelante ao reembolso das despesas com as diárias da acompanhante.

No que toca ao dano moral, não houve impugnação da parte autora, tratando-se de recurso exclusivo da ré.

Por tais razões e fundamentos, voto para negar provimento ao apelo, mantendo a sentença tal como lançada.

Rio de Janeiro, 20 de abril de 2017.

**DES. SANDRA SANTARÉM CARDINALI**  
Relatora



# **JURISPRUDÊNCIA CÍVEL**



*Jurisprudência Cível*

**AÇÃO CIVIL DE TUTELA DE DIREITO INDISPONÍVEL DE IDOSO. APLICAÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE SITUAÇÃO DE ALTO RISCO SOCIAL E DE SAÚDE. ABANDONO E NEGLIGÊNCIA POR PARTE DA ÚNICA FILHA. AUSÊNCIA DE PROVAS QUE JUSTIFIQUEM AS MEDIDAS REQUERIDAS. FALTA DE FUNDAMENTO PARA A INTERVENÇÃO JUDICIAL. MANTIDA A EXTINÇÃO DO FEITO SEM ANÁLISE DO MÉRITO.**

**Apelação Cível. Ação proposta pelo Ministério Público com o objetivo de compelir a filha de idosa com 65 anos a garantir-lhe local adequado para sua moradia, acesso a atividades de entretenimento, assistência médica e visitação de pelo menos uma vez por semana. Sentença de extinção sem análise do mérito, fundada na incompetência do juízo especializado ante os limites do artigo 52, inciso I, da LODJERJ. 1. Idosa que mora sozinha, gere a própria vida, inclusive a financeira, e não apresenta sinais comprovados de doença mental, além de residir em localidade própria da classe média de Niterói. 2. Idosa bem aseada e nutrida que não demonstra correr risco de qualquer natureza. 3. Dificuldades emocionais transitórias que não autorizam a condenação da filha a visitar a mãe, providenciar seu entretenimento ou moradia, ademais já disponível. 4. Clara falta de interesse, no atual contexto probatório fornecido pelas investigações preliminares, para deflagrar a ação, sem prejuízo de novas provas do alegado estado de risco. 5. Narrativa da inicial que, sequer em tese, autoriza o prosseguimento do feito. 6. Recurso desprovido.**

Vistos, relatados e discutidos es-

tes autos da Apelação Cível nº 0053897-73.2016.8.19.0002, em que é Apelante o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Apelada T.R.M. e Interessada A.R.M.

Acordam os Desembargadores da Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de ação civil de tutela de direito indisponível de idoso cumulada com pedido de aplicação de medida protetiva proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face de T.R.M. para a salvaguarda dos direitos da idosa A.R.M..

Narra a inicial que a idosa encontra-se em situação de alto risco social e de saúde, em face da falta de amparo e das precárias condições de sua moradia. Diz que após a separação de seu marido e a posterior saída de sua filha de casa, a idosa tornou-se uma pessoa que perturba os vizinhos e, assim, carece de tratamento psiquiátrico.

Dentre os documentos anexados pelo *Parquet*, consta o relatório social do CREAS (Centro de Referência Especializado de Assistência Social), a f. 38, datado de fevereiro/2016, do qual consta informação do síndico, Sr. Carlos Alberto, no sentido de que a idosa não mais incomoda os vizinhos, e de que a demandada, filha da idosa, não costuma visitá-la.

A idosa, interessada neste feito, foi ouvida pelo Ministério Público a f. 42, ocasião em que afirmou que este procedimento é fruto de um desentendimento entre sua filha e o síndico do prédio, mas que, atualmente, os problemas foram sanados. O Ministério Público infirma a declaração e aduz que a situação da idosa continua apenas piorando com o passar do tempo.

No mais, junta as fotografias de f. 35, pelas quais alega que a idosa se encontra visualmente apática, acumulando medicamentos, e que sua residência está em evidente situação de abandono.

Pede, ao final, a procedência do pedido para que sejam aplicadas uma série de medidas protetivas em favor da idosa, como acompanhamento psiquiátrico / neurológico e psicológico, a inclusão da idosa no Programa Saúde da Família, orientação à filha da idosa pelo Comissariado do Juízo a fim de que esta preste assistência moral e material à sua genitora.

Pela sentença de f. 50/52, o processo foi julgado extinto, sem resolução do mérito, em razão da incompetência do Juízo, com amparo no artigo 485, inciso IV, do NCPC c/c artigo 52, inciso I, do LODJERJ.

Irresignado, o Ministério Público apela a f. 53/58, reiterando a tese de que a idosa encontra-se em situação de risco, e alegando que o juízo de piso não observou as normas contidas no Código de Processo Civil pertinentes ao tema, em especial o artigo 10 e o artigo 64, § 3º.

Manifestação da douta Procuradoria de Justiça a f. 81/85, pelo conhecimento e provimento do apelo, ao argumento de que a extinção do processo por incompetência do Juízo, sem a certeza de que a idosa não se encontra em situação de risco, parece prematura, levando-se em conta que há indícios de que a idosa necessita de tratamento psiquiátrico.

### Voto

Na inicial, o Ministério Público, ao discorrer sobre a existência de interesse de agir, justifica a propositura desta ação no fato de não possuir a idosa, a quem se destinam as medidas protetivas requeridas, estreito laço afetivo com

a única filha, além de apresentar sinais de padecer de depressão e possível quadro de transtorno psiquiátrico. Tais fatos, importa ressaltar, vieram ao conhecimento do Ministério Público em razão de denúncia feita pelo síndico do condomínio no qual reside a idosa.

Narra a ilustre Promotora de Justiça que a idosa vem se queixando de um possível quadro de depressão, oriundo do trauma sofrido com a separação conjugal. Aliado a isso, relata que a idosa não convive bem com seus familiares, aos quais imputa o comportamento de não compreenderem a precariedade de seu estado depressivo.

Ainda segundo o Relatório Social elaborado pela Equipe Técnica de Serviço Social e Psicologia do Ministério Público do Rio de Janeiro (f. 11/15), não foi possível saber as condições de habitabilidade da residência da idosa, já que esta se recusou a permitir o ingresso da equipe técnica em sua casa. Nessa mesma oportunidade, de se destacar que a idosa recusou-se a receber a medida protetiva de orientação e a responder alguns questionamentos, e, por fim, solicitou o arquivamento do procedimento administrativo.

Importa ressaltar também que quando da visita da Equipe Técnica, asseverou-se que a idosa exercia suas atividades diárias sem necessitar de qualquer auxílio, apresentando-se como uma pessoa asseada e com vestimentas em condições satisfatórias de conservação e higiene. Do relatório constou ainda que a idosa recebe proventos de aposentadoria de aproximadamente R\$ 4.000,00, com os quais administra sua vida financeira, não havendo notícias de que existam débitos em relação às cotas condominiais, às faturas com concessionárias prestadoras de serviços públicos ou mesmo com a Unimed, sua operadora de plano de saúde.

Ao ser ouvida no procedimento instaura-

do pelo Ministério Público, a idosa alegou que a denúncia feita pelo síndico era fruto de um desentendimento entre este e sua filha, T., e que os problemas já foram devidamente sanados. O síndico, ao contrário, reiterou os termos da denúncia feita, insistindo na versão de abandono e negligência por parte da filha da idosa, embora tenha ressaltado que esta não mais incomodava os vizinhos com seus problemas.

Ao final da peça inaugural, afirma o *Parquet* que a idosa vem vivenciando uma condição de vida que viola o princípio da dignidade humana, não recebendo qualquer assistência material ou afetiva por parte de sua filha.

Assim postas as coisas, tenho que o quadro descrito pelo Ministério Público na inicial nem mesmo em tese indica a existência de uma situação de risco efetivo a ponto de justificar o interesse processual imprescindível à propositura desta ação e, por conseguinte, à aplicação das medidas protetivas previstas no Estatuto do Idoso.

Veja-se que a idade, incontestavelmente, traz a vulnerabilidade inerente à velhice tanto no contexto biológico como psicológico e social. Contudo, é preciso ter em mente que o envelhecimento não é uma doença e não pode ser evitado. Aliás, essa vulnerabilidade há de acometer todo aquele que tiver a sorte de viver o suficiente para envelhecer.

Assim, a vulnerabilidade que justifica a intervenção do Judiciário na vida familiar dos envolvidos é aquela que expõe o idoso efetivamente a uma situação de risco, como acontece nos casos de abandono material, maus tratos, falta de cuidados importantes com a saúde e que possam gerar perigo de morte, etc. Na hipótese dos autos, não trouxe o Ministério Público uma única prova sequer da situação de risco alegada, não havendo nada que justifique a aplicação de quaisquer das medidas requeri-

das na inicial.

Em outras palavras: o mero envelhecimento não é fundamento para a intervenção judicial, sobretudo quando a situação de risco se fundamenta em um possível desentendimento familiar, agravado pelo divórcio da idosa, e o estado de tristeza advindo desses acontecimentos.

E não poderia ser diferente, já que o Brasil segue a tendência dos países mais desenvolvidos no que toca à redução da taxa de natalidade e ao aumento da expectativa de vida, equação essa que conduz necessariamente ao envelhecimento da população. Nesse particular, de se destacar que a estimativa do IBGE é a de que, até 2030, aproximadamente 14% da população brasileira seja idosa<sup>1</sup>. Inviável, assim, que a tão só vulnerabilidade inerente à velhice justifique a propositura de ação contra familiares e contra o próprio Estado.

É evidente que cabe ao Poder Público elaborar políticas sociais de inclusão do idoso, adotando medidas que permitam-lhe viver com melhor qualidade na velhice. Mas daí a imaginar um Estado onipresente, que zela individualmente pela felicidade de cada idoso e pelo estreitamento das relações familiares, sob a ótica particular do afeto, extrapola os limites da razoabilidade.

Aqui, vale repetir, temos uma pessoa idosa, com 65 anos, que vive sozinha, exerce normalmente as atividades do cotidiano, administra sua vida financeira, cumpre as obrigações assumidas, vai a médicos e zela por sua saúde, e tudo isso sem necessitar do auxílio de terceiros, ressaltando-se que a simples desorganização de uma residência, com a devida vênua do entendimento contrário, não significa que a pessoa esteja vivendo de forma indigna.

---

<sup>1</sup> <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>

Assim, não se trata de incompetência, até porque, nesse ponto, assiste total razão ao Ministério Público quando aponta violação do disposto no artigo 64, § 3º, do CPC/15. De fato, quando o magistrado se declara incompetente, cabe a ele remeter os autos ao juízo competente, e não simplesmente julgar extinto o feito sem análise do mérito.

*In casu*, contudo, o problema está na ausência de uma das condições da ação, mais precisamente, o interesse de agir, já que inexistente a necessidade de obter através deste processo qualquer medida de proteção à idosa que, repita-se, não se encontra em situação de risco.

Sem mais, voto pelo conhecimento do recurso para, *ex officio*, manter a extinção do feito sem análise do mérito, embora com fundamento no artigo 485, inciso VI, do CPC/15, ante a ausência de interesse processual.

Rio de Janeiro, 28 de março de 2017.

DES. EDUARDO GUSMÃO ALVES DE BRITO NETO  
Relator

**AÇÃO INDENIZATÓRIA. ATROPELAMENTO POR ÔNIBUS. MORTE DE IDOSO. DEVIDA REPARAÇÃO DO DANO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DE FAMILIAR. PENSIONAMENTO. SOBREVIDA PROVÁVEL. TABELA PREVIDENCIÁRIA. IBGE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.**

**Direito constitucional e civil. Apelação cível. Ação indenizatória ajuizada por viúva e filhos de vítima de atropelamento por coletivo de propriedade da empresa demandada. Sentença de procedência que condenou o réu a pagar pensão mensal à primeira autora, desde a data do sinistro e a pagar danos morais Art. 37, § 6º, da Constituição**

**Federal. Pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Concessionário ou permissionário do serviço de transporte coletivo. Responsabilidade objetiva em relação a terceiros não usuários do serviço. Nexos de causalidade. Ônus da parte ré de provar as suas excludentes quais sejam: culpa exclusiva da vítima, culpa exclusiva de terceiro, caso fortuito externo ou, ainda, força maior. Inexistência de culpa concorrente. Farta prova documental a demonstrar cabalmente a culpa exclusiva do motorista do réu no acidente automobilístico. Dano e o nexos causal, exsurge claro o dever de indenizar - dano moral caracterizado. Critérios de razoabilidade e proporcionalidade observados pelo juízo *a quo*. Pensionamento corretamente fixado, eis que o colendo STJ vem adotando os critérios da tabela de sobrevivência da previdência social, de acordo com cálculos elaborados pelo IBGE. Pensionamento que é devido até a longevidade provável da vítima falecida. Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento de pensão, independentemente da situação financeira do demandado». Aplicação da súmula nº 313/STJ. Sentença que se mantém. Nega-se provimento aos recursos.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0011825-97.2014.8.19.0210 em que são Apelante 1: Sônia Maria Salles dos Santos, Apelante 2: Monica Salles dos Santos, Apelante 3: Fábio Ricardo Salles dos Santos e Apelante 4: Viação Nossa Senhora de Lourdes S/A e Apelados: Os Mesmos.

Acordam os Desembargadores que compõem a Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Sonia Maria Salles dos Santos, Monica Salles dos Santos e Fábio Ricardo Salles dos Santos em face de Viação Nossa Senhora de Lourdes S/A, alegando que o marido da primeira autora e pai dos demais autores faleceu em decorrência de acidente ocorrido no dia 03/09/2013, às 12h43min, por inobservância de dever de cuidado do motorista da ré ao guiar o coletivo da linha 622. Esclarecem que o falecido era aposentado das Forças Armadas e auferia o montante de R\$ 8.467,38 mensais.

Quanto à dinâmica do acidente, afirmam que a vítima, Waldemiro, foi atropelado pelo ônibus, quando este ingressava em rua que não faz parte do itinerário do coletivo, entrando na contramão, impossibilitando à referida vítima qualquer atitude defensiva. Asseveram que a vítima dirigia-se à sua residência na Rua Honório, nº 360 e ao tentar atravessar a Rua Augusto Nunes, foi colhido pelo coletivo e por isso, teve politraumatismo, vindo a falecer no dia seguinte, em 04/09/2013.

Informam que a vítima se cercou de todos os cuidados ao atravessar a rua, mas que a rua onde ocorreu o acidente não é itinerário de ônibus. Disseram que a prova da ação ilícita foi filmada pelas câmeras de segurança do morador da casa da Rua José de Bonifácio, nº 563, Todos os Santos, que tem fundos para a Rua Augusto Nunes. Narram que a vítima teve a cautela de olhar e prestar atenção no fluxo de veículos da Rua Honório, e malgrado avistar o coletivo da requerida sabidamente não ingressa na Rua Augusto Nunes, confiou e empreendeu travessia de forma escorreta, mas foi surpreendido pelo coletivo.

A primeira autora informa que era casada com a vítima há 49 anos e que foi instaurado na 26ª DP o inquérito policial nº 023-06348/2013 para apuração da prática ilícita do condutor Fabiano Lima da Silva.

Pugnam os autores por indenização por danos morais pela perda do ente querido e pela condenação da Requerida a fim de que ressarcá todas as despesas que os Requerentes tiveram, até o final da convalescença, na forma prescrita pelo artigo 949, do Código Civil, bem como seja incluída a primeira. Requerente na folha de pagamento da Requerida, e receba a importância de R\$ 5.644,92, valor esse correspondente a 2/3 do soldo do falecido.

Salientam que do desfecho trágico a família ficou privada de comemorar bodas de ouro (50 anos de casamento) da falecida vítima com sua esposa, ora primeira Requerente e o terceiro Requerente contraiu matrimônio (casou em 04.10.2013) sem a presença do pai.

Gratuidade de justiça deferida aos autores pelo provimento ao agravo de instrumento (doc 00259).

Audiência de conciliação, mas rejeitada a proposta de conciliação (doc 000296).

Ata de audiência e depoimentos (doc 00349).

Alegações finais (docs 00360 e 00376).

Sentença de procedência (doc 00405), para: 1) Condenar o réu a pagar a pensão mensal, desde a data do sinistro, no valor correspondente a 2/3 do soldo que a vítima percebia, devendo a quantia vencida e não paga ser corrigida monetariamente desde o vencimento de cada parcela e com juros de mora de 1% ao mês a contar do fato (Súmula nº 54 do STJ), sendo o benefício devido pelo período de 9 anos e 8 meses, incidindo-se sobre o 13º salário, constituindo-se capital garantidor (Súmula nº 313 do STJ e art. 475, “q”, do CPC). Determinado, ainda, que a primeira autora seja incluída na folha de pagamento da ré para a percepção da pensão fixada, anteci-

pando-se a tutela nessa parte. 2) Condenado o réu a pagar a importância de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), sendo R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para cada autor, corrigidos monetariamente a partir da presente data e com juros de mora de 1% ao mês a contar do fato (Súmula nº 54 do STJ). 3) Condenada a parte ré a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios, no valor correspondente a 10% (dez por cento) da condenação, sendo que quanto à pensão, os honorários incidirão sobre as prestações vencidas e tão somente sobre o valor das 12 prestações vincendas.

Decisão (doc 00429) que rejeitou os embargos da parte autora, mas acolhidos parcialmente os embargos opostos pela ré, retificando o erro material, colacionando a Tabela do IBGE a f. 427, fazendo parte a decisão e o anexo da sentença.

Apelação cível da parte autora (doc 00440). Afirmam os autores que, conforme se denota no pedido da alínea “b” e “d” de f. 27/28, os recorrentes requereram que fosse declarado por sentença, o direito de a primeira autora fazer jus à pensão mensal desde a data do sinistro, no que tange aos rendimentos auferidos pelo falecido. Ocorre que, no segundo parágrafo de f. 408 da referida sentença, o Douto Juízo fixou a aludida pensão em 2/3 (dois terços), do soldo que a vítima percebia. Assevera que, com o advento da emenda constitucional nº 20, o Douto Tribunal fluminense editou o verbete sumular de nº 68, e sedimentou o entendimento de que a pensão por morte do servidor será igual aos proventos do servidor em atividade.

A primeira autora pugna pelo provimento do recurso de apelação cível, com o escopo de reformar apenas essa pequena parte da sentença, no sentido de que a pensão mensal deverá ser correspondente a 2/3 do soldo do de *cujus*, acrescido dos adicionais ou gratificações au-

feridas pela vítima desde a ocasião do sinistro, denominados Adicional TP SV, Adicional HAB, salário Família, Adicional Militar, conforme demonstrado as f. 40, sem prejuízo da manutenção dos demais termos da bem lançada sentença.

Apelação do réu (doc 00461). Inicialmente, afirma que o recurso é tempestivo. Defende-se, afirmando que, ainda que não existisse o costume de haver ônibus trafegando na via onde ocorreu o evento danoso, não se esperaria menos da vítima, senão atentar para o tráfego de veículos na rua, tomando as precauções de praxe antes de atravessar a rua.

Afirma a parte ré que a r. sentença analisa com detalhes a filmagem acostada aos autos pelos Apelados, sem que o mesmo tenha ocorrido com a filmagem da Apelante, que se apresenta sob um prisma deveras distinto, já que vem de filmagem produzida no interior do coletivo, em outra câmara. Alega o réu que o infeliz atropelamento ocorreu exatamente na curva da Rua Honório para a Rua Augusto Nunes, o que denota, claramente, que poderia ter sido evitado, caso a vítima estivesse em local mais adequado para atravessar a via.

Informa o apelante em apreço, também, que o juiz rechaçou indevidamente a tese de culpa exclusiva da vítima, bem como a tese eventual de culpa concorrente, mas é inconteste que em algum grau a vítima concorreu para o atropelamento.

Insurge-se o réu, ainda, quanto à condenação ao pagamento de pensionamento mensal na proporção de 2/3 (dois terços) do soldo que a vítima percebia à época do acidente, à primeira Apelada, por 9 anos e 8 meses.

Determinou ainda o r. *decisum* que a pensão tivesse início do pagamento já a partir da sentença, caracterizando a antecipação dos efeitos da tutela.

No mais, reputa de excessivo o valor atribuído de indenização por danos morais.

Pede seja a sentença reformada na sua totalidade, seja por culpa exclusiva da vítima, seja por culpa concorrente, bem como à mais absoluta falta de utilização dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade na fixação do *quantum* indenizatório.

Contrarrazões (docs 00482 e 00496).

As mídias foram enviadas pelo juízo *a quo* para análise do recurso (doc 00523).

### Voto

Conheço dos recursos por tempestivos e por estarem presentes os demais requisitos de admissibilidade.

Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada pela viúva (primeira autora) e filhos (segundo e terceiros autores) da vítima Waldemiro em face de concessionária de serviço público, que foi colhido pelo coletivo do réu, no dia 03/09/2013, às 12h43min, ao tentar atravessar a Rua Augusto Nunes, no bairro Todos os Santos, no Rio de Janeiro, quando o ônibus ingressava em rua que não faz parte do seu itinerário. A vítima sofreu politraumatismo, vindo a falecer no dia seguinte, dia 04/09/2013.

A sentença acolheu os pedidos autorais, condenando o réu a pagar a pensão mensal, desde a data do sinistro, no valor correspondente a 2/3 do soldo que a vítima percebia, ao tempo em que determina a constituição de capital garantidor. Condenou o réu a pagar indenização por danos morais na importância de R\$ 300.000,00, sendo R\$ 100.000,00 para cada autor.

Ambas as partes apelaram.

Num primeiro momento, faz-se necessá-

rio esclarecer que a empresa concessionária de serviço de transporte público responde objetivamente pelos danos que seus prepostos causarem a terceiros, quer pelos ditames do art. 37, § 6º, da CRFB, ou pelo CDC, desinfluyente se a lesão foi causada a terceiro não usuário do serviço, como já definido pelo STF, no julgamento do RE 591874 /MS:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO. I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. II - A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. III – Recurso extraordinário desprovido. (RE 591874 / MS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, Julgamento: 26/08/2009)”

Na espécie, cumpre trazer à baila as razões de decidir, em suma, do magistrado de piso. O juízo *a quo* registrou na sentença que, de acordo com as filmagens, pode-se constatar que o ônibus atinge a vítima ao ingressar na via após realizar uma curva pela contramão, sem frear, e em velocidade incompatível com o local, além de sublinhar que a rua era de duas mãos. Vê-se pelas filmagens, também, que o veículo da ré fez a conversão à esquerda, próximo ao poste e ao meio-fio, mas se o motoris-

ta desejava entrar na rua, deveria fazer a curva mais aberta, alcançando a pista de rolamento da direita, sua mão de passagem. Todavia, fez a curva fechada, avançando pela esquerda, ingressando na contramão da via. Além disso, a placa de “pare” na calçada, consoante fotografia de f. 82, não deixa qualquer dúvida quanto ao sentido da rua no local da colisão.

Portanto, o juízo reputou comprovado que o ônibus estava fora de seu trajeto normal, mais uma evidência que o motorista não teve o dever de cuidado ao fazer uma conversão por uma curva que desconhecia, pela contramão e sem parar, utilizando velocidade desproporcional para o local, como já mencionado.

Enfatizou ainda o magistrado de piso que a filmagem juntada pela ré em nada altera a mecânica dos fatos consignados, sendo certo que restou incontroverso que a conduta da ré foi a única determinante para a ocorrência do trágico acidente, posto que não possibilitou qualquer meio de defesa para a vítima, que possuía perfeita condição motora para a travessia.

De fato, a sentença afigura-se escoreita e sem mácula. Da análise dos autos, infere-se que o acidente restou incontroverso, notadamente pelo BRAT (doc 00057), boletim de emergência do hospital municipal Salgado Filho (doc 00057) e filmagens tanto do interior do coletivo (fornecidas pelo réu) como de câmera de residência próxima ao local do infortúnio, prova testemunhal, documental consistente, dentre outras, de boletim de ocorrência policial e laudo cadavérico.

As filmagens do interior do coletivo não socorrem a parte ré. Pelas filmagens que se encontram dentro do arquivo intitulado “Câmera 1”, visualiza-se, em resumo (pontuando-se aqui apenas o que é de mais relevante), o motorista em perspectiva à direita com o trocador à esquerda, e mais ao fundo alguns passageiros.

Em dado momento, o motorista sai do coletivo. Em outra filmagem, vê-se apenas o motorista na porta e percebe-se um carro da polícia através das janelas à esquerda do vídeo.

Pelos arquivos de filmagem dentro da pasta “Câmera 2”, notadamente a de número 20130903124135, vê-se o senhor caindo à esquerda do vídeo, podendo-se notar que foi colidido quando o ônibus já estava entrando à esquerda na via.

Contudo, pelas filmagens da câmera externa da residência localizada próxima ao ponto exato onde o senhor foi colidido pelo ônibus, especialmente o arquivo de nome 3\_07\_M\_09201312424.avi, não há sombra de dúvida da conduta negligente do motorista do réu, sem qualquer culpa da vítima no evento danoso.

Vê-se, pelas referidas filmagens, com clareza solar, todo o acidente. As cenas são fortes, porém cruciais para deslinde da causa, e fazem cair por terra todos os argumentos defensivos trazidos pela empresa ré para justificar eventual culpa concorrente da vítima.

Segundo a gravação em apreço, percebe-se que a vítima, andando normalmente, chegou a olhar para a direita antes de atravessar o logradouro, e quando se encontrava quase no meio da via, foi brutalmente atingido pelo ônibus.

Diga-se que a vítima não atravessou exatamente na curva, ou seja, no entroncamento das duas vias, como afirmou o réu, ao contrário, denota-se que adotou conduta cautelosa, pois atravessou em ponto em que podia ter visibilidade da rua transversal, pela qual acabou vindo o coletivo.

O ônibus ingressou à esquerda e adentrou a rua em que estava a vítima, e no momento em que foi atingido, seu corpo foi projetado

para frente alguns metros, o que corrobora o grande impacto. O veículo apenas parou após atingir a vítima, não se visualizando qualquer redução em velocidade antes da ocorrência do infortúnio.

Numa outra filmagem, a de nome 15\_08\_M\_09201312450.avi, nota-se o senhor estirado no asfalto, distante alguns metros do ônibus, sem se mexer. Em outras filmagens, observa-se transeuntes se aproximando da vítima caída.

Sabe-se que a vítima chegou a ser socorrida, mas não resistiu aos ferimentos e faleceu no dia seguinte ao acidente. A causa mortis foi hemorragia subaracnóidea e interna, edema cerebral e contusão pulmonar, traumatismo de crânio e do tórax; ação contundente, segundo certidão de óbito (doc 00067).

O laudo de exame de corpo de delito de necropsia (doc 000128) descreve o cadáver com várias fraturas, tais como, *verbis*: “(...) exame interno – cavidade craniana: (...) a abóbada craniana revela traço de fratura no osso temporal esquerdo (...) a base do crânio está fraturada em todo o andar anterior e na metade esquerda do andar médio. cavidade tóraco-abdominal: há fratura do primeiro ao quarto arcos costais esquerdos e do terceiro ao sexto arcos costais direitos, com infiltração hemorrágica na musculatura circunjacente. Em resposta a quesitos, apresenta como causa da morte: “traumatismo do crânio e do tórax, com hemorragias subaracnóidea e interna, edema cerebral e contusão pulmonar”.

Segundo registro de ocorrência (doc 00106), o motorista do veículo atropelador, de nome Fabiano Lima da Silva, apresentou sua versão dos fatos, mas admitiu que adotou trajeto diferente ao de sua linha, conforme trecho a seguir transcrito, *verbis*:

“Que na data de hoje, por volta das

12h50min, encontrava-se na direção do coletivo da linha 622 quando teve que mudar o itinerário em decorrência de um acidente de trânsito que interditou a rua Coração de Maria. Que seguindo orientações dos passageiros, entrou na Rua Castro Alves e seguiu em diante, chegando à Rua Honório. Que deveria ter entrado na Rua José Bonifácio para acessar a Rua Arquias Cordeiro mas, como não conhecia o trajeto, e haviam diversos passageiros falando ao mesmo tempo, acabou se equivocando e passando direto. Que os passageiros então o orientaram a entrar na rua seguinte, Rua Augusto Nunes. Que quando fazia a curva para entrar na rua, foi surpreendido por um senhor que atravessava a rua próximo da esquina. Que freou o coletivo imediatamente, mas não impediu que ocorresse o atropelamento. Que desceu do coletivo para prestar socorro à vítima, acionando o corpo de bombeiros.”

Consta ainda do relatório policial (doc 000128) que “Das f. 36 a f. 53 são fotos do local onde os fatos aconteceram, ou seja, das Ruas Honorário e Augusto Nunes e da confluência das duas - a foto de f. 37 é do dia do acidente, estando ainda a vítima no solo e verifica-se o veículo atropelador no local. Podemos observar e considerar as vias como sendo de boa visibilidade, com asfalto em condições mais que satisfatórias, com fluxo de veículos considerado de médio para baixo e que a confluência entre as vias é bastante ampla, com as calçadas de tamanho bastante considerável, entre os muros das edificações e o meio fio”.

A parte ré afirmou que era impossível evitar o acidente. Sob qualquer ângulo que se analise os fatos, tem-se patente a conduta negligente do preposto do réu. O coletivo ingressa à esquerda em rua que não faz parte de seu trajeto, sequer se constata diminuição na velocidade que empreendia ao fazer a curva, e atingiu a vítima quando esta se encontrava posicionada praticamente no meio da rua, mais

adiante da via, e não exatamente na curva.

Pela ata da audiência realizada em 26/11/2014 (doc 000296), a parte autora afirmou, *verbis*:

“que consoante a peça de bloqueio apresentada pela ré cuja tese de defesa se prende na culpa exclusiva da vítima e eventual culpa concorrente da mesma, cumpre mencionar que tais alegações não possuem o condão de afastar o fato constitutivo do direito autoral, uma vez que a ré sequer faz prova do seu alegado ônus que caberia à mesma, em razão da teoria do risco da sua atividade empresarial, bem como a sua notória responsabilidade objetiva consubstanciada no artigo 37 parágrafo 6º da CRFB/1988, ademais as imagens contidas na mídia eletrônica cujo pedido de acautelamento de f. 143 e 240 que nesta oportunidade reitera, evidencia que a vítima do fato cercou-se do seu dever geral de cautela, ao atravessar a rua com uma considerável margem de segurança, conforme se evidenciam as provas de transeuntes atravessando da mesma forma a f. 75, 76, 84, 86, 87 e 88, razão pela qual toda e qualquer afirmação do fato pela própria ré em sua peça de bloqueio, restou inequívoco que o ato ilícito praticado pela mesma se traduziu no nexo de causalidade direto do resultado morte da vítima do fato, haja vista que conforme o depoimento em sede policial de f. 124/126 da testemunha Maria Eunice, cuja presença no dia do fato se mostra evidente a foto colacionada a f. 81, que também demonstra a vítima ao chão foi asseverado que a rua onde aconteceu o fato não é permitido o tráfego de coletivos, fato este que foi corroborado também em sede policial pela testemunha André, a f. 128/129, onde afirmaram tratar-se de rua calma sem possibilidade do acesso por ônibus. Sendo assim considerando ainda que o coletivo encontrava-se fora de reta o que foi comprovado a f. 79 restou cristalino o fato constitutivo do direito autoral(...)”

Conforme Ata de audiência (doc 00349), houve a oitiva de duas testemunhas. A testemunha André da Silva Ribeiro confirmou na íntegra todos os termos prestados em sede policial. Disse mais que a marca de frenagem era do ônibus porque depois que o ônibus saiu do local as marcas ficaram, contudo afirmou não ter visto o momento do acidente. Disse também que a pista do local do acidente é de mão dupla e que somente viu ônibus escolares passando na rua em um sentido, sendo da Rua Augusto Nunes para a Rua Honório. Em sede policial (doc 00128), confirmou que estava fazendo entregas no dia e teve sua atenção despertada para uma aglomeração, aproximando-se da vítima caída no chão. Recorda-se que estranhou a posição do ônibus, concluindo que o motorista errou o caminho.

A testemunha Maria Eunice da Costa Praxedes confirmou na íntegra todos os termos do depoimento prestado em sede policial. Informou em juízo que sua casa é bem próxima ao local do acidente, sendo a terceira casa após a curva. Respondeu “que o ônibus ao entrar na rua estava em alta velocidade.”, acrescentando: “que entende que o ônibus estava em alta velocidade porque ele trafegava pela Rua Honório que é a rua principal e entrou na curva do acidente rapidamente”. E disse mais: “estava no portão quando viu o barulho, sendo a vítima arremessada quase próximo ao seu portão, que a vítima estava cerca de 3 metros distante do ônibus no chão”. Conforme depoimento prestado em sede policial (doc 00106), inclusive confirmou reconhecer-se em uma das fotos.

Colocando-se em perspectiva os depoimentos das testemunhas, conclui-se que foram categóricas e precisas em descrever o ocorrido logo após o sinistro, notadamente quanto ao local da colisão. São depoimentos relevantes pelos seguintes motivos: A uma, confirma-se que a rua em que ocorreu o acidente não é de tráfego de coletivos. A duas, apenas ônibus

escolares ingressavam na rua e mesmo assim em sentido contrário, pois a rua é mão dupla. A três, os pedestres atravessam comumente no local em que a vítima estava, pois sabem que ali não passa ônibus. Ademais, o acidente ocorreu próximo a uma curva, o que demanda do motorista do veículo diminuir a velocidade e mais atenção, pois previsível a presença de transeuntes no local.

Frise-se que a vítima foi arremessada alguns metros por causa do impacto, e pelas filmagens/fotos, chegou a perder seus chinelos, permanecendo imóvel ao solo. O dia era claro e não havia mais carros trafegando na rua, quando o coletivo “virou” à esquerda. Em uma das filmagens, vê-se que um táxi que seguia atrás por pouco não bateu na traseira do ônibus, o que evidencia ter havido uma frenagem repentina, mas isso após colidir com a vítima. A dinâmica do acidente restou demonstrada de forma nítida.

Cotejando-se a prova produzida, chega-se à iniludível conclusão que a vítima não teve a menor chance de evitar ser atingida pelo coletivo. Ademais, a vítima morava da localidade e com certeza sabedor do itinerário dos ônibus que ali circulam.

Além disso, importa consignar relevante informação ser este o terceiro acidente em que se envolve o motorista Fabiano Lima da Silva em três anos de profissão, conforme relatou o Delegado de Polícia no relatório que elaborou. Logo, subsiste, sim, a obrigação da empresa de ônibus de indenizar os familiares do falecido.

A primeira autora, viúva da vítima, era do lar e com ele construiu quase cinquenta anos de união conjugal, o que foi abruptamente interrompida com o acidente. A vítima possuía dois filhos, netos e um bisneto que não chegou a conhecer.

No mais, a parte autora juntou fotos da vítima com a família (doc 00070 e segs), in-

clusive da vítima caída ao solo logo após ser colidida pelo ônibus, do local do acidente e dos ferimentos na vítima quando estava no hospital (docs 00081 e segs).

Dessa forma, o contexto probatório se revela suficiente a demonstrar a existência do fato, do dano e do nexos causal, sendo que a prova testemunhal em destaque confirmou a tese autoral, deixando claro que o preposto da empresa ré ao conduzir o coletivo deu causa ao evento.

Desta feita, como bem reconhecido pelo magistrado de piso, diante da comprovação dos fatos narrados na inicial, impõe-se a condenação da parte ré.

Quanto ao pleito de redução dos danos morais pela parte ré, o mesmo não merece prosperar.

No escólio de AGUIAR DIAS, “a finalidade da reparação do dano moral, muito embora se designe comumente como *pretium doloris*, não é engrossar os bens da vítima. E sim dar-lhe satisfação moral.” (Cf. HENOCH D. AGUIAR *apud* JOSÉ DE AGUIAR DIAS, p. 750).”

A condenação por danos morais tem duplo objetivo, destinando-se não apenas a compensar o sofrimento, mas também a cumprir o seu aspecto pedagógico-punitivo. Face à ausência de parâmetros ou índices previamente estabelecidos por lei, o julgador há de pautar sua decisão segundo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A fixação do montante indenizatório, como se sabe, deve atender a dois aspectos precípuos: o compensatório, nos limites da lesão suportada pela vítima; e o pedagógico punitivo, cujo fim é inibir a contumácia do causador do dano que, *in casu*, já é o terceiro acidente

em que se envolve o preposto.

Sendo assim, ao analisar as particularidades do caso, e em razão dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, mas, também, sem descuido da observância do princípio do enriquecimento sem causa, o *quantum* fixado na primeira instância foi corretamente balizado.

E, tal como já decidido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, é recomendável que o arbitramento seja feito com moderação e atendendo às peculiaridades do caso concreto (*in* RESP 435119; Relator Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA; DJ 29/10/2002).

Merece destacar, da mesma forma, o julgamento do Recurso Especial nº 963.353/PR de Relatoria Ministro HERMAN BENJAMIN, em 20/08/2009, pela Segunda Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça, com transcrição de oportuna lição acerca da indenização por danos morais, *verbis*:

“A indenização por dano moral não é um preço pelo padecimento da vítima ou de seu familiar, mas, sim, uma compensação parcial pela dor injusta que lhe foi provocada, mecanismo que visa a minorar seu sofrimento, diante do drama psicológico da perda a qual foi submetida.”

Dessa forma, o valor de R\$ 100.000,00 para cada autor a título de compensação por danos morais, afigura-se razoável e proporcional, considerada ainda a capacidade econômico-financeira da parte ré e sobretudo por corresponder o montante total a aproximadamente 500 (quinhentos) salários-mínimos, em consonância com o entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência se traz à tona para fins de respaldo:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RE-

GIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE DO GENITOR. LESÃO CORPORAL GRAVE NO AUTOR. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO. INVIABILIDADE. RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DO *QUANTUM*. 1. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula nº 7/STJ. 2. Contudo, em hipóteses excepcionais, quando manifestamente evidenciado ser irrisório ou exorbitante o arbitramento da indenização, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do referido óbice, para possibilitar a revisão. 3. No caso concreto, o Tribunal de origem, ao considerar a existência de pedido de indenização apenas pelos danos morais sofridos com a morte do genitor, reduziu a indenização arbitrada pelo juízo singular de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) - e-STJ f. 576 - para R\$ 41.500,00 (quarenta e um mil e quinhentos reais) - e-STJ f. 706. 4. Nesse contexto, a indenização foi majorada para R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), quantia que corresponde a aproximadamente 500 (quinhentos) salários-mínimos, a fim de adequar o valor à jurisprudência desta Corte. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 68.041/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 24/08/2012).”

Registre-se que o réu não carrou aos autos qualquer documento apto a respaldar o afastamento da sua culpa. Destarte, conclui-se que o réu não se desincumbiu do ônus processual, deixando de comprovar a ausência denexo causal, pois não produziu qualquer prova que sirva para excluir sua responsabilidade na ocorrência do evento danoso.

Com isso, também não há dúvidas que é devida a reparação do dano decorrente do acidente.

Quanto ao recurso da autora que versa sobre a fixação da pensão desde a data do sinistro, com a incidência dos soldos e adicionais ou gratificações percebidas pela vítima desde a ocasião do sinistro, igualmente não merece acolhimento, o que inclusive foi objeto de análise pelo magistrado de piso ao rejeitar os embargos de declaração opostos.

Com acerto fundamentou o *decisum*, ao informar que apenas o dispositivo da sentença faz coisa julgada, e é expresso ao determinar que o pagamento da pensão é devido a contar do fato, correspondendo ao valor de 2/3 do sol-do que a vítima recebia e não há dúvida a ser esclarecida.

Correto o posicionamento adotado, conforme julgado que ora se exemplifica, *verbis*:

“PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE EM RODOVIA FEDERAL. MORTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ESPOSA E FILHOS. PREQUESTIONAMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVOLVIMENTO DE PROVAS. TERMO *AD QUEM* DO PENSIONAMENTO. TABELA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.

Do Agravo em recurso especial interposto pelo DNIT: 1.1. Não se conhece do recurso especial quando a tese suscitada no recurso - violação do art. 333, I, do CPC - não foi objeto de análise pela Corte de origem. Incidência da Súmula nº 282/STF.

1.2. Fixada a responsabilidade estatal com base nos pressupostos contidos no art. 37, § 6º, da CF/88, não é possível reexaminá-los no âmbito do apelo especial, sob pena de usurpar competência do Pretório Excelso.

1.3. Ademais, a análise acerca da presença de elementos probatórios hábeis a ensejar a responsabilidade da autarquia implica o revolvimento dos aspectos fáticos da demanda,

providência vedada na instância extraordinária, ante o óbice contido na Súmula nº 7/STJ.

2. Do recurso especial interposto pelos particulares: 2.1 Estando ausente o prequestionamento acerca dos arts. 460 do CPC e 950, parágrafo único, do CC/02, a matéria não pode ser apreciada no apelo nobre. Aplica-se a Súmula 282/STF. Prejudicado, nesse ponto, o recurso fundamentado no dissídio pretoriano.

2.2. É razoável estipular como parâmetro da indenização por danos materiais o valor da remuneração a que fazia jus a vítima, descontando-se 1/3 referente à parcela que seria destinada ao próprio sustento dela. Interpretação consentânea com o princípio da *restitutio in integro*, já que propicia aos beneficiários da indenização uma situação material mais próxima ao prejuízo obtido.

Precedentes.

2.3. O termo *ad quem* para o cálculo do pensionamento deve ser atualizado em conformidade com a tabela de expectativa de vida adotada pela Previdência Social, nos termos dos dados estatísticos levantados pelo IBGE, permitindo-se maior adequação com a realidade do país. Precedente: AgRg nos EDcl no AgRg no REsp nº 1.253.342/PE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 28/06/13.

Acórdão recorrido modificado nesse ponto.

2.4. No recurso especial, é vedado modificar o valor da indenização por danos morais, salvo nos casos em que são estipulados em quantia irrisória ou exorbitante, o que não se afigura na hipótese. Óbice da Súmula nº 7/STJ.

2.5. Na condenação da Fazenda Pública, os honorários advocatícios podem ser fixados em patamar inferior ao percentual de 10%, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Matéria pacificada sob o rito dos recursos repetitivos.

3. Agravo em recurso especial não provido e recurso especial, conhecido em parte e provido também em parte.

(REsp 1353734/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado

em 05/09/2013, DJe 12/09/2013)”.

Salientou o magistrado que a primeira autora comprovou que convivia com a vítima na época dos fatos, sendo sua dependente econômica.

Assim, o magistrado, ao calcular a sobrevida da vítima, considerou a tabela do IBGE na data do sinistro e considerou que a vítima subsistiria por mais 9 anos e 8 meses, como pleiteado na exordial e que não merece qualquer reparo, conforme exemplo jurisprudencial a seguir transcrito, *verbis*:

“CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATROPELAMENTO. VÍTIMA FATAL. PENSIONAMENTO. SOBREVIDA PROVÁVEL. TABELA PREVIDENCIÁRIA E DO IBGE. I. A longevidade provável de vítima fatal, para efeito de fixação do tempo de pensionamento, deve ser apurada em consonância com a tabela de sobrevida adotada pela Previdência Social, de acordo com cálculos elaborados pelo IBGE. Precedentes. II. Recurso especial conhecido e provido em parte. (REsp nº 268.265/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, julgado em 04/04/2002, DJ 17/06/2002, p. 268 RNDJ vol. 31, p. 129)”

De igual forma, no que tange à constituição de capital garantido das prestações vincendas, na forma do art. 475-Q, § 2º, do CPC/73, é permitido ao juiz substituir a constituição do capital pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento. Menciona-se, igualmente, a Súmula nº 313 do STJ: *verbis*:

“Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão independentemente da situação financeira do demandado”.

No caso dos autos, vê-se que a verba su-

cumbencial se mostrou razoável e proporcional, não merecendo ser alterada. Nada a retocar quanto à correção monetária a partir da condenação (sentença). Da mesma forma, quanto aos juros incidentes sobre os danos morais, pois o termo inicial é a data do acidente, por se tratar de responsabilidade por culpa aquiliana.

Logo, a sentença deve ser mantida na íntegra.

*Ex positis*, voto no sentido de conhecer e negar provimento aos recursos.

Rio de Janeiro, 27 de julho de 2016.

**DES. MARCELO LIMA BUHATEM**  
Relator

**AÇÃO INDENIZATÓRIA. DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEL. EXPLOÇÃO. GRANDE INCÊNDIO. PETROBRAS. BAIRRO RESIDENCIAL. ABANDONO DAS CASAS. ABALO EMOCIONAL E PSICOLÓGICO. REFORMA DA SENTENÇA EM RELAÇÃO À CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. SÚMULA Nº 161. DANOS MATERIAIS E MORAIS.**

**Apelação cível. Ação indenizatória por danos materiais e morais. Explosão ocorrida nas dependências da ré. Sentença de procedência do pedido, condenando a ré a pagar à parte autora a quantia de R\$ 1.480,00, a título de danos materiais, além de compensar a autora pelos danos morais causados, com a importância de R\$ 40.000,00. Inconformismo. 1- Competência desta Câmara Cível não especializada para o julgamento do feito, diante da decisão proferida no Conflito de Competência nº 0057112-97.2015.8.19.0000. 2- Responsabilidade objetiva da distribuidora de combustível. Inteligência dos artigos 186 e 927, pa-**

**rágrafo único, do Código Civil. 3- Aplicação da teoria do risco criado, uma vez que o dano sofrido pela autora é decorrente da atividade de risco desenvolvida pela ré. 4- Os documentos adunados aos autos, bem como as provas nele produzidas, comprovam o nexo de causalidade entre o incêndio que atingiu as dependências da empresa ré e os danos ocorridos na residência da parte autora, o que faz exsurgir o dever reparatório da ré pelos danos suportados pela autora. 5- Manutenção da quantia arbitrada pelo juízo *a quo* a título de danos morais, tendo em vista que a narrativa dos fatos demonstra que a parte autora foi fortemente afetada ao ver sua residência em meio a incêndio de grandes proporções, que traumatizou toda a comunidade, deixando marcas indelévels. 6- Danos materiais devidamente comprovados nos autos. 7- Honorários corretamente fixados. Reforma da sentença, de ofício, na forma da Súmula nº 161 do TJRJ, em relação à correção monetária e os juros de mora. Precedente deste tribunal. Improvimento do recurso.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0042430-45.2013.8.19.0021, onde figuram como Apelante e Apelado Euzi Luiza Pereira e Petrogold Intermediação e Agenciamento de Negócio em Álcool Combustível Ltda.

Acordam os Desembargadores que integram a Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Recurso de apelação cível interposto contra a r. sentença de f. 258/259, que, em ação indenizatória por danos materiais e morais ajuizada por Euzi Luiza Pereira em face de Petrogold Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda e Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, julgou procedente, em parte, o pedido contido

na inicial, para condenar a ré no pagamento à autora de indenização pelos danos materiais causados, no valor de R\$ 1.480,00, acrescidos de juros de mora de 12% aa e correção monetária desde a data do laudo, além de compensar a autora pelos danos morais causados, com a importância de R\$ 40.000,00, acrescidos de juros de mora de 12% aa desde a citação e correção monetária desde a sentença. Condenou, ainda, a ré no pagamento das custas processuais, honorários periciais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação.

Trata-se de ação indenizatória por danos materiais e morais ajuizada pelo autor em face do réu alegando, em síntese, que em 23/05/2013 a 1ª ré (distribuidora de combustível), que funcionava, irregularmente, em um bairro residencial da cidade de Duque de Caxias, explodiu e causou um grande incêndio que se propagou para várias casas vizinhas. Aduz que por causa do incêndio vários moradores tiveram que abandonar suas casas às pressas e apenas com a roupa do corpo, bem como que no dia do ocorrido a defesa civil deu ordem para que todos saíssem de casa e fossem para o mais longe possível. Afirma, ainda, que em virtude do ocorrido sofreu danos de natureza patrimonial e profundo abalo emocional e psicológico, visto o iminente risco de vida.

Contestação apresentada pela 2ª ré a f. 26/32, alegando, preliminarmente, a ilegitimidade passiva. No mérito, alega, em síntese que não pode ser responsabilizada pelo evento, bem como a ausência de solidariedade, tendo em vista que a mera venda de produtos a uma distribuidora de combustíveis poderia gerar esse dever de indenizar.

Contestação apresentada pela 1ª ré a f. 61/80, alegando, preliminarmente, que a parte autora não faz jus à gratuidade de justiça. No mérito, afirma, em síntese, que a parte autora não carrou aos autos as provas dos danos ma-

teriais sofridos. Aduz a ocorrência de abuso de direito ao ser analisado os danos alegados, tendo em vista que, sejam os pedidos analisados pela relação hipossuficiência x enriquecimento sem causa; seja pela relação suficiência x pedido de gratuidade, a Autora alterou a verdade dos fatos, qual seja, sua real condição econômica. Afirma, ainda, a ausência de culpa pelo evento danoso e a higidez das instalações e da segurança, bem como que são infundadas as acusações de que funcionava irregularmente. Por fim, afirma a exclusão da responsabilidade ou do nexó causal diante da ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Réplica a f. 189/191 e 192/197.

Decisão saneadora a f. 208, reconhecendo a ilegitimidade passiva da Petrobras e deferindo a produção de prova pericial, testemunhal e documental superveniente.

Laudo pericial acostado aos autos a f. 228/239.

Audiência de instrução e julgamento, a f. 253/256, com produção de prova oral.

Sentença de procedência parcial dos pedidos, a f. 258/259, da lavra da Eminente Juíza NATACHA NASCIMENTO GOMES TOSTES GONÇALVES DE OLIVEIRA.

Inconformada, a ré interpôs apelação, cujas razões se encontram a f. 261/271, pugnano pela reforma da sentença, repetindo os argumentos lançados no curso do processo, alegando, em síntese, que a responsabilidade deve ser afastada, tendo em vista que estava operando regularmente, bem como que o laudo pericial produzido pelo ICCE constata que as causas do incêndio não puderam ser determinadas, sendo certo que não foi encontrado nenhum indício de culpa. Afirma, ainda, a inexistência de prática de ato ilícito praticado, diante

da ocorrência de caso fortuito ou força maior, bem como ser incabível o dever de indenizar. Requer a improcedência do pedido, ou, alternativamente a redução da verba indenizatória fixada.

Contrarrazões a f. 282/287.

Embargos de declaração interpostos a f. 288/289, acolhidos pela decisão de f. 291.

### Voto

Presentes o pressuposto de admissibilidade do recurso, dele se conhece.

Cuida-se de demanda na qual o Autor pretende haver indenização por danos materiais e psicofísicos sofridos em virtude de incêndio que atingiu as dependências da ré.

Inicialmente, cumpre salientar que, esta Câmara Cível não especializada possui competência para julgar o presente feito, tendo em vista a decisão proferida pelo Desembargador ADRIANO CELSO GUIMARÃES no Conflito de Competência nº 0057112-97.2015.8.19.0000 (f. 351). Vejamos:

Nos termos do disposto no artigo 955, parágrafo único, inciso I, do Código de Processo Civil, bem como no parágrafo terceiro, do artigo 6º-A, do Regimento Interno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, amparado no verbete nº 314 da Súmula desse Egrégio Tribunal de Justiça, acolho o presente incidente para declarar a competência da Egrégia Décima Sexta Câmara Cível para o julgamento do recurso oferecido.

Com efeito, é fato incontroverso nos autos a ocorrência da lamentável explosão que atingiu as dependências da empresa ré, eis que admitido pela 1ª ré em sua contestação de f. 61/80.

Impende ressaltar que a responsabilidade da distribuidora de combustível é objetiva, da qual se extrai a desnecessidade de comprovação da culpa (artigos 186 e 927, parágrafo único do Código Civil de 2002), já que sua atividade implica riscos para o direito de outrem. Vejamos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único – Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem.

Esta teoria é conhecida como teoria do risco criado/do exercício de atividade perigosa, onde basta a relação de causalidade entre a conduta e o dano, sendo o risco o fundamento da responsabilidade.

Com efeito, segundo a referida teoria, aquele que, ao desenvolver uma atividade potencialmente perigosa, impõe à sociedade um nível maior de risco, traz para si a responsabilidade de reparar os danos causados, ainda que não haja culpa de sua parte, mostrando-se irrelevante o proveito econômico usufruído, eis que o que sobreleva de importância é o perigo que a atividade pode causar no seio da sociedade. Assim, se alguém, ao soltar um balão, causar dano por incêndio a alguma propriedade e/ou atingir a incolumidade física de uma pessoa, será obrigado a promover a devida reparação, independentemente de culpa, sendo irrelevante se estava fazendo publicidade de uma marca e auferindo lucro ou se a atividade era apenas de lazer.

Na responsabilidade objetiva, a parte demandada tem que demonstrar, para se eximir da responsabilidade civil de indenizar, alguma circunstância que rompa o nexo de causalidade, tais como força maior, fato exclusivo da vítima ou fato exclusivo e doloso de terceiro.

Na presente hipótese, os documentos adunados aos autos, bem como as provas nele produzidas, comprovam o nexo de causalidade entre o incêndio que atingiu as dependências da empresa ré e os danos ocorridos na residência da parte autora, o que faz exsurgir o dever reparatório da ré pelos danos suportados pelo autor.

Com efeito, o laudo pericial produzido pelo ICCE de f. 228/248 foi conclusivo no sentido de afirmar que a onda de calor transmitida na localidade, em função da explosão de proporções extremamente significativas, provocou danos na residência da parte autora.

Vejamos:

### “3. Danos reclamados

3.1. Descrição do constatado na vistoria desta perícia:

a) duas caixas d’água derretidas:

Constatação: incontestado. Mantidas na casa e os danos são compatíveis com a onda de calor originada da explosão. Ilustrado na foto 1, a seguir.

b) vidros de duas janelas estilhaçados — uma das duas casas ao lado esquerdo de quem se dirige aos fundos.

Constatação: substituídos pela autora, o que se justifica pela necessidade em recompor a janela. Compatível com o abalo pela explosão. Ilustrado na foto 2, a seguir.

c) duas telhas de fibrocimento danificadas.

Constatação: substituídas pela autora, o que se justifica para recompor a cobertura local. Compatível com abalo pela explosão. Ilustrado na foto 2, a seguir.

(...)

A influência da explosão nas instalações da ré é incontroversa, considerando o estado da caixa d'água que permaneceu no local de origem, derretida parcialmente, em consequência da onda de calor transmitida no evento.

(...)

### 5. Conclusão

I. Sobre os danos no imóvel da autora Constatados na vistoria. Relacionados e analisados no item 3 deste laudo.

Não foi reclamado nenhum dano referente a problemas estruturais. O valor do orçamento para a recuperação foi de R\$ 1.480,00 (mil quatrocentos e oitenta reais), conforme planilha elaborada no item 3.

II. Sobre a influência do evento da explosão sobre a casa da autora

Incontroversa, considerando o estado da caixa d'água derretida parcialmente e que permaneceu no local de origem, atestando a intensidade da onda de calor transmitida na localidade em função da explosão de proporções extremamente significativas.

No mesmo sentido, a prova oral produzida em Audiência de Instrução e Julgamento de f. 253/257:

Depoimento Sr. Vanderlino Gomes da Silva (f. 254): “que teve sua casa atingida pelo incêndio da Petrogold também; que tem ação semelhante em face da ré; que conhece a D. Euzi e a D. Maria Cesária; que elas eram moradoras de lá; que o incêndio atingiu a casa delas também; que quando viu que estava pegando fogo as chamas já estavam médias; que só deu tempo de todo mundo sair correndo; que não chegou a ver explosão, só o fogo; (...) que só teve assistente social para prestar auxílio no dia seguinte; que teve que ficar 5 dias fora de casa; que ninguém pôde voltar antes; que a Defesa Civil foi liberando as poucos; que para ele o trauma foi de grau 10, sendo 10 a dor da perda de um filho, pois perdeu seus animais,

sua casa, perdeu tudo; que ainda não conseguiu voltar para sua casa; que está morando na casa que alugou e a Petrogold está pagando o aluguel, por ordem judicial, segundo o advogado”.

Depoimento Sr. Daniel Romualdo da Silva (fls. 255): “que teve sua casa atingida pelo incêndio da Petrogold também; que tem ação semelhante em face da ré; que conhece a D. Euzi e a D. Maria Cesária; que elas eram moradoras de lá; que o incêndio atingiu o patrimônio delas também; que quando viu que estava pegando fogo as chamas já estavam bem altas; (...) que saiu todo mundo ao mesmo tempo; que saiu desesperado para rua; (...) que apenas recebeu orientação de que foi fechada a rua e para não se aproximar mais; que para ele o trauma foi de grau 8, sendo 10 a dor da perda de um filho; que as casas ficaram interditadas de 24 a 48 horas; que ele ficou mais tempo fora devido ao filho ser recém-nascido”.

Depoimento Sra. Luciana Cecília de Souza da Silva (f. 256): “que também teve sua casa atingida pelo incêndio da Petrogold; que tem ação semelhante em face da ré; que conhece a D. Euzi e a D. Maria Cesária; que elas também tiveram a casa atingida; que quando viu o incêndio estava no começo, assim que explodiu a primeira bola; que só deu tempo de arrastar as crianças; que chegou a ouvir a primeira explosão; que estava saindo todo mundo ao mesmo tempo (...) que não havia local predeterminado; que foram se afastando; que depois os bombeiros isolaram a área; que não teve ninguém para prestar auxílio; que a Defesa Civil demorou 24 horas para liberar sua casa; que teve gente que demorou mais tempo; que tem gente que ainda não conseguiu voltar; que essas pessoas estão morando no mesmo bairro, mas não sabe dizer onde; que a Petrogold que está pagando o aluguel; que tem boatos dizendo que é por ordem judicial; que para ela o trauma foi de grau 8, sendo 10 a dor da morte de um filho; que seu filho ainda

está traumatizado”

Assim, confirmada a existência de nexo de causalidade entre o ato praticado pelo preposto do réu com o dano suportado restou demonstrado o dever de indenizar. Passemos à análise dos danos.

Quanto ao dano moral, sabe-se que na fixação do montante indenizatório, devem ser considerados: o comportamento do agente causador do dano, a sua capacidade econômico-financeira, e, a repercussão do evento na vida do lesado. Deve, ainda o magistrado orientar-se pelo princípio da razoabilidade, estabelecendo quantia que simultaneamente atenda ao aspecto compensatório e ao caráter profilático da condenação por dano moral.

Assim sendo, com relação ao *quantum* da indenização relativo aos danos morais, constata-se que o valor fixado deve ser mantido, não merecendo qualquer redução, tendo em vista que, como bem salientado pelo juízo monocrático, a narrativa dos fatos demonstra que a parte autora foi fortemente afetada ao ver sua residência em meio a incêndio de grandes proporções, que traumatizou toda a comunidade, deixando marcas indelévels.

No sentido do julgado, precedente deste Tribunal de Justiça:

0037280-83.2013.8.19.0021 – APELAÇÃO - 1ª Ementa - Des(a). ADRIANA LOPES MOUTINHO - Julgamento: 01/09/2016 - VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NO CPC/73. INCÊNDIO SEGUIDO DE EXPLOÇÃO. RESIDÊNCIA DA PARTE AUTORA ATINGIDA. INEXISTÊNCIA DE EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E

MATERIAIS. 1. Importante ressaltar que a competência desta E. Câmara foi fixada em razão da prevenção, ante o julgamento do recurso de Agravo de Instrumento nº 0005633-02.2014.8.19.0000. 2. Pela leitura atenta dos autos, depreende-se que a ocorrência do incêndio nas instalações da empresa ré é fato notório e incontroverso, sendo o ponto central da controvérsia a responsabilidade da ré, que sustenta a ocorrência de caso fortuito e força maior. 3. É cediço que o risco da atividade que dá origem à responsabilidade objetiva é aquele criado quando, por consequência da atividade empresarial algum perigo (risco) pode advir a alguém, perigo esse inerente à própria atividade. 4. Sem dúvidas, será a natureza da atividade que irá determinar, no caso concreto, a sua propensão à criação do risco. 5. Em que pesem as razões expendidas pela ré, ora apelante, forçoso reconhecer a inaplicabilidade da pretendida excludente de responsabilidade. Isto porque a atividade de distribuição de combustível exercida pela ré torna-se potencialmente lesiva no momento em que armazena e manipula estes produtos altamente inflamáveis. 6. Desse modo, a explosão causada no depósito da ré é absolutamente previsível e constitui risco inerente a sua atividade, razão pela qual entendo que andou bem o magistrado sentenciante ao reconhecer a responsabilidade da ré. 7. Ademais, nos termos do artigo 927 do Código Civil, a empresa que desempenha atividade de risco e, sobretudo, colhe lucros desta, deve responder pelos danos que eventualmente ocasione a terceiros independentemente da comprovação de dolo ou culpa em sua conduta. (AgRg no AREsp 24156/MG. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 2012/0146679-9, Rel. Min. MARCO BUZZI, Quarta Turma, data do julgamento: 20/08/2015, DJe 31/08/2015). 8. Relativamente ao dano material fixado na sentença não houve insurgência da ré em suas razões, razão pela qual impõe-se a análise apenas da verba fixada a título de indenização por dano moral.

9. É sabido que, à míngua de dados objetivos para a fixação da indenização devida por danos morais, alguns fatores devem ser levados em conta para sua fixação, tais como: a capacidade econômica das partes; a natureza e extensão do dano e as circunstâncias em que se deu o ato ilícito, atentando-se, ainda, que a indenização deve ser necessária e suficiente para inibir novas condutas lesivas por parte da ré, desde que não se transforme em fator de locupletamento. 10. Por certo que a explosão em proporções extremamente significativas, como afirmou o *expert* do juízo, causou à autora danos à sua personalidade, na medida em que teve que se ausentar às pressas de casa; considerando que a autora teve bens móveis derretidos, como narrado pelo perito, considerando que a autora ficou impedida de retornar ao imóvel pelo período de 24 horas e considerando os depoimentos de outras vítimas do incêndio, entendo que os danos morais restaram devidamente caracterizados. 11. Neste sentir, entendo que o valor fixado a título de indenização por danos morais - R\$40.000,00 - não merece redução, eis que observa as circunstâncias do caso concreto e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 12. Pequeno retoque de ofício quanto aos juros de mora e correção monetária, eis que se trata de responsabilidade extracontratual. 13. Reforma da sentença. Recurso a que se nega provimento fixando, de ofício, que os juros de mora sobre as verbas indenizatórias devem fluir a partir do evento danoso e, também, que o valor fixado a título de dano material seja corrigido a partir do efetivo prejuízo, mantendo a sentença nos seus demais termos.

No tocante aos danos materiais, razão também não socorre ao apelante, tendo em vista que os danos materiais no montante de R\$ 1.480,00 restaram devidamente comprovados, conforme se depreende do laudo pericial produzido pelo ICCE a f. 232.

Ressalta-se, contudo, que o julgado recorrido merece reparo quanto à aplicação dos juros de mora e correção monetária. Assim, fazem-se necessárias algumas considerações acerca do tema.

Impende ressaltar, contudo, que a despeito de as referidas matérias não terem sido objeto de recurso, as mesmas poderão ser apreciadas de ofício nesta oportunidade, na forma da súmula de nº 161 deste E. Tribunal abaixo transcrita:

Questões atinentes a juros legais, correção monetária, prestações vincendas e condenação nas despesas processuais constituem matérias apreciáveis de ofício pelo Tribunal.

No tocante aos juros de mora, cumpre salientar que, tratando-se de relação extracontratual, eles têm incidência desde o evento danoso, na forma da Súmula nº 54 do STJ.

Súmula nº 54, do E. STJ

Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

A correção monetária incidente sobre o valor fixado a título de dano material deve ocorrer a partir do efetivo desembolso, nos termos da Súmula nº 43 também do STJ.

Súmula nº 43, do E. STJ

Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.

À conta de tais fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso, bem como de reformar a sentença, de ofício, para determinar que os juros de mora sobre as verbas indenizatórias devem incidir a partir do evento danoso e que a correção monetária

sobre o dano material deve fluir a partir do efetivo desembolso, mantendo, no mais, a r. sentença vergastada.

Rio de Janeiro, 02 de maio de 2017.

DES. MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO  
Relator

**AÇÃO ANULATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. BOMBOM DE LICOR. BLITZ. LEI SECA. NEGATIVA DO CONDUTOR A SE SUBMETER AO BAFÔMETRO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. CONDUTAS DIFERENTES MESMA PUNIÇÃO. LACUNA NA LEGISLAÇÃO ATÉ 2016. PECULIARIDADE NA ÉPOCA DOS FATOS. MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DA RELATORIA. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA INTEGRAL DOS PEDIDOS DO AUTOR.**

Ação anulatória c/c repetição de indébito e obrigação de fazer. Detran/RJ no polo passivo. Operação realizada na rua, conhecida como “lei seca”, em 01/09/2013, em rua da cidade de Petrópolis. Condutor de veículo automotor parado pelo agente público, negando-se a realizar o popularmente chamado “teste do bafômetro”. Informação dada quanto à ingestão de apenas um “bombom de licor”. Sentença de improcedência. Decisão monocrática prestigiando a decisão de Primeiro Grau. Agravo Interno. Reconsideração pela Relatoria, incluindo-se o feito em pauta, para julgamento pelo Colegiado. Discussão a respeito da legalidade ou não, das sanções aplicadas ao condutor do veículo, consistentes na suspensão por 1 ano, do direito de dirigir, pagamento de multa e recolhimento da carteira de motorista, tendo por base a negativa em se submeter ao

teste do “bafômetro”. Inteligência dos arts. 277 e 165 do CTB, com a redação da Lei nº 12.760/2012. Mudança de entendimento da Relatoria, após o reexame minucioso dos autos. *In casu*, a negativa do condutor a se submeter ao teste do “bafômetro” afigura-se como legítima, diante da legislação aplicável à espécie na época do evento, sendo certo que ninguém está obrigado a produzir prova contra si. Inexistência de provas atestando indícios de ingestão de bebida alcoólica, bem como de atos perpetrados de modo a colocar em risco a incolumidade física do autor, de outros condutores de veículo ou transeuntes. Inquestionável discrepância no tocante à proporcionalidade e razoabilidade na punição aplicada ao administrado. Simples afirmativa quanto à ingestão de um “bombom de licor”, que não pode ser considerada conduta violadora dos dispositivos legais previstos no CTB, se desacompanhada de prova concreta a respeito da presença de álcool na corrente sanguínea do motorista. Não observância do princípio *nemo tenetur se detegere*. Solução encontrada pela Julgadora de Primeiro Grau, que mais se coaduna com a redação atual do art. 165-A do CTB, introduzido pela Lei nº 13.281/2016, cuja vigência se deu em novembro de 2016, não podendo ser aplicado de forma retroativa ao caso narrado nos autos. Em que pese o fato do art. 165-A do CTB não estar sendo formalmente questionado na presente ação, vale o registro de que o exame minucioso, “caso a caso”, deve ser empregado com a devida atenção às suas nuances e peculiaridades, justamente para que seja aplicada a solução mais adequada ao conflito estabelecido, sopesando, o Judiciário, todos os princípios que regem o Direito, interpretando a lei de forma teleológica, axiológica e sistemática, zelando pela correta aplicação da lei no tempo e no espaço, levando em conta, sempre, a razoabilidade e proporcionalidade. Precedente desta Corte, na mesma dire-

**ção. Provimento do recurso, invertendo-se os ônus da sucumbência, acolhendo-se os pedidos contidos na inicial. Sem pagamento de custas pela autarquia, vencida, que deverá apenas recolher a taxa judiciária.**

**Devolução do valor da multa paga indevidamente, com juros de mora a partir da citação e correção monetária a partir do efetivo desembolso. Pontuação negativa no prontuário do autor que deverá ser retirada no prazo de 5 dias.**

Revistos, relatados e rediscutidos estes autos da Apelação Cível nº 0319040-96.2014.8.19.0001, figurando como Apelante, Thiago Nicolai (autor) e, Apelado, Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro - Detran RJ (réu),

Acordam, por unanimidade de votos, os Desembargadores integrantes da Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Adoto na forma regimental permissiva, o relatório já inserido na decisão monocrática.

#### VOTO

O apelo é tempestivo, estando presentes os demais requisitos para sua admissibilidade, razão pela qual, é conhecido, impondo-se o registro de que a sentença foi prolatada sob a vigência do CPC de 1973, em 25/02/2016.

Conforme relatado nos autos, versa a lide sobre anulação de ato administrativo c/c obrigação de fazer, em que alega o autor, Thiago Nicolai, ter sido parado em uma *blitz* da operação “lei seca”, ocasião em que lhe foi solicitada a realização de teste do bafômetro. O autor teria se recusado, informando ter ingerido uma “trufa de licor de chocolate”. Também argu-

menta o autor que, muito embora solicitado o certificado de calibração do etilômetro, não houve atendimento por parte do agente local. Instaurada a demanda, pretende o autor a antecipação da tutela para determinar a suspensão do processo administrativo instaurado com o fim de que o réu se abstenha de ordenar que o autor entregue sua CNH, até o julgamento do mérito, bem como a procedência do pedido, ao final, com a confirmação da tutela antecipada, a anulação do auto de infração em tela, a retirada dos pontos lançados no prontuário do autor e a restituição do valor pago a título de penalidade pecuniária, no valor de R\$ 1.915,40 (hum mil, novecentos e quinze reais e quarenta centavos).

Conforme visto, a sentença foi de improcedência, vindo aos autos o recurso de apelação do autor, buscando, por óbvio, o acatamento da sua tese inicial. E através de decisão monocrática, a r. sentença foi mantida. Ingressou o autor, em seguida, com Agravo Interno, devidamente recebido, sendo determinado o julgamento pelo Colegiado.

Assim, em sendo submetido o recurso do autor, à apreciação do Colegiado, necessária se faz a reapreciação da matéria pela Relatoria. E após novo exame minucioso de todos os argumentos apresentados pelas partes, entendo assistir inteira razão ao recorrente.

Importante destacar, nesta oportunidade, que a mudança de posicionamento da Relatoria se dá justamente por conta das peculiaridades do caso em estudo, principalmente no tocante à lacuna da legislação que regulava a matéria na época dos fatos. E o que ocorreu? A explanação de motivos pela parte autora, a forma como se deu a abordagem, as penalidades que lhe foram impostas, tudo isso leva a uma mera presunção, no sentido de que o agente administrativo entendeu que o autor havia ingerido bebida alcoólica. Entretanto, conforme

já assinalado, nada há nos autos que demonstre ou autorize inequivocamente, a aplicação das penalidades previstas no CTB, pela autarquia.

Vejamos, pois.

Consta dos autos, e de forma clara, que o autor foi autuado em 01/09/2013 (mov.000022), na Praça Rui Barbosa, na cidade de Petrópolis, às 2h10min, por “dirigir sob a influência de álcool”... havendo menção expressa a uma declaração feita pelo autor, no local, de “ter ingerido um bombom de licor” e sua recusa em ser submetido ao teste do etilômetro.

Inconformado com as penalidades que advieram em decorrência da simples recusa em se submeter ao teste proposto, o autor ingressou em Juízo, visando a anular a multa e a suspensão que lhe foi imposta, restringindo o seu direito de dirigir durante 12 meses, além de buscar também, a retirada da anotação negativa de pontos em seu prontuário, tudo por conta da recusa em soprar o aparelho conhecido como “bafômetro”.

Pois bem.

Alega o apelante: I - não ter ingerido bebida alcoólica; II – não ter sido constatado que ele apresentava estar alcoolizado; III – não ter praticado nenhuma manobra arriscada com o veículo; IV – não ter causado transtorno a quem quer que seja. O único ato praticado pelo autor, segundo sua narrativa, teria sido a sua negativa em fazer uso do etilômetro.

De se notar que, em Primeira Instância, a sentença foi de improcedência, entendendo o Juízo *a quo* ter agido a administração pública dentro da legalidade e sem qualquer tipo de exorbitância dos seus poderes. Para tanto, a sentença se baseou nos arts. 277 e 165 do CTB, alterado pela Lei nº 12.760/2012. No

referido *decisum*, ressalta a ilustre Magistrada que “após a referida alteração legislativa, basta, portanto, que o condutor seja alvo de fiscalização de trânsito, que poderá ser submetido a exame que permita certificar a influência de álcool. No caso dos autos, a parte autora se recusou a realizar o exame de etilômetro após abordagem pela fiscalização de trânsito, incidindo, assim, na hipótese do parágrafo 3º do art. 277, do CTB’.

Neste ponto, impõe-se esclarecer o inteiro teor de dispositivos citados na douda decisão, trazendo à baila a redação atualizada, com a devida menção ao texto em vigência na época do fato narrado nos autos.

Art. 277 - O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165-A deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração – gravíssima Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do

Código de Trânsito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no *caput* em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277: (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência) (Lei nº 13.281, de 4 de maio de 2016:

Art. 7º Esta Lei entra em vigor: I - na data de sua publicação, em relação aos arts. 3º e 4º; e II – após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial (publicação oficial em 05/05/2016), em relação aos demais artigos).

Infração - gravíssima; (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270. (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no *caput* em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

Em assim sendo, a nosso ver, a interpretação empregada pelo nobre sentenciante nos gera a impressão de que condutas diferentes entre si podem sofrer, ao arrepio do princípio da proporcionalidade, a mesma punição, indistintamente.

Este o quadro com o qual nos deparamos:

Pessoa que ingere bebida alcoólica e se submete ao teste do etilômetro – sofre penalidades previstas no CTB.

Pessoa que ingere bebida alcoólica e não se submete ao teste do etilômetro – também sofre penalidades previstas no CTB.

Pessoa que não ingere bebida alcoólica e não se submete ao teste do etilômetro – também sofre penalidades previstas no CTB.

Logo, a interpretação dos dispositivos previstos nos arts. 277 e 165 do CTB, com a redação de 2012, tem sido num único sentido, mesmo que a realidade fática demonstre que as condutas individualmente praticadas sejam absolutamente diversas entre si, traduzindo verdadeira injustiça. E o espírito da lei não é esse. Ao contrário, a intenção do legislador é punir quem deve ser punido, desde que o condutor do veículo tenha violado comprovadamente a lei. Da forma como consta na r. sentença, não há diferença de tratamento entre quem ingere bebida alcoólica e quem não ingere, presumindo-se culpa absoluta do indivíduo, caso ele não concorde em passar pelo teste do etilômetro. Ora, as penalidades existem e devem ser aplicadas para quem apresenta efetivamente álcool no sangue e não para aqueles que não apresentam.

Em verdade, o argumento constante da sentença no sentido de que “a recusa da parte autora em se submeter ao teste de etilômetro fez com que a Administração lhe aplicasse as penalidades e medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB”, não pode prosperar, à medida que, ainda que o próprio autor tenha admitido ter ingerido um bombom de licor, tal fato por si só, não autoriza o agente público a deduzir, imaginar, presumir ou admitir por conta própria, que existe álcool no organismo do administrado. No mínimo, seria necessário o agente descrever, com minúcias, o tipo de abordagem feita, a reação do condutor, de modo a permitir uma conclusão segura no tocante à ingestão de bebida alcoólica, sua permanência no organismo, a ponto de ser detectada pelo aparelho etilômetro. Entretanto, nada

consta dos autos, e incumbia ao órgão responsável pela punição aplicada ao autor, deixar evidenciada a legalidade do ato administrativo praticado, a teor do disposto no art. 333, II, do antigo CPC.

De suma importância registrar o princípio da irretroatividade da lei, não sendo possível aplicar a literalidade da norma do art. 165-A do CTB, que entrou em vigor somente em novembro de 2016, à conduta praticada antes da sua existência.

Não é demais lembrar que o art. 276 do CTB, com a redação dada pela Lei nº 12.760/2012, estabelece que qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor do veículo às penalidades previstas no art. 165 (na redação de 2012). Sim. Contudo, no parágrafo único do referido artigo está previsto que o CONTRAN disciplinará as margens de tolerância quando a infração for apurada por meio de aparelho de medição, observada a legislação metrológica (na redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012).

Não se pode deixar de mencionar, que no ano seguinte, ou seja, em 23/01/2013, veio a Resolução Contran 432, no intuito de regular a aplicação do disposto nos arts. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503/97, valendo notar que a Resolução é anterior à existência do art. 165-A do CTB. A própria Resolução determina que, para a caracterização da infração administrativa ou crime relativo à conduta de “beber e dirigir”, é necessária a realização de pelo menos um procedimento que determina. O autor não realizou o teste do etilômetro, mas não houve menção do agente a qualquer outro procedimento de verificação. Repita-se: a recusa ao exame do etilômetro não poderia ser tida como determinante para a lavratura do auto de infração porque não havia, na época dos fatos, lei formal nesse sentido, não podendo matéria que é de competência legislativa da União ser

regulada por simples ato administrativo.

Atente-se para os dispositivos da Resolução n. 432 do CONTRAN, ao menos, os que são de suma importância para este caso:

Art. 3º. A confirmação da alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência dar-se-á por meio de, pelo menos, um dos seguintes procedimentos a serem realizados no condutor de veículo automotor:

I - exame de sangue;

II - exames realizados por laboratórios especializados, indicados pelo órgão ou entidade de trânsito competente ou pela Polícia Judiciária, em caso de consumo de outras substâncias psicoativas que determinem dependência;

III - teste em aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar (etilômetro);

IV - verificação dos sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora do condutor.

§ 1º Além do disposto nos incisos deste artigo, também poderão ser utilizados prova testemunhal, imagem, vídeo ou qualquer outro meio de prova em direito admitido.

§ 2º Nos procedimentos de fiscalização deve-se priorizar a utilização do teste com etilômetro.

§ 3º Se o condutor apresentar sinais de alteração da capacidade psicomotora na forma do art. 5º ou haja comprovação dessa situação por meio do teste de etilômetro e houver encaminhamento do condutor para a realização do exame de sangue ou exame clínico, não será necessário aguardar o resultado desses exames para fins de atuação administrativa.

#### DO TESTE DE ETILÔMETRO

Art. 4º. O etilômetro deve atender aos seguintes requisitos:

.....

Parágrafo único. Do resultado do etilômetro (medição realizada) deverá ser descontada margem de tolerância, que será o erro máximo admissível, conforme legislação metrológica, de acordo com a “Tabela de Valores Referenciais para Etilômetro” constante no Anexo I.

#### DOS SINAIS DE ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA

Art. 5º. Os sinais de alteração da capacidade psicomotora poderão ser verificados por:

I - exame clínico com laudo conclusivo e firmado por médico perito; ou II - constatação, pelo agente da Autoridade de Trânsito, dos sinais de alteração da capacidade psicomotora nos termos do Anexo II.

§ 1º Para confirmação da alteração da capacidade psicomotora pelo agente da Autoridade de Trânsito, deverá ser considerado não somente um sinal, mas um conjunto de sinais que comprovem a situação do condutor.

§ 2º Os sinais de alteração da capacidade psicomotora de que trata o inciso II deverão ser descritos no auto de infração ou em termo específico que contenha as informações mínimas indicadas no Anexo II, o qual deverá acompanhar o auto de infração.

#### DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

Art. 6º. A infração prevista no art. 165 do CTB será caracterizada por:

I - exame de sangue que apresente qualquer concentração de álcool por litro de sangue;

II - teste de etilômetro com medição realizada igual ou superior a 0,05 miligrama de álcool por litro de ar alveolar expirado (0,05 mg/L), descontado o erro máximo admissível nos termos da “Tabela de Valores Referenciais para Etilômetro” constante no Anexo I;

III - sinais de alteração da capacidade psicomotora obtidos na forma do art. 5º.

Parágrafo único. Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas previstas

no art. 165 do CTB ao condutor que recusar a se submeter a qualquer um dos procedimentos previstos no art. 3º, sem prejuízo da incidência do crime previsto no art. 306 do CTB caso o condutor apresente os sinais de alteração da capacidade psicomotora. (não existe só o etilômetro como modo de aferição)

#### DO AUTO DE INFRAÇÃO

Art. 8º. Além das exigências estabelecidas em regulamentação específica, o auto de infração lavrado em decorrência da infração prevista no art. 165 do CTB deverá conter:

I - no caso de encaminhamento do condutor para exame de sangue, exame clínico ou exame em laboratório especializado, a referência a esse procedimento;

II - no caso do art. 5º, os sinais de alteração da capacidade psicomotora de que trata o Anexo II ou a referência ao preenchimento do termo específico de que trata o § 2º do art. 5º;

III - no caso de teste de etilômetro, a marca, modelo e nº de série do aparelho, nº do teste, a medição realizada, o valor considerado e o limite regulamentado em mg/L;

IV - conforme o caso, a identificação da (s) testemunha (s), se houve fotos, vídeos ou outro meio de prova complementar, se houve recusa do condutor, entre outras informações disponíveis.

Art. 12º. Ficam convalidados os atos praticados na vigência da Deliberação CONTRAN nº 133, de 21 de dezembro de 2012, com o reconhecimento da margem de tolerância de que trata o art. 1º da Deliberação CONTRAN referida no *caput* (0,10 mg/L) como limite regulamentar.

Art. 14º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

A conclusão a que se chega, e de forma lógica, é que a lacuna na lei formal impede por ób-

vio, a automática presunção de culpa do condutor do veículo apenas com base na negativa de realização do teste do etilômetro. Logo, a conduta do agente público apresenta-se irregular, extrapolando os limites do exercício do poder de polícia, o que invalida, por si só, as penalidades que foram impostas ao autor, ao apelante.

Registre-se que a norma contida no art. 165-A do CTB não está sendo questionada no presente momento, apontando-se tão somente para a impossibilidade da sua aplicação retroativa. Contudo, é de conhecimento do homem médio que a tolerância ao álcool não se apresenta exatamente igual para todas as pessoas. Marcadores variantes como sexo, peso, altura, índice de massa corporal, alimentos ingeridos no dia, podem influenciar no surgimento ou não dos sintomas de embriaguez no organismo de cada indivíduo.

Além dos fatores já mencionados, é também admissível que a recusa do motorista possa estar lastreada no receio quanto à exatidão do aparelho. A preocupação merece guarida, tanto que a própria Resolução CONTRAN 432, em seu artigo 4º., assim estabelece:

“Art. 4º. O etilômetro deve atender aos seguintes requisitos:

I - ter seu modelo aprovado pelo INMETRO; II - ser aprovado na verificação metrológica inicial, eventual, em serviço e anual realizadas pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO ou por órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade - RBMLQ;

Parágrafo único. Do resultado do etilômetro (medição realizada) deverá ser descontada margem de tolerância, que será o erro máximo admissível, conforme legislação metrológica, de acordo com a “Tabela de Valores Referenciais para Etilômetro” constante no Anexo I”.

De tal sorte, a desconfiança de que o apa-

relho apresentado para a realização do exame não preencha todos os requisitos de segurança exigidos, pode sim, gerar o comportamento negativo por parte do motorista. Entretanto, nada impede a autoridade local, responsável pela abordagem, na rua, de obter outros modos de aferição da embriaguez, ou simples ingestão de bebida alcoólica, conforme já mencionado anteriormente.

De suma importância deixar claro, que diante da recusa do autor, em ser submetido ao teste do “bafômetro”, tinha o agente público, condições de lavar o termo de forma circunstanciada como deve ser... podia ter descrito com minúcias o comportamento do condutor do veículo, o que não ocorreu.

Cumprе lembrar a esta altura, que “cada caso é um caso”. Como já anteriormente mencionado, um organismo pode reagir diversamente de outro, no que tange à ingestão e tolerância da substância alcoólica na corrente sanguínea. Diversificando a leitura a respeito do assunto, nos deparamos com explicações das mais diversas. Chega-se ao comentário de que “uma cerveja demora a sair do organismo, enquanto uma sobremesa com licor ou conhaque tem sua concentração apenas na boca, desaparecendo em seguida do organismo”. Também há menção ao fato de que “em uma mulher de 50 kg, 3 bombons e meio com 6 ml de licor já influencia o nível de álcool no sangue, enquanto para um homem de 70 k, tal limite é atingido apenas depois de consumidos seis bombons”. E a explicação dada é que o organismo feminino produz menos enzimas que digerem o álcool, tornando maior e mais duradoura a sua concentração no sangue. Da mesma forma, “o peso também contribui sobremaneira nessa parte, concluindo-se que, quanto menor a pessoa, maior a concentração de álcool encontrado no corpo”.

([http://mundoestranho.abril.com.br/alimentacao/bombomde-licor-pode-ser-identifi-](http://mundoestranho.abril.com.br/alimentacao/bombomde-licor-pode-ser-identifi)

cado-no-bafometro/.

Sim, a mudança de posicionamento pelo Poder Judiciário se faz necessária. E por quê? Porque até 2016 a legislação, que possuía lacuna geradora de interpretação duvidosa, vinha sendo integrada por ente que não possui competência para regular a matéria, não podendo resolução, mero ato administrativo, dizer mais do que disse a própria lei.

Em prosseguimento, conforme assinalado, no caso de recusa do condutor em se submeter a qualquer dos exames ou testes, a autoridade de trânsito responsável poderá detectar o estado de embriaguez ou uso de substâncias entorpecentes através de outros meios de prova, nos termos estabelecidos pela Resolução CONTRAN nº 432, que estabelece os requisitos necessários à constatação da presença de álcool, substância entorpecente, tóxica ou de efeito análogo no organismo humano, bem dá as diretrizes para os procedimentos que devem ser adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes.

Exemplificando: ingestão de cerveja e de um bombom de licor. A diferença é que a cerveja vai demorar a sair do organismo. Já um bombom contendo licor, é apenas a concentração que ficou na boca após comer, e que em poucos minutos desaparece. Para uma mulher de 50 kg, três bombons e meio – cada um com 6 ml de licor – bastariam para elevar o nível do álcool no sangue além do limite da “lei seca” brasileira. No caso de um homem de 70 kg, o limite sobe para seis bombons. A diferença deve-se ao fato de o organismo feminino ter menos enzimas que digerem o álcool, tornando maior e mais duradoura sua concentração no sangue. O peso também contribui: quanto menor a pessoa, mais álcool concentrado no corpo. Logo, impossível se aferir o teor alcoólico após a ingestão de uma sobremesa, tal como uma banana flambada, um creme *brulée* com

licor de laranja, uma fatia de torta holandesa com licor de cassis ou de torta de nozes com licor de cacau. São os comentários que nos deparamos na internet - <http://mundoestranho.abril.com.br/alimentacao/bombom-delicor-pode-ser-identificado-no-bafometro/>.

Outra reportagem bem interessante, é a que diz respeito ao beijo que se dá em quem ingeriu bebida alcoólica... Inacreditável !!!! Já existe comprovação via elitômetro, de que se a pessoa que não bebeu, beijar na boca a pessoa que bebeu, ao ser submetida ao teste do “bafômetro”, haverá registro de teor alcoólico. Deveras Interessante, as reportagens e a demonstração do que ocorre com quem não ingeriu bebida alcoólica, mas beijou quem havia ingerido, via TV Serra Dourada.

<http://www.tvsd.com.br/noticias/jmd/bafometro-pega-quemnao-bebe>

<http://www.g17.com.br/noticia/lei-seca/homem-passa-anoite-beijando-mulher-bebada-e-acaba-sendo-barrado-pelobafometro.html>

Não obstante o Poder Judiciário ser sensível aos perigos trazidos pela combinação da condução de veículos e ingestão de bebidas alcoólicas pelo condutor, o mesmo Judiciário, cuja missão principal é a busca da justiça, deve também se pautar pelos critérios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade. Não se pode deixar à margem deste arrazoado a observação de que, hoje, o regime de “tolerância zero” não admite que o condutor possa consumir um bombom de licor ou uma sobremesa flambada, mas admite a possibilidade de transporte no interior do veículo, pelos mesmos condutores submetidos ao CTB, de álcool, querosene, gás engarrafado, instrumentos perfurocortantes, medicamentos de uso controlado, cujas bulas recomendam que o paciente não pratique a direção de veículo automotor durante o período de tratamento.

Realmente, no caso em estudo, o autor confirmou que ingeriu um bombom de licor.

Entretanto, o comportamento do autor, no momento da abordagem na rua, se negando a ser submetido ao teste proposto pelo agente administrativo, não possui o condão de autorizar a Administração, a levar adiante a presunção de que efetivamente havia certo teor alcoólico na corrente sanguínea do autor, impondo-lhe severas medidas coercitivas. E é o que se tem nos autos, ou seja, nenhuma outra prova ou indício a respeito de ingestão de “álcool”, pelo autor. O fato é que o autor foi penalizado de forma imediata e prematura em razão da interpretação dada pela Administração às normas previstas nos arts. 277 e 165 do CTB, com a redação de 2012. E, cumprindo seu papel institucional de intérprete da lei, o Judiciário pode afirmar, sem risco de invasão de competência, que se existiam outros meios de aferição de eventual embriaguez do autor, e se não havia, na época dos fatos, previsão legal expressa no sentido de que a conduta negativa do uso do etilômetro gerava a penalidade imediata, a Administração extrapolou tanto no exercício do poder de polícia, bem como regulamentar, imiscuindo-se na função do legislador.

Deveras importante, diante do contexto apresentado nos autos, ser destinada a devida atenção ao disposto no art. 8º do novo CPC, que apenas repetiu a redação do já consolidado art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. E isso, porquanto cabe ao Poder Judiciário, na interpretação e aplicação fiel das leis, atender aos fins sociais a que elas se dirigem e às exigências do bem comum.

E com esteio no que ora é ventilado neste voto, de acordo com as especificidades do caso concreto, merece ser citado o precedente deste Sodalício a respeito da matéria, da lavra do eminente Des. GUARACI DE CAMPOS VIANNA:

“Apelação cível. Ação anulatória c/c indenizatória. Operação lei seca em 26/01/2014.

Pedido de cancelamento de infração de trânsito e da suspensão de sua carteira de motorista. Sentença de improcedência. Irresignação do autor. 1- Em suas razões sustenta basicamente o autor/apelante que não foram encontrados nenhum indício de prova que pudesse reforçar a tese do agente de trânsito, nem sequer testemunha foi utilizada para constatar que estivesse sob o efeito do álcool de modo que é necessário o cancelamento da multa, bem como a determinação de suspensão de sua Carteira de Motorista. 2- Na hipótese, a Lavratura da autuação ocorreu em 26 de janeiro de 2014, quando da vigência da Resolução nº 432, de 23 de janeiro de 2013 do CONATRAN. 3- A referida Resolução definia os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência e prevê no parágrafo único do art. 6º: Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB ao condutor que recusar a se submeter a qualquer um dos procedimentos previstos no art. 3º, sem prejuízo da incidência do crime previsto no art. 306 do CTB caso o condutor apresente os sinais de alteração da capacidade psicomotora. 4- Compulsando os autos e das contrarrazões apresentadas pelo órgão de trânsito, verifica-se que nada há além da negativa da agravante em realizar o teste do bafômetro, ou seja, não há indicação de resistência ou qualquer outro sinal de que o motorista estaria embriagado a consubstanciar a lavratura do auto. 5- A atuação dos agentes da denominada Lei Seca se revelam legítimo exercício da Administração Pública no seu poder de polícia, visando à segurança da população em geral e do próprio condutor do veículo. O principal limitador do poder de polícia é a lei, pois embora seja um poder eminentemente discricionário, não está autorizada a Administração a extrapolar aquilo que a lei permite e em alguns casos incorrer em excesso ou desvio de poder. 6- *In casu*, ciente a autoridade da recusa ao teste do

bafômetro - direito fundamental do indivíduo, deveria dispor de outros meios de provas para consubstanciar a sua atuação e a autuação, o que não fez. 7- Portanto, não apurando e não procedendo o Poder Público na forma prevista na lei vigente ao tempo da autuação impõe-se o acolhimento do recurso do autor. 8- Reforma da decisão de 1º grau. Provimento do recurso que se impõe”( 0003564- 22.2015.8.19.0045 - APELAÇÃO - Des. GUARACI DE CAMPOS VIANNA - Julgamento: 07/06/2016 – Décima Nona Câmara Cível).

Logo, por qualquer ângulo que se queira ver os fatos ocorridos e que deram causa à presente demanda, a conclusão só pode ser uma: procedência integral dos pedidos do autor. Deverá a autarquia ré, assim, proceder à retirada das anotações dos pontos negativos no prontuário do apelante, no prazo de 5 (cinco) dias, bem como devolver o valor da multa paga pelo recorrente, devidamente corrigido, restando assegurado ao demandante, o direito de dirigir, portando sua carteira de motorista.

Atente-se para a observação de que a autarquia ré está isenta do pagamento das custas, haja vista o disposto no art. 17, inciso IX, da Lei nº 3.350/99, o que por sua vez, não abrange a taxa judiciária, impondo-se desde já o esclarecimento de que a isenção tributária prevista no art. 115 do CTE, somente pode se dar quando a autarquia postular no feito na condição de autor, e este não é o caso dos autos. Em se tratando de autarquia que figura na posição de ré e restou vencida integralmente na demanda, deverá recolher a taxa judiciária para o Fundo Especial, em conformidade com o Enunciado Administrativo nº 42 do Fundo Especial, a saber: “A isenção estabelecida no art. 115, *caput*, do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro, beneficia os entes públicos quando agem na posição processual de autores, porém, na qualidade de réus, devem, por força do art. 111, II, do Código Tributário Nacional, recolher a taxa

judiciária devida ao FETJ, quando sucumbirem na demanda e a parte autora não houver antecipado o recolhimento do tributo”.

*Ex positis*, meu voto é no sentido de dar provimento ao recurso, acolhendo-se a pretensão autoral, retirando-se do prontuário do apelante os pontos relativos à infração administrativa que lhe foi imposta, devolvendo-se o valor pago a título de multa, corrigido monetariamente a partir do efetivo desembolso, acrescido de juros legais, a partir da citação, na forma do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a alteração da Lei nº 11.960/2009. Ônus sucumbenciais, obviamente, invertidos. DETRAN, vencido, que está isento do pagamento das custas judiciais por força do disposto no art. 17, IX, da Lei Estadual nº 3.350/99, mas deverá efetuar o recolhimento da taxa judiciária, atentando-se para o Enunciado Administrativo 42 do Fundo Especial.

Rio de Janeiro, 05 de abril de 2017.

**DES. SIRLEY ABREU BIONDI**  
Relatora

**ADOÇÃO. APELANTE IDOSO. PRETENSÃO EM ADOTAR CRIANÇAS DE POUCA IDADE. ESTUDO SOCIAL E PSICOLÓGICO NÃO FAVORÁVEL. DÚVIDAS QUANTO À MOTIVAÇÃO DA MATERNIDADE. TUTELA PELO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. RECURSO NEGADO.**

**Direito da Criança e do Adolescente. Habilitação à adoção. Sentença de improcedência. Recurso. Confirmação. Não evidenciada ofensa ao devido processo legal ou cerceio de defesa, pelo mero não deferimento do pleito de realização de um novo estudo social. Verdade que a apelante se submeteu a todas as etapas do processo, porém, não logrou ser aprovada**

ao fim deste. Análise dos estudos social e psicológico, concludente a não indicar a habilitação, pois a requerente não apresentaria capacidade e preparo a exercer uma maternidade responsável, não apta a dispensar a uma criança toda a atenção necessária a propiciar que esta tenha um desenvolvimento adequado. Ademais, o estudo em questão, também assentou que a apelante, hoje com 76 anos de idade, não teria condições físicas para tal, ainda mais se considerando a faixa etária dos pretendidos a adoção, crianças de 3,5 a 4,5 anos. Estudo psicológico também acrescenta não ser clara a motivação da apelante quanto à maternidade. E, tais dúvidas não podem existir. Em suma, se há dúvidas, como, *in casu*, não há como prosperar o presente, fito de melhor atender à criança, verdadeiro interesse a ser tutelado. Desprovimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0495800-94.2014.8.19.0001, em que é Apelante M.M.S.

Acordam os Desembargadores que integram a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso, pelas razões que se seguem.

Habilitação para adoção, requerente M.M.S. a f. 36/37, sentença julgou improcedente o pedido.

A f. 55/59, recurso, argumento inicial de que a sentença deva ser anulada, por ofensa ao devido processo legal e à ampla defesa, tendo em vista a não realização de um novo estudo social. E se assim não se entender, pugna a reforma, pois plenamente apta à habilitação, já que cumprira todas as etapas e formalidades legais do processo. Por fim, inexistente óbice a que alguém da sua faixa etária, possa vir a ser

habilitada.

A f. 125/132, parecer do Ministério Público, no sentido do conhecimento e desprovemento do recurso.

#### Voto

Não evidenciado cerceio de defesa qualquer ou violação ao princípio da ampla defesa pelo simples fato da não realização de um novo estudo social conforme requerido, até porque, não apresentada nenhuma razão plausível a invalidar aquele já constante dos autos.

Quanto ao mérito, melhor sorte não assiste à recorrente.

Verdade que a apelante se submeteu a todas as etapas do processo de habilitação à adoção. Porém, não logrou ser aprovada ao fim deste.

Aliás, como bem ressaltou a sentença, a análise do exposto nos estudos social e psicológico, constata que a ora apelante não apresentaria capacidade e preparo para exercer uma maternidade responsável, com o condão de dispensar a uma criança toda a atenção necessária a propiciar que esta tenha um desenvolvimento adequado.

O estudo social de f. 37/38, fora preciso ao asseverar que cuidar de duas crianças, ainda mais na faixa etária desejada, 3,5 a 4,5 anos, na idade da apelante, hoje com 76 anos, demandaria um grande esforço por parte desta, sendo certo ainda que ela não conta com uma rede de apoio, suporte que se revela indispensável a todas as famílias.

Consigne-se, ademais, que o estudo psicológico, além de corroborar o já exposto, acrescenta que a motivação da apelante em relação à maternidade não é clara, ensejando dúvidas.

Em suma, para que o pedido de habilita-

ção seja deferido, não podem haver dúvidas no que diz respeito à plena motivação do requerente em adotar uma criança, já que a precipitação na concessão deste poderá vir a causar graves danos ao adotando.

E na hipótese, as dúvidas existem, não prospera o presente fito de melhor atender à criança, que é o verdadeiro interesse a ser tutelado.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 29 de agosto de 2017.

**DES. ADOLPHO ANDRADE MELLO**  
Relator

**ADOÇÃO CONSENSUAL. INCLUSÃO DO NOME DO PADRASTO NO REGISTRO DE NASCIMENTO. MANUTENÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. MULTIPARENTALIDADE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE E DA BOA-FÉ. RECURSO PROVIDO.**

**Direito de família. Ação de adoção consensual proposta por padrasto de filhos capazes de sua mulher. Patente a ligação afetiva dos interessados. Ação consensual que conta com a concordância de todos os interessados, inclusive do pai biológico, que continuará com sua posição parental. Sentença que rejeitou o pedido por considerar inadequada a via processual eleita. Desconsideração desse óbice processual por se tratar de matéria não contenciosa. Acolhimento do instituto da multiparentalidade. Determinação de averbação da dupla paternidade no fôlio registral. Requerimento consensual de adoção de duas pessoas maiores e capazes para inclusão no registro**

**civil de pessoas naturais dos dados qualificativos do padrasto. Concordância de todos os interessados a afastar o óbice processual da pretensão de adoção, que pressupõe o afastamento da paternidade anterior. Fungibilidade do pedido, que será considerado como de averbação de dados no registro civil. Prevalência do princípio da efetividade da prestação jurisdicional. Concomitância entre os laços oriundos da relação socioafetiva e da biológica, com o reconhecimento da dupla paternidade. O tema já não constitui novidade no ordenamento jurídico brasileiro, sendo admitido pela jurisprudência. Retificação do registro civil para incluir os dados qualificativos do padrasto, sem exclusão das informações relativas ao pai biológico. Provimento ao recurso.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos na Apelação Cível nº 0022714-79.2015.8.19.0209 em que são Apelantes J.A.C.C., T.L.B.C., N.L.C.Q., E.L.C.Q. e D.C.Q.

Acordam os Desembargadores que participam da sessão da Décima Sétima Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça, à unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Trata-se de ação de adoção unilateral consensual proposta por Apelantes J.A.C.C., T.L.B.C., N.L.C.Q., E.L.C.Q. e D.C.Q., esclarecendo, em resumo, que N e E são filhos de T. e D., no entanto a união dos genitores foi dissolvida. Aduzem que após a referida separação, T. e J.A iniciaram um relacionamento, passando este último a conviver com E. e N., criando com estes vínculos afetivos, de forma paternal. As partes de forma consensual requerem a adoção unilateral por J.A. em face de N. e E., mantendo contudo, o nome do genitor. Alegam que a convivência com o pai biológico dos terceiro e quarto requerentes restou preservada,

formando, na prática, uma família com tripla filiação. Sustentam que a jurisprudência pátria já admite tal reconhecimento, ressaltando, inclusive que há anuência do pai biológico com o pedido. Requerem a procedência do pleito, a fim de que seja deferida a adoção unilateral pelo autor J.A.A.C. em face de N.L.C.Q. e E.L.C.Q., fazendo constar a dupla paternidade em seus registros, expedindo-se ao final o competente mandado de averbação ao Cartório de Registro Civil da Comarca de Mairiporã-SP, a fim de que os nomes dos adotandos passem a constar como N.L.C.Q.C. e E.L.C.Q.C., com a inclusão dos avós paternos. (indexador 002)

Manifestação do Ministério Público opinando pela improcedência do pedido, tendo em vista que a adoção pressupõe a destituição do poder familiar seja de ambos os genitores ou somente de um deles, o que não é o caso dos autos, pois postulam a inclusão do padrasto, sem a exclusão do pai biológico. (indexador 0052)

A sentença julgou improcedente o pedido autoral, sob fundamento de via inadequada do pleito, pois considerando o disposto no art. 41 do ECA, a adoção atribui a condição de filho ao adotado e que este fica desligado de qualquer vínculo com os pais e parentes, situação reforçada pelo § 2º, do art. 47 do ECA. (indexador 00110)

Apelação dos demandantes alegando que o julgado se mostrou contrário a evolução que o direito de família vem sofrendo, de acordo com jurisprudência de outros tribunais pátrios, que admitem o reconhecimento da multiparentalidade, seja por ação declaratória ou de adoção. Suscitam aplicação do consignado no art. 100, VII, do ECA, e o princípio da proteção especial à família, contido no art. 226 da CF/88, bem assim o disposto no art. 43 do ECA que determina que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o

adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Afirmam que não há pedido de destituição do poder familiar do apelante, D.C.Q., pois inócua as hipóteses previstas no art. 1638 do Código Civil, mantendo o mesmo seus deveres paternos. Sustentam que na hipótese em exame, não há concorrência de paternidade, e sim paternidade concomitante. Invocam o disposto no art. 1593 do C.Civil, que dispõe que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consaguinidade ou outra origem”, no caso, de laços afetivos. Assim, requerem o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença alvejada, julgando-se procedente os pedidos contidos na exordial. (indexador 0112)

A douta Procuradoria de Justiça em exercício nesta Câmara inclinou-se pelo provimento do recurso, em razão da prova cabal de existência de vínculos oriundos da relação socioafetiva em concomitância com os vínculos inerentes à relação biológica. (indexador 0132)

### Voto

A demanda foi ajuizada como adoção unilateral de pessoas maiores, visando a inclusão do nome do padrasto dos terceiro e quarto requerentes, nos registros de nascimento dos mesmos, porém sem exclusão da paternidade biológica.

Em verdade, as partes pretendem o reconhecimento da paternidade socioafetiva, do primeiro requerente em relação aos filhos do primeiro matrimônio de sua mulher, versando a hipótese dos autos de multiparentalidade.

Assiste razão aos recorrentes.

A sentença impugnada julgou improcedente o pedido, por entender que a via escolhida foi inadequada, e que a pretensão deveria ser perseguida por ação própria, pois na adoção há o rompimento do vínculo com pais ou

parentes, não sendo este o caso dos autos.

Todavia, ainda que a via postulatória escolhida seja de certa forma equivocada, tal fato não deve impedir o reconhecimento do direito postulado pelas partes, como bem salientou o parecer do *parquet* a f. 132/142 (indexador 0132), *in verbis*, que se adota como razão de decidir:

“Ressalte-se que o apego a um formalismo exacerbado acaba fazendo do processo um mecanismo burocrático que atrasa a prestação jurisdicional. Não deve o processo ser um meio para perpetuação das injustiças, cabendo ao julgador sensibilidade e bom senso para adequar os mecanismos legais às particularidades de cada caso, que quase nunca são as mesmas.

Assim, se os apelantes pretendem a inclusão do nome do pai socioafetivo no registro de nascimento dos filhos, sem a exclusão do nome do pai biológico, por que lhes negar tal direito, recorrendo a um formalismo exacerbado e contrariando todos os postulados e princípios referentes à efetividade da prestação jurisdicional e à celeridade processual?

A ideia da efetividade do processo tem de estar sempre ligada à satisfação na entrega do bem da vida pretendido ou no reconhecimento de determinada relação jurídica, devendo-se sempre encontrar soluções práticas, nos limites legais, obviamente, mas desapegando-se do formalismo burocrático, uma vez que o processo deve garantir a todos o acesso à justiça.

Os princípios da razoável duração do processo e da celeridade processual devem servir de norte aos processualistas, uma vez que a questão do tempo está intrinsecamente ligada à própria ideia de justiça, pois sua demora exagerada acaba por traduzir-se em so-negação da mesma.

Dessa forma, o processo deve garantir a todos o acesso à justiça num período de tempo razoável, com a desburocratização dos procedimentos na busca de uma célere e efetiva

prestação jurisdicional.”

Destarte, ante as razões retro expostas, e com base no princípio da fungibilidade, bem assim do contido no § 2º, do art. 322 do CPC/15, que dispõe que “A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”, deverá ser apreciada a demanda como pleito declaratório de reconhecimento de paternidade sócioafetiva com retificação de registro civil, sem exclusão da paternidade biológica, sendo este, como já explanado, o objetivo pretendido pelos requerentes.

No particular, observa-se que o padrasto, Sr. J.A., desenvolveu com N. e E., filhos do primeiro matrimônio de sua mulher, Sra. T., vínculos afetivos que foram fortalecidos com a convivência que se estabeleceu desde a tenra idade dos mesmos, permanecendo tais laços até os dias atuais.

Impende salientar, que N. e E. atualmente já são maiores, e também mantêm vínculo afetivo com o pai biológico, que inclusive, integra o polo ativo da demanda.

Nesse diapasão, verifica-se que há concomitância dos laços oriundos da relação socioafetiva e da relação biológica, e por tal motivo as partes pretendem o reconhecimento da dupla paternidade, conhecido como multiparentalidade.

Com efeito, não se há de fazer aqui qualquer ponderação de interesses, mas simplesmente reconhecer a realidade da multiparentalidade, um fenômeno social resultante daquilo que MANUEL CASTELLS denominou de “crise da família patriarcal”, entendida esta crise como a falência do modelo dominante, em que um homem adulto, o chefe de família, exerce sua autoridade de forma estável sobre o grupo familiar (*Le pouvoir de l'identité*, Fayard, 1999, pp. 174/175).

A multiparentalidade soa-nos realmente estranha, mas este é o nosso admirável mundo novo, no qual, independentemente de qualquer modificação dos conceitos jurídicos, a proteção social da família deve mudar em função da evolução dos conceitos morais, sendo importante, sempre, preservar o princípio da dignidade da pessoa humana. E não parece afetar negativamente o núcleo rígido do patrimônio moral de qualquer pessoa a figura plúrima de pai ou mãe, sendo, antes, traumatizante a inexistência dessas referências familiares em assento de nascimento de alguém, como frequentemente acontece no mundo das relações.

Aliás, a questão da multiparentalidade já não constitui novidade no nosso ordenamento jurídico, conforme atesta, por todos, o seguinte extracto de acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 326 DO CPC E ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL.

2. Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica.

3. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos.

4. A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho.

5. A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio

menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos.

6. Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão.

7. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.

8. Ainda que haja a consequência patrimonial advinda do reconhecimento do vínculo jurídico de parentesco, ela não pode ser invocada como argumento para negar o direito do recorrido à sua ancestralidade. Afinal, todo o embasamento relativo à possibilidade de investigação da paternidade, na hipótese, está no valor supremo da dignidade da pessoa humana e no direito do recorrido à sua identidade genética.

9. Recurso especial desprovido.

(REsp 1401719/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 08/10/2013, DJe 15/10/2013)

Assiste razão aos demandantes, merecendo a sentença alvejada reparo, porquanto não se verifica qualquer impedimento para o pleito pretendido.

À conta de tais fundamentos, o voto é no sentido de dar provimento ao recurso para, reformando a sentença, julgar procedente o pedido para declarar a paternidade do requerente J.A.A.C. em relação à N.L.C.Q. e E.L.C.Q., e

determinar a retificação parcial do registro civil dos mesmos, incluindo-se os dados qualificativos do autor no fôlio registral, sem exclusão dos dados do pai biológico, E, passando a constar o nome dos terceiro e quarto requerentes como, N.L.C.Q.C. e E.L.C.Q.C..

Rio de Janeiro, 19 de abril de 2017.

DES. EDSON AGUIAR DE VASCONCELOS  
Relator

**ALIMENTOS. OBSERVÂNCIA DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. CRIANÇA DE 2 (DOIS) ANOS. ALIMENTANTE TAXISTA. RESCISÃO DO ALUGUEL DE AUTONOMIA. DESEMPREGO. FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. INSTRUMENTO DE TRABALHO PARA SUBSISTÊNCIA PRÓPRIA E DA FAMÍLIA. AMBOS OS GENITORES TÊM OBRIGAÇÃO ALIMENTAR QUANDO OS FILHOS SÃO MENORES. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. REFORMA PARCIAL DO *DECISUM*.**

Apelação Cível. Processual Civil. Família. Ação de Alimentos. Sentença de parcial procedência. Irresignação ventilada no Apelo pelo Demandado de que se conhece apenas parcialmente. Preliminar. Falta de interesse no tocante à pretensão recursal de pagamento de 20% (vinte por cento) dos rendimentos brutos para a hipótese de constituição de relação formal de trabalho, uma vez que, neste particular, a condenação restou estabelecida pelo Juízo *a quo* em idêntico patamar. Obrigação cuja quantificação deve atentar tanto para as carências do reclamante quanto para os recursos de quem se incumbe da entrega. Binômio necessidade/possibilidade que se deve manter equilibrado. Credora menor impúbere, nascida em dezembro de 2012, contando com 2

(dois) anos incompletos ao tempo do ajuizamento da demanda. Devedor que se declara taxista (auxiliar), pagando financiamento de automóvel, com renda bruta em torno de R\$ 3.000,00 (três mil reais). Elementos de convicção adunados em sede de Apelação. Possibilidade. Fato superveniente e situação incontroversa. Juntada de documentos também efetivada pela Apelada. Postulados da Isonomia e Paridade de Armas. Mérito. Matéria que restou previamente enfrentada por este mesmo Egrégio Colegiado, em Agravo de Instrumento interposto pelo Réu contra a decisão interlocutória que fixou a verba provisória em um salário mínimo e meio. Recurso que se proveu em parte, naquela oportunidade, para minorar o *quantum* para 80% (oitenta por cento) do piso nacional. Apelante que logrou demonstrar expressivo saldo negativo em sua conta bancária. Condição financeira do Alimentante que sofreu significativo declínio, diante da notícia da rescisão do aluguel da autonomia de táxi e conseqüente ausência de atividade econômica, às vésperas do julgamento de piso. Réu que compromete seu orçamento com parcelas de financiamento do veículo utilizado como instrumento de trabalho. Rol de despesas apresentado pela Demandante que se revelou superdimensionado, especialmente se considerado o padrão de vida das partes. Obrigação alimentar que deve recair sobre ambos os genitores de forma substancialmente isonômica. Precedente desta Colenda Corte Estadual. *Decisum* que se reforma parcialmente, para estipular o pensionamento, na hipótese de ausência de vínculo empregatício, em 80% (oitenta por cento) do salário-mínimo nacional em vigor. Fixação dos ônus sucumbenciais como consectário lógico da resolução da lide, divididas as custas igualmente entre os litigantes (art. 86 do CPC). Honorários advocatícios estabelecidos em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, com

**lastro nos arts. 292, III, e 85, §2º, do Codex. Observância da gratuidade de justiça concedida a ambas as partes (art. 98, § 2º e 3º, do CPC). Conhecimento parcial e provimento ao recurso.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0003188-63.2014.8.19.0209, em que é Apelante X e Apelada Y, representada por W.

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Nona Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, em sessão realizada em 20 de setembro de 2016, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de Ação de Alimentos ajuizada por Y, menor representada por sua mãe W, em face de X, por meio da qual objetiva a demandante receber alimentos correspondentes a 30% (trinta por cento) dos ganhos líquidos do genitor/réu com base em seus rendimentos reais, em caso de vínculo empregatício, ou em montante correspondente a 3 (três) salários mínimos, na hipótese de não haver relação formal de trabalho.

O Juízo da 2ª Vara de Família (Regional) da Barra da Tijuca proferiu sentença, às f. 74/77 (IE nº 00083), julgando procedente em parte os pedidos, nos termos infratranscritos:

“Cuida-se de Ação de Alimentos proposta por Y, menor impúbere representada por sua genitora W em face de X, qualificados a f. 02, objetivando a autora a fixação de sua obrigação alimentar no valor equivalente a 30% dos rendimentos do réu em caso de trabalho com vínculo empregatício e, em sua ausência, em três salários-mínimos nacionais em vigor.

Requeru a fixação de alimentos provisórios. Sustenta que seu genitor é taxista e não contribui para seu sustento.

A petição inicial está instruída com os documentos de f. 10/33. Fixados alimentos provisórios a f. 35.

Deferida a gratuidade de justiça a f. 37.

Agravo de Instrumento interposto pelo réu a f. 45/49.

Assentada da Audiência Prévia de Conciliação a f. 58, na qual não foi possível a composição entre as partes.

Contestação a f. 60/63.

Sustentou, em síntese, que não são verdadeiros os fatos narrados na petição inicial, aduzindo que a não se esquivar do dever alimentar, contudo não pode arcar com o valor pretendido. Impugna o valor das necessidades da menor, pois não comprovadas. Em relação às suas possibilidades, sustenta ser taxista auxiliar, sendo sua renda bruta em torno de R\$ 3.000,00, arcando com o Processo nº0003188-63.2014.8.19. pagamento de prestações do veículo.

Sustenta possuir outra filha.

Requer seja fixado o pensionamento no valor equivalente a 60% do salário-mínimo, o qual considera razoável para seu sustento e condizente com suas possibilidades.

Réplica a f. 68/72.

O Ministério Público a f. 73, no qual oficia pela procedência parcial do pedido.

Os autos vieram conclusos para sentença. É o Relatório. Decido.

Tratam os autos de ação de alimentos, objetivando a Autora que estes sejam fixados na quantia equivalente a três salários-mínimos nacionais em vigor em caso de trabalho com ausência de vínculo empregatício e, em sua existência, em 30% de seus rendimentos, pelos fatos explicitados na inicial.

No caso em tela, cumpre esclarecer que o dever de prestar os alimentos tem fundamento no poder familiar.

Assim nos ensina o ilustre Prof. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO:

“(…)

Os alimentos devem ser fixados de

acordo com o binômio necessidade/possibilidade. Consideram-se as necessidades daquelas a quem devem ser prestados, bem como a possibilidade de prestá-los pelo alimentante.

A menor é filha do autor, consoante documento de f. 12.

Desta forma, sendo a requerida ainda menor, é dever legal do demandante prover-lhe o sustento de acordo com suas possibilidades.

No tocante às necessidades da requerida, consideram-se presumidas, tendo em vista os gastos normais decorrentes da idade em que se encontra.

Assim, considerando tratar-se de criança saudável, que não necessita de cuidados além daqueles inerentes às crianças de sua faixa etária, tenho que suas necessidades são presumidas face aos gastos normais de sua idade.

Merece observar, todavia, que muito embora sejam muitas as necessidades do menor, essas devem se adequar às realidades de seus genitores, frente às possibilidades dos mesmos, eis que a obrigação alimentar não é só de um deles.

Resta, portanto, avaliar a proporcionalidade que deve nortear a fixação dos alimentos atentos ao binômio necessidade-possibilidade.

Com relação às possibilidades do autor, verifica-se que o mesmo é taxista, o que dificulta o exato conhecimento de seus reais ganhos.

Em sua defesa, o réu declarou pagar financiamento de veículo no valor de R\$ 1.788,76. Ora, aquele que possui recursos para arcar com tal importância a título de financiamento, é plenamente capaz, e deve contribuir com valor superior àquele ofertado para o sustento da filha menor. De se ressaltar que o demandante pretende seja fixada obrigação alimentar em valor inferior àquele que paga pelo financiamento dos veículos, o que, por certo, não pode prosperar.

Percebe-se, pois, que o réu tenta subestimar seus ganhos de forma a minorar suas possibilidades.

Destarte, verifica-se que o valor ofertado pelo autor a título de alimentos está aquém de

suas efetivas possibilidades em prestá-los, bem como das reais necessidades ostentadas pela demandada.

Ressalte-se, por outro lado, que apesar de ter alegado possuir outra filha para a qual paga alimentos, não comprovou sua existência através da juntada de certidão de nascimento. Contudo, verifica-se que o valor pleiteado pela ré [*rectius*: Autora] exorbita, em muito, suas reais necessidades, razão pela qual se deve chegar a um valor razoável de pensionamento mediante as provas carreadas aos autos.

Assim, diante dos elementos probatórios carreados aos autos, bem como em homenagem às regras de experiência comum prestigiadas pelo art. 335 do CPC, tenho que atende ao princípio da razoabilidade e ao binômio necessidade/possibilidade, de forma a tornar exequível o dever alimentar, a fixação dos alimentos no valor equivalente a 1,5 salários-mínimos nacionais em vigor, convertendo os alimentos provisórios em definitivos no caso de trabalho sem vínculo empregatício e, em sua existência, em 20% dos rendimentos do réu.

Isto posto, julgo procedente em parte o pedido, fixando a pensão alimentícia devida à Autora no valor equivalente a 1,5 salários-mínimos nacionais em vigor, mediante depósito em conta-corrente de titularidade da representante legal da menor, até o quinto dia do mês subsequente ao vencido, em caso de trabalho sem vínculo empregatício. Em sua existência, fixo o encargo alimentar em 20% dos rendimentos brutos do Réu, excluídos apenas os descontos obrigatórios, a serem pagos através de desconto em folha de pagamento e depósito em conta-corrente de titularidade da representante legal da Autora.”

Apela o genitor/réu, a f. 78/81 (IE nº 00088), requerendo a reforma do julgado e a fixação dos alimentos definitivos em 80% (oitenta por cento) do salário-mínimo nacional e 20% (vinte por cento) sobre seus rendimentos, em caso de vínculo empregatício.

Alega o recorrente que a sentença restou fundamentada “em uma falsa premissa de que quem paga uma prestação alta por um carro que serve de objeto de trabalho tem como arcar com uma obrigação de alimentos no mesmo valor” (f. 80). Assevera, ainda, que a existência de outra filha constitui informação não refutada pela recorrida, o que, pela Teoria da Asserção, deveria importar na presunção de veracidade.

Aduz, ainda, fato novo consistente na rescisão do contrato de locação que mantinha com o titular da autonomia do táxi, do qual retirava seu sustento, encontrando-se atualmente sem exercer atividade econômica alguma.

Recurso recebido, a f. 86 (IE nº 00097), e contrarrazoado, a f. 90/95 (IE nº 00101).

Parecer do Ministério Público, a f. 134/139 (IE nº 000134), pelo conhecimento e improvimento do recurso.

### Voto

De início, impende-se o conhecimento apenas parcial do apelo em apreço em virtude da ausência de interesse recursal que decorre da inexistência de sucumbência quanto a um dos pontos objeto da impugnação.

De fato, no tocante ao *quantum* de pensionamento a que se obriga o apelante se vier a constituir relação formal de trabalho, a sentença impugnada entendeu por arbitrá-lo em 20% (vinte por cento) de seus rendimentos brutos, excluídos tão somente os descontos obrigatórios, portanto, em convergência com o pleito recursal formulado.

No mérito, cinge-se a controvérsia à verificação, *in casu*, das condições financeiras do alimentante, de um lado, e das carências materiais da alimentanda, de outro, de forma a

se conseguir traçar o adequado cotejo entre os dois polos da demanda.

A obrigação de prestação de alimentos, cuja disciplina legal se extrai dos artigos 1.694 a 1.710 do Codex Civil, consiste no *munus* tendente à satisfação daquilo que os renomados autores CRISTIANO CHAVES DE FARIAS<sup>2</sup> e NELSON ROSENVALD, em estudo de referência<sup>1</sup>, assim conceituam:

“(…) é possível entender-se por alimentos o conjunto de meios materiais necessários para a existência das pessoas, sob o ponto de vista físico, psíquico e intelectual. Nessa linha de reflexão, em concepção jurídica alimentos podem ser conceituados como tudo o que se afigurar necessário para a manutenção de uma pessoa humana, compreendidos os mais diferentes valores necessários para uma vida digna. Por óbvio, incluem nos alimentos tanto as despesas ordinárias, como os gastos com alimentação, habitação, assistência médica, vestuário, educação, cultura e lazer, quanto as despesas extraordinárias, envolvendo, por exemplo, gastos em farmácias, vestuário escolar, provisão de livros educativos... Somente não estão alcançados os gastos supérfluos ou luxuosos e aqueles decorrentes de vícios pessoais.”

O caso trazido ao escrutínio do Poder Judiciário remonta ao elo que, nas relações parentais, liga pais e filhos, em torno do disposto no *caput* dos arts. 1.694 e 1.695 do Diploma supra e nos moldes definidos pelos festejados civilistas<sup>3</sup>:

“Também nas relações parentais são de-

2 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. Vol. 6. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 700.

3 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 734.

vidos os alimentos, como concreta expressão da solidariedade (social e familiar) e da dignidade humana. Aqui os elementos estão desatrelados da relação matrimonial ou convivencial, independentemente do estado pessoal dos parentes. (...) De fato, reconhecido o direito à vida digna (CF, art. 1º, III) como substrato fundamental de nossa ordem jurídica, se alguém não tem como sobreviver dignamente, impõe-se, de ordinário, aos seus parentes o dever de lhe facultar meios de assegurar a própria existência.”

Com efeito, estatui o § 1º do mesmo dispositivo que a fixação da verba alimentar deve atentar tanto para as carências de quem a reclama quanto para os recursos daquele que se incumbe da entrega. Em outras palavras, o assim denominado binômio necessidade/possibilidade urge manter-se sempre equilibrado, desde o momento inicial da determinação judicial do montante.

Na espécie, segundo se infere dos autos, a autora é menor impúbere, nascida em dezembro de 2012, contando com 02 (dois) anos de idade ao tempo do ajuizamento da demanda; vive sob a guarda de sua genitora/Representante Legal, farmacêutica, que se encontrava empregada e em relação à qual, contudo, não consta comprovação de rendimentos, afirmando a guardiã realizar gastos regulares com a menor na ordem de aproximadamente R\$ 4.150,00 (quatro mil, cento e cinquenta reais) por mês (f. 04/05 - IE nº 000002).

O genitor/demandado, por sua vez, alega ser taxista (auxiliar) com remuneração mensal em torno de R\$ 3.000,00 (três mil reais), atualmente, porém, sem trabalho por conta da rescisão do contrato de aluguel da autonomia de táxi desde agosto de 2014, ostentando gastos com o financiamento do automóvel em aquisição, como instrumento de trabalho, e com prole anterior à demandante,

fruto de outro relacionamento, cujos gastos já suporta.

Neste ponto, insta tecer alguns comentários acerca dos elementos de convicção carreados aos autos, já em sede de apelação. A recorrida, em contrarrazões, pugna pela desconsideração dos documentos adunados pelo recorrente, “tendo em vista que não se tratam de documentos novos e sim, de documentos de que já dispunha” (f. 95 - IE nº 000101). Todavia, a irresignação não merece acolhida, senão vejamos.

Pelo termo de recebimento de permissão de táxi de f. 82 (IE nº 000092), intenta o Apelante demonstrar que, em 04 de agosto de 2014, findou-se a avença em que se fundava sua atividade laboral, fator de considerável relevância para o arbitramento da pensão *sub judice*. Constata-se, nesta toada, hipótese de fato superveniente à Contestação, em relação ao qual admite a Lei de Ritos a dedução de novas alegações, a teor de seu art. 342, I.

Outrossim, descabe à demandante sugerir que o demandado já possuía tal papel, mormente porque datado de apenas 02 (dois) dias antes da prolação do *decisum* ora guerreado, tempo demasiado exíguo para qualquer tentativa de juntada da peça.

De outra sorte, também acompanham o apelo a certidão de nascimento da filha mais velha do réu, K, bem como fotografias do genitor e de sua prole (f. 83/85 - IE nº 000093/000095), com o fito de comprovar a existência da primogênita e seu convívio com a caçula, ora apelada. Porém, embora não representem temas inéditos, constituem demonstração de fato aventado desde o primeiro ensejo de defesa (f. 60/63 - IE nº 000066), não especificamente impugnados pela autora no momento oportuno e, dessarte, incontrovertidos e independentes de prova, a teor dos arts. 341,

*caput*, e 374, III, ambos do *Codex* Processual, *in verbis*:

“Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se: (...)”

“Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

(...) III - admitidos no processo como incontroversos; (...)”

Releva, ademais, anotar que a própria Requerente também promoveu o aporte de relevante instrumento probatório em sede recursal (f. 111- IE nº 000124), pelo que não se mostraria razoável desprezar aqueles em detrimento desse, violando os Postulados da Isonomia e Paridade de Armas.

No cerne do mérito, cumpre salientar que a matéria ora devolvida a este Colegiado já fora por ele mesmo enfrentada, por força de Recurso de Agravo (AI nº 0014545-85.2014.8.19.0000) interposto pelo Requerido contra decisão do Juízo *a quo* que fixou alimentos provisórios em 1,5 (um vírgula cinco) salário-mínimo, restando a irrisignação provida com a redução da verba ao patamar de 80% (oitenta por cento) do piso nacional, sob os fundamentos da aparente hipossuficiência do alimentante e da ausência de prova de maiores necessidades da alimentanda, nestes termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. AUMENTOS PROVISÓRIOS. TRINÔMIO NECESSIDADE - POSSIBILIDADE - PROPORCIONALIDADE. PEDIDO DE REDUÇÃO QUE MERECE PROSPERAR. OS AUMENTOS DEVEM SER PRESTADOS SEM O DESFALQUE DO NECESSÁRIO AO PRÓPRIO SUSTENTO DAQUELE QUE OS FORNECE, POIS NÃO ENCONTRA AMPARO LEGAL QUE

A PRESTAÇÃO IMPONHA SACRIFÍCIO PARA A SUA SUBSISTÊNCIA. DECISÃO QUE OS FIXOU QUE MERECE REPARO, UMA VEZ QUE LOGROU O AGRAVANTE, QUE EXERCE A PROFISSÃO DE TAXISTA, COMPROVAR, POR ORA, A IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM A QUANTIA ESTABELECIDADA. ALIMENTOS QUE SÃO REDUZIDOS PARA OITENTA POR CENTO DO SALÁRIO-MÍNIMO ATÉ QUE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL SE DESENVOLVA COM A APRESENTAÇÃO DE NOVAS PROVAS. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. (Agravo de Instrumento nº 0014545-85.2014.8.19.0000 / DES. EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA - Julgamento: 26/08/14 - Décima Nona Câmara Cível)

Como retro destacado, o conceito de “Alimentos” constitui-se por prestações periódicas fornecidas à pessoa, em dinheiro ou *in natura*, com vistas ao suprimento de suas necessidades de vida, englobando, além do sustento material, também vestuário, habitação, assistência médica, instrução e lazer, enfim, provisões necessárias à existência digna do credor.

De fato, em exame ao contexto fático-probatório produzido pelas partes, em cotejo com os termos da Decisão Colegiada tomada por este Órgão Fracionário, constata-se que o valor da pensão arbitrada a título de “Alimentos Provisórios” encontra-se em consonância com a busca do equilíbrio na estipulação do binômio necessidade/possibilidade.

Isso porque, tal como salientado no Voto condutor do julgamento unânime de f. 99/106 (IE nº 000112), se, por um lado, o devedor logrou comprovar expressivo saldo negativo em sua conta bancária (f. 66/67 - IE nº 000072/000073), por outro, a Representante Legal da menor, que sequer informou sobre seus ganhos no desempenho do *munus* da Far-

mácia, listou uma série de gastos questionáveis, como aqueles atinentes à creche - mensalidade, material e uniforme - não frequentada à época e à função de babá exercida pela própria avó da criança (f. 18 - IE nº 000019).

Ademais, não bastassem os argumentos elencados no pronunciamento prévio deste Colendo Órgão Fracionário, a situação financeira do recorrente sofreu significativo declínio, diante da notícia de seu desemprego a f. 82 (IE nº 000092), aspecto também a merecer consideração nesta oportunidade.

Além do mais, a sentença vergastada, ao justificar os valores arbitrados, enunciou que “aquele que possui recursos para arcar com tal importância a título de financiamento, é plenamente capaz, e deve contribuir com valor superior àquele ofertado para o sustento da filha menor” (f. 76 - IE nº 000083). A comparação, contudo, não ostenta a tenacidade pretendida, eis que não se pode desprezar que o parcelamento em comento atine à aquisição da propriedade de veículo automotor utilizado pelo réu, taxista, como instrumento de trabalho e meio da subsistência própria e da de sua família.

Melhor sorte não assiste ao *decisum* quando sustenta que “apesar de ter alegado possuir outra filha para a qual paga alimentos, não comprovou sua existência através da juntada de certidão de nascimento” (f. 76 - IE nº 000083), uma vez que se tem por incontroverso tal fato, na esteira das considerações acima tecidas.

Por outro lado, o rol de gastos acostado pela representante legal da autora afigura-se perceptivelmente superdimensionado, sobretudo se considerado o padrão de vida das partes, em especial o do demandado.

Com efeito, a lista de despesas fixas/re-

gulares mensais (f. 17/31 - IE nº 00018/00032) apresentada com a inicial, no patamar de R\$ 4.150,00 (quatro mil, cento e cinquenta reais), a todas as luzes, não se afigura verossímil em relação a uma menor de tenra idade, nem mesmo para o tempo em que o núcleo familiar se encontrava ainda unido, pelo que não pode ser acolhida como parâmetro para o estabelecimento do valor da pensão pleiteada (art. 375 do CPC).

Prova disso é o próprio documento superveniente de f. 111 (IE nº 000122), por meio do qual se entrevê que o gasto mensal com a educação da filha (creche em horário integral) não atinge o montante de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), como aduzido na exordial, mas sim o *quantum* de R\$ 1.303,00 (mil, trezentos e três reais), em atividade que ocupa grande parte de seu dia por toda a semana. Exsurge, pois, como irrazoável a afirmação de que a criação da alimentanda, neste momento, reclamaria gastos muito maiores.

A obrigação alimentar em relação aos filhos menores recai igualmente sobre ambos os genitores (arts. 1.566, IV e 1.703, do CC), importando consignar, de acordo com o que deflui dos autos, que, além de a mãe da demandante encontrar-se empregada como farmacêutica (f. 02 - IE nº 000002) - sem, contudo, informar seus rendimentos -, o demandado ostenta gastos com outra filha de 09 (nove) anos, fruto de relacionamento anterior (f. 83/85 - IE nº 000093/000095) e, até o momento da interposição do apelo *sub examine*, não havia se re-colocado no mercado de trabalho como Taxista Auxiliar (f. 82 - IE nº 000092).

Assim é que, consideradas as balizas jurídicas estabelecidas pelo acórdão proferido por este Órgão Fracionário em sede de Agravo de Instrumento, bem como a todas as elucidicações supra proferidas, forçoso reconhecer que o valor arbitrado a título de pensão alimentícia

para a autora deve ser reduzido ao percentual pleiteado na apelação em comento, em caso de ausência de vínculo formal de trabalho, como forma de garantir o sustento da alimentanda e a manutenção dos recursos do alimentante, mantido em seus demais termos o julgado impugnado.

De modo análogo posiciona-se esta Egrégia Corte de Justiça, conforme se observa no aresto abaixo reproduzido, aplicável, *mutatis mutandis*, à hipótese vertente:

APELAÇÃO. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE ALIMENTOS AJUIZADA PELA FILHA MENOR (ATUALMENTE COM 04 ANOS) EM FACE DO GENITOR. ALEGAÇÃO DE QUE O RÉU TRABALHA SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO, COMO VENDEDOR AMBULANTE AUTÔNOMO, AUFERINDO CERCA DE R\$ 10.000,00 POR MÊS. REQUER 30% DOS GANHOS BRUTOS, COM EXCLUSÃO DOS DESCONTOS OBRIGATÓRIOS, QUANDO COM VÍNCULO E, NA AUSÊNCIA DE VÍNCULO, 200% DO SALÁRIO-MÍNIMO. SENTENÇA JULGANDO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO. FIXAÇÃO DE 20% DOS GANHOS, QUANDO COM VÍNCULO, OU 150% DO SALÁRIO-MÍNIMO, NA HIPÓTESE DE AUSÊNCIA DE VÍNCULO. APELAÇÃO DO RÉU. COMPROVAÇÃO DE MAIS UMA FILHA MENOR (16 ANOS). ALEGAÇÃO QUE AUFERE CERCA DE DOIS SALÁRIOS-MÍNIMOS. PLEITEIA A REDUÇÃO PARA 15% DOS GANHOS BRUTOS, COM A DEDUÇÃO DOS DESCONTOS OBRIGATÓRIOS, E 34,5% DO SALÁRIO-MÍNIMO, QUANDO SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO, COMO ATUALMENTE, EM QUE TRABALHA COMO VENDEDOR AMBULANTE DE UTILIDADES DOMÉSTICAS. NÃO COMPROVAÇÃO DO RENDIMENTO NO PATAMAR ALEGADO PELA AUTORA.

PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO PARA FIXAR A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR EM 100% DO SALÁRIO-MÍNIMO E, QUANDO VIER A SE EMPREGAR COM VÍNCULO EMPREGATÍCIO, NO PERCENTUAL DE 15% DOS GANHOS BRUTOS, EXCLUÍDOS APENAS OS DESCONTOS OBRIGATÓRIOS. Ação de Alimentos ajuizada pela filha menor (atualmente com 04 anos de idade), representada pela genitora, em face do pai. Alega que o Réu recebe cerca de R\$ 10.000,00 por mês, trabalhando como vendedor autônomo. Requer o percentual de 30% dos ganhos, quando com vínculo, ou 150% do salário-mínimo, quando sem vínculo. Sentença julgando parcialmente procedente o pedido. Fixação de 20% dos ganhos, com vínculo, ou 150% do salário-mínimo, quando sem vínculo, como atualmente. Apelação do Réu. Alega que auferir renda de cerca de dois salários mínimos como vendedor ambulante de utilidades domésticas, tais como painéis, colchas, toalhas de banho e artigos de baixo custo. Possui mais duas filhas, sendo uma menor, com 16 anos, e outra de 21. Pede a redução para 34,5% do salário-mínimo, quando sem vínculo, como atualmente, ou 15% dos ganhos líquidos, na hipótese de vínculo empregatício. Sentença que merece parcial reforma. São pertinentes para o deslinde da questão apenas o exame da adequação entre os parâmetros das necessidades da autora e das possibilidades do réu, de modo a que se estabeleça uma equação a mais proporcional possível, nos termos do art. 1.694, §1º, do atual Código Civil. A relação de parentesco entre a autora e o réu é inequívoca, consubstanciada pela certidão de nascimento, prova pré-constituída da obrigação alimentícia, sendo as necessidades da alimentanda presumidas em virtude de ter atualmente quatro anos de idade. Em sede de contestação o réu comprovou ter outra filha menor, de 15 anos de idade. Trabalha como vendedor ambulante de utensílios domésticos. Alega auferir em média dois salários-mínimos por mês. Não

há prova de que o réu, na qualidade de vendedor ambulante de utensílios domésticos no Município de Macaé, aufera rendimentos mensais de mais de R\$ 10.000,00, como afirmado pela autora e pela segunda testemunha arrolada, que ainda acrescentou que tal informação lhe fora passada pela genitora da menor, sendo mais crível a versão do réu, de que recebe valores infinitamente mais modestos, mormente na situação recessiva pela qual passa o País. (...) Ademais, há de se levar em conta a comprovação da existência de mais uma filha menor (além de outra com 21 anos de idade). Embora as necessidades de cada filha não sejam necessariamente iguais, deve ser respeitado o Princípio da Isonomia entre os filhos, insculpido nos art. 5º e 227, §6º, da Constituição Federal, haja vista que, no caso em tela, não se justifica diferenciar os alimentos entre as duas filhas menores, eis que não existe uma peculiaridade na condição de cada uma apta a ensejar tal discrepância, sendo mais adequado que o réu destine o mesmo percentual a cada filha, sob pena de comprometer sobremaneira a sua própria subsistência. Nesse sentido, manter a pensão da autora nesse nível certamente inviabilizaria a prestação alimentícia, pois o réu, em princípio, comprometeria 40% do seu salário líquido com a manutenção das duas filhas, considerando-se 20% para cada qual, na hipótese de labutar com carteira assinada. E, quando sem vínculo empregatício, como atualmente, ver-se-ia na obrigação de arcar com 400% do salário-mínimo, ou seja, R\$3.520,00, sendo R\$ 1.760,00 para cada qual. Em razão disso, o inconformismo do Apelante possui parcial cabimento, na medida em que a pensão alimentícia, de acordo com o art. 1.695 do CC, deve ser fixada de forma a não aniquilar a capacidade econômica do alimentante e, por outro lado, deve abarcar as despesas do alimentando que não tem condições de se manter por conta própria, como no caso em tela. Tecidas tais ponderações, acolho o parecer da Procuradoria de Justiça, posto que é inegável que o valor fixado na sentença merece redução para 15% dos

ganhos brutos, com exclusão dos descontos obrigatórios, quando com vínculo empregatício, ou 100% do salário-mínimo, na hipótese de falta de vínculo, como atualmente, ressaltando que a representante legal da autora já contribui com os alimentos *in natura*, tendo em vista que a obrigação alimentar decorrente do poder familiar é de ambos os genitores, nos termos do art. 1.703 do Código Civil. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. Provimento parcial da apelação.

(Apelação Cível nº 0017248-36.2013.8.19.0028 / DES. JUAREZ FOLHES - Julgamento: 16/03/2016 - Décima Quarta Câmara Cível)

A sentença impugnada, portanto, merece correção, em modulação redutiva que ora se implementa ao patamar de 80% (oitenta por cento) do salário-mínimo nacional em vigor, em caso de inexistência de relação formal de trabalho.

Por derradeiro, registre-se que, embora não conste nos requerimentos da Apelação em comento, impõe-se, como consectário lógico da resolução da lide, a fixação dos ônus sucumbenciais, à qual não procedeu o Magistrado *a quo*. Nesse sentido, modifica-se a parte dispositiva da sentença para condenar autora e réu, cada um, ao pagamento da metade das custas, na forma do art. 86 do CPC, observado o disposto no art. 98, § 2º e 3º, também da Lei Adjetiva, tendo em vista o deferimento da gratuidade de justiça a ambos (f. 37 e 86 - IE nos 000039 e 000097).

Do mesmo modo, e considerando a expressa vedação à compensação dos honorários advocatícios, prevista no art. 85, § 14, do novel diploma processual, cada parte deverá suportar o adimplemento do referido encargo ao patrono da outra, ora estipulado em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, observado o parâmetro estabelecido no art. 292, III, e com fundamento no art. 85, § 2º, ambos

do *Codex*, com a mesma ressalva do benefício supra aludido.

Por tais fundamentos, voto no sentido de conhecer em parte o recurso e dar-lhe provimento, reformando-se parcialmente o *decisum*, para condenar o réu ao pagamento de 80% (oitenta por cento) do salário-mínimo nacional em vigor, em caso de inexistência de vínculo empregatício, e para distribuir os ônus sucumbenciais, incumbindo a cada um dos litigantes arcar com metade das custas processuais e com a verba honorária devida ao causídico *ex ad-verso*, em 10% (dez por cento) sobre o montante condenatório, atentando-se à gratuidade de justiça de que ambos gozam.

Rio de Janeiro, 20 de setembro de 2016.

**DES. SÉRGIO NOGUEIRA DE AZEREDO**  
Relator

**CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL. CONTRATO DE EMPREITADA. NATUREZA CÍVEL. DISCUSSÃO QUANTO À COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL *VERSUS* VARA EMPRESARIAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA VARA ESPECIALIZADA. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA PARA VARA CÍVEL.**

**Agravo de Instrumento. Cumprimento de sentença arbitral. contrato de empreitada. Competência cível. Processo originariamente distribuído para a 6ª Vara Empresarial da Comarca da Capital. Declínio em favor da 41ª Vara Cível da Comarca da Capital, onde tramita ação anulatória da mesma sentença arbitral. relação de prejudicialidade existente entre as referidas demandas. A hipótese é de cumprimento de sentença arbitral que solucionou conflito derivado de contrato de empreitada. Matéria de direito civil não elencada no**

**art. 50, inciso I, alínea “i”, da Lei estadual/RJ nº. 6.956/2015. Assim, tendo em vista a natureza da matéria e a ausência de previsão legal quanto ao seu processamento por vara especializada em direito empresarial, revela-se correta a decisão que declinou da competência. Incompetência que afasta prevenção. Competência do Juízo da 41ª Vara Cível da Comarca da Capital, onde tramita a ação anulatória da mesma sentença arbitral. Relação de prejudicialidade configurada. Distribuição válida da ação anulatória que gera prevenção para o cumprimento da sentença arbitral. Recurso a que se nega provimento.**

Vistos e examinados estes autos de Agravo de Instrumento nº 0017174-27.2017.8.19.0000, em que é Agravante X e Agravado Y.

Acordam os Desembargadores da Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao presente recurso, nos termos do voto do relator.

Presentes as condições recursais (legitimidade e interesse) e os pressupostos legais (órgão investido de jurisdição, capacidade recursal das partes e regularidade formal - forma escrita, fundamentação e tempestividade), o agravo deve ser conhecido.

Inicialmente, importa esclarecer, que a hipótese é de cumprimento de sentença arbitral que solucionou conflito de interesses derivado de contrato de empreitada.

Sobre o tema, o art. 516, III, do NCPC dispõe que o cumprimento de sentença arbitral será processado e julgado perante o juízo cível competente.

Art. 516. O cumprimento da sentença efe-

tuar-se-á perante:

I - os tribunais, nas causas de sua competência originária;

II - o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição;

III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.

A norma utiliza a expressão juízo cível em sentido amplo, distinguindo-o dos juízos criminais. No entanto, isso não significa dizer que todos os cumprimentos de sentença arbitral devam ser processados e julgados pelas varas cíveis em sentido estrito. O comando normativo referido incidirá quando não houver norma local especializando a competência cível e, a contrário senso, cada uma das especializações jurisdicionais derivadas da competência cível será competente para a execução das sentenças arbitrais na matéria específica.

Assim, objetivando delimitar a competência das Varas Empresariais no que tange ao cumprimento de sentenças arbitrais no Estado do Rio de Janeiro, o art. 50, inciso I, alínea “i” da Lei nº 6.956/2015 (CODJERJ), estabeleceu que nas ações diretamente relacionadas às sentenças arbitrais e que envolvam as matérias empresariais previstas neste artigo, seriam de competência dos Juízes de Direito das varas empresariais. *Ex vi*:

Art. 50 - Compete aos Juízes de Direito em matéria empresarial:

I - processar e julgar:

a) falências, recuperações judiciais e os processos que, por força de lei, devam ter curso no juízo da falência ou da recuperação judicial;

b) execuções por quantia certa contra devedor insolvente, bem como pedido de declaração de insolvência;

c) ações coletivas em matéria de direito do consumidor, ressalvadas as que tratem de matéria de competência exclusiva do Juizado do Torcedor e Grandes Eventos;

d) ações relativas a direito ambiental em que sociedade empresarial for parte, à exceção daquelas em que for parte, ou interessado, ente público ou entidade da administração pública indireta;

e) as ações relativas ao direito societário, especialmente:

1- quando houver atividade fiscalizadora obrigatória da Comissão de Valores Mobiliários;

2- quando envolvam dissolução de sociedades empresariais, conflitos entre sócios cotistas ou de acionistas dessas sociedades, ou conflitos entre sócios e as sociedades de que participem;

3- liquidação de firma individual;

4- quando envolvam conflitos entre titulares de valores mobiliários e a sociedade que os emitiu, ou conflitos sobre responsabilidade pessoal de acionista controlador ou dos administradores de sociedade empresarial, ou, ainda, conflitos entre diretores, membros de conselhos ou de órgãos da administração e a sociedade;

f) ações relativas a propriedade industrial, direito autoral e nome comercial;

g) ações em que a Bolsa de Valores for parte ou interessada;

h) ações relativas a direito marítimo, especialmente as de:

1. indenização por falta, extravio ou avarias, inclusive às relativas a sub-rogações;

2. apreensão de embarcações;

3. ratificações de protesto formado a bordo;

4. vistoria de cargas;

5. cobrança de frete e sobrestadia;

6. operações de salvamento, reboque, praticagem, remoção de destroços, avaria grossa;

7. lide relacionada a comissões, corretagens ou taxas de agenciamento de embarcação;

i) ações diretamente relacionadas às sentenças arbitrais e que envolvam as matérias previstas neste artigo;

j) as ações diretamente relacionadas à recuperação de ativos desviados de sociedades empresariais em razão de fraude e/ou lavagem de dinheiro;

II - cumprir precatórias pertinentes à matéria de sua competência.

Note-se, que o contrato de empreitada, hipótese dos autos, por ser indiscutivelmente de natureza cível, não está englobado no rol de matérias empresariais elencadas no art. 50, inciso I, da Lei estadual nº 6.956/2015, o que faz com que no caso vertente, a competência seja definida pela regra geral do art. 516, III, do NCPC, segunda a qual o cumprimento de sentença arbitral será processado e julgado perante o juízo cível competente.

Vale transcrever o trecho do Parecer da Procuradoria de Justiça sobre o tema:

“(…) Colhe-se dos autos que a matéria discutida no juízo arbitral diz respeito a contrato de construção de obras civis da Usina Hidrelétrica de Jirau implementadas no Rio Madeira, situado em Porto Velho - RO, em regime de empreitada, ou seja, tema diverso daquele previsto no artigo 91 do CODJERJ. Às Varas Empresariais descabe a análise de contratos de empreitada, quando ausentes as hipóteses legais específicas.

(…)”

Oportuno registrar, também, que não é o fato de a arbitragem normalmente albergar matérias de relevante importância e complexidade que atrairá a competência das Varas

Empresariais, em detrimento das Cíveis. O critério de definição da competência é estritamente legal, e, como visto linhas acima, no presente caso, está bem delimitado pelo art. 50, inciso I, da Lei/RJ nº 6.956/2015.

Estabelecida a competência da Vara Cível para o julgamento do cumprimento de sentença arbitral baseada em contrato de empreitada, resta saber se há conexão e prejudicialidade com a ação anulatória desta mesma sentença arbitral que tramita junto ao Juízo da 41ª Vara Cível da Comarca da Capital, a justificar a remessa dos autos diretamente para aquele Juízo.

O agravante alega que a hipótese seria de livre distribuição entre as Varas Cíveis, pois não restou configurada a conexão e, tampouco a prejudicialidade, a atrair a competência do Juízo da 41ª Vara Cível da Comarca da Capital.

A incompetência da vara empresarial afasta qualquer atração dessa jurisdição para o cumprimento da sentença arbitral.

Tramitando a ação anulatória da mesma sentença arbitral junto ao Juízo da 41ª Vara Cível da Comarca da Capital, cuja decisão pode afetar a da outra demanda (cumprimento de sentença arbitral), evidenciado está o vínculo entre os processos, caracterizando a conexão por prejudicialidade.

Portanto, havendo vínculo entre os processos, com a decisão de um afetando a do outro, bem como o risco de eventuais decisões conflitantes e contraditórias, correto o declínio da competência diretamente para o Juízo da 41ª Vara Cível da Comarca da Capital, onde tramita a anulatória desta mesma sentença arbitral, porque a distribuição válida da ação anulatória produz a prevenção daquela Vara Cível para o cumprimento da sentença arbitral.

Por estas razões, voto pelo conhecimento e não provimento do presente agravo, mantida a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

Rio de Janeiro, 31 de maio de 2017.

**DES. CLÁUDIO DELL'ORTO**  
Relator

**DIREITO ADMINISTRATIVO. BEM PÚBLICO. CONCESSÃO DE USO. EXPLORAÇÃO DE GARAGEM SUBTERRÂNEA. REGIÃO DO TELEPORTO. OMISSÃO DO MUNICÍPIO EM COIBIR ESTACIONAMENTO IRREGULAR E CLANDESTINO. FRUSTRAÇÃO DA EXPECTATIVA. NECESSIDADE DO RESTABELECIMENTO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO. LAUDO PERICIAL. PARÂMETROS DO ESTUDO DE VIABILIDADE. COMPENSAÇÃO ECONÔMICA AO CONTRATADO.**

**Apelação Cível. Direito administrativo. Concessão de uso de bem público. Exploração comercial e gestão administrativa de estacionamento. Ação ordinária. Pretensão de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou indenização por perdas e danos. Alegada omissão do Município no combate aos estacionamentos irregulares e clandestinos e não implementação do projeto do Teleporto/RJ “nos moldes e cronograma previstos”. Estudo preliminar de viabilidade que constitui parte integrante do edital, vinculando, portanto, a administração (art. 6º, IX, c/c 40, § 2º, I, c/c 41 da Lei nº 8.666/93). Contratado que possui legítima expectativa de lucro, ao menos aproximado ao previsto no estudo de viabilidade. Omissão do Município que concorreu para a diminuição considerável do lucro do contratado. Proteção compensatória da confiança.**

**Dever do estado de ressarcir os prejuízos decorrentes da frustração de expectativas nele legitimamente depositadas pelos cidadãos. Sucumbência recíproca (art. 21 CPC/73). Desprovimento do primeiro recurso e parcial provimento do segundo apelo.**

Vistos, relatados e discutidos este recurso de Apelação Cível nº 0000417-04.2017.8.19.0001 e Reexame Necessário nº 0086389-73.2006.8.19.0001, em que são Apelantes Crafipark Estacionamento Ltda. e Município do Rio de Janeiro e Apelados os mesmos.

Acordam os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao primeiro recurso e dar parcial provimento ao segundo apelo, nos termos do voto da Relatora.

Trata-se de apelações cíveis interpostas por Crafipark Estacionamento Ltda. e Município do Rio de Janeiro, contra a sentença de e-f. 1030/1038, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação ordinária, objetivando o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, relativo à concessão do estacionamento, e ao pagamento de indenização pelos prejuízos causados em razão do descumprimento contratual.

Na inicial da ação ordinária, Crafipark Estacionamento Ltda narra que venceu a Concorrência Pública, objeto do Edital de Licitação no CN-02/96, mediante oferta de Remuneração Mínima Mensal (RMM) no valor de R\$ 21.000,00, acrescida de Remuneração Mensal Variável (RMV) igual à diferença entre 40% do lucro operacional líquido e a remuneração mínima mensal sempre que esta diferença fosse positiva.

Salienta que a Remuneração Mínima Mensal (RMM) tinha por base os Estudos de

Viabilidade Econômico-financeira (EVEF) e a política de desenvolvimento local para o Teleporto, com garantia de manutenção das condições originais de contratação, dentre as quais se insere a vedação da implantação de outros estacionamentos na região.

Alega que cumpriu fielmente com suas obrigações, realizando investimento de mais de R\$ 1.200.000,00 em obras de engenharia civil e elétrica, mas que passados os primeiros dois anos da concessão (1997-1998), em que o estacionamento conheceu funcionamento regular e manteve patamares aceitáveis de faturamento, as condições locais foram se degradando, por força da completa e abusiva omissão do poder concedente, que permitiu desde então a proliferação de estacionamentos clandestinos e irregulares na região.

Ressalta que o próprio Município passou a instalar estacionamentos em áreas públicas de seu domínio e de suas autarquias, todas elas cercadas com placas da Prefeitura, nas quais é permitido o estacionamento gratuito.

Sustenta que a concorrência ilícita e desleal praticada pelos estacionamentos clandestinos e irregulares levou a concessionária à situação de quase insolvência, impedindo o pagamento da remuneração mensal ajustada, bem como o pagamento de salários, tributos e contribuições, não restando um único centavo para amortização dos investimentos realizados, razão pela qual pretende o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro rompido por culpa da Administração Municipal.

Requeru ao final, “a suspensão da remuneração mínima mensal até o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou a recomposição dos danos e prejuízos gerados pelo Município e sofridos pela Autora no curso da execução do contrato administrativo, compensando-se os prejuízos causados à Auto-

ra com a remuneração mensal em aberto. Requer-se, outrossim, a condenação do Município do Rio de Janeiro no pagamento de indenização à Autora, a ser apurada em perícia judicial, pelos prejuízos e danos a esta causados em razão do descumprimento contratual. Isto porque o Município além de não ter implementado o Complexo Teleporto nos moldes e cronograma previstos, não combateu e não combate os estacionamentos irregulares e clandestinos nas cercanias de sua sede administrativa, fatos esses que causaram substancial redução da demanda prevista para o estacionamento da autora, que foi obrigada a reduzir preços, e consequentemente sua receita.”

Em apenso, medida cautelar, com pedido liminar, para que o Município se abstinhasse de praticar qualquer conduta no sentido de determinar a desocupação do imóvel objeto da concessão, ou praticar qualquer cobrança de valores correspondentes a remuneração mensal mínima que deixou de ser recolhida pela Requerente a partir de agosto de 2004, até decisão definitiva a ser proferida na ação ordinária com vistas a restabelecer o equilíbrio contratual e desconstituição dos supostos débitos em aberto.

Sentença conjunta a e-f. 1030/1038, cujo dispositivo ora se transcreve:

Em face do exposto, na forma do art. 269, I, do CPC, julgo parcialmente procedente o pedido para condenar o réu a pagar à parte autora o valor expressado no laudo pericial de f. 857/898, de R\$ 3.091.215,78 (três milhões e noventa e um mil e duzentos e quinze reais, e setenta e oito centavos), abatidos 12% a título de tributos, compensando-se em fase de liquidação de sentença com as remunerações devidas pela autora e não adimplidas, tudo acrescido da correção monetária e dos juros de mora, na forma da Lei nº 9.494/97, a partir da citação.

Julgo improcedente, também na forma do

art. 269, I, do CPC, o pedido de reparação de prejuízos pela não implementação do projeto original do Teleporto e para o ressarcimento das despesas iniciais com obras para instalação dos serviços, eis que previstas no edital de concorrência.

Julgo, ainda, extinto sem resolução do mérito, na forma do artigo 267, VI, do CPC, os pedidos de cumprimento de obrigação de não fazer deduzidos na cautelar e na principal.

Consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs 4.357/DF e 4.425/DF, a correção monetária e os juros de mora incidentes sobre as condenações da Fazenda Pública observam os índices determinados na redação originária do artigo 1-F da Lei nº 9.494/97 até 29/06/2009, aplicando-se, a partir de então, na forma da Lei nº 11.960/2009, o índice oficial da remuneração básica das cadernetas de poupança de 30/06/2009 a 25/03/2015, data da decisão do Pretório Excelso, e a partir de então, o índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) para fins de correção monetária, em conjunto com os índices aplicáveis para remuneração das cadernetas de poupança, a título de juros remuneratórios.

Condeno o réu, mais, a reembolsar à autora as despesas do processo e a pagar-lhe honorários de advogado, os quais arbitro em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), na forma do artigo 20, § 4º, do CPC.

Decorrido o prazo para os recursos voluntários, subam os autos ao E. Tribunal (CPC, art. 475, I).

Recurso de ambas as partes interpostos na ação ordinária, não havendo recurso voluntário quanto à improcedência dos pedidos deduzidos na ação cautelar.

Apelação da autora/primeira apelante, Crafipark, insurgindo-se quanto ao arbitramento dos honorários em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Sustenta, em síntese, que o juízo *a quo*

julgo parcialmente procedente a demanda determinando que o Município indenizasse a apelante no valor histórico de R\$ 3.091.215,78 (três milhões, noventa e um mil, duzentos e quinze reais e setenta e oito centavos), a ser corrigido e acrescido de juros de mora a partir da citação.

Aduz que, conforme complemento do laudo pericial, o valor atualizado até Setembro/2013 é de R\$ 7.249.312,21 (sete milhões, duzentos e quarenta e nove mil, trezentos e doze reais e vinte e um centavos), contudo, o juízo fixou os honorários sucumbenciais em apenas R\$ 10.000,00 (dez mil reais), que representam 0,14% da condenação do valor atualizado até 2013, valor demasiadamente baixo e incompatível com a complexidade da demanda.

Destaca que, embora o § 4º, do art. 20, do CPC/73 determinasse que nas causas em que fosse vencida a Fazenda Pública, os honorários seriam fixados consoante apreciação equitativa do juiz, deveriam ser considerados os três critérios do § 3º, do art. 20, do CPC/73.

Ressalta que os honorários advocatícios devem ser arbitrados com moderação e justiça, mas sem caracterizar retribuição ínfima, incompatível com a profissão e que o valor fixado pela sentença é desproporcional ao trabalho prestado no processo, que tramita por quase 10 anos.

Alega que não foi levado em consideração o trabalho exercido pelo profissional, que desenvolveu toda a atividade probatória, constituiu as provas documentais necessárias, desenvolveu teses jurídicas, e demonstrou todo o zelo aplicado em benefício da parte, do processo e da Jurisdição.

Requer, ao final, o provimento do recurso para reformar a sentença, no sentido de majorar a condenação dos honorários sucumbenciais.

Apelação do réu, Município do Rio de Janeiro, alegando que a natureza jurídica do contrato é de concessão de uso de caráter pessoal, onde o Poder Público não tem a possibilidade de intervir em conceitos básicos da exploração comercial do espaço, como no valor do preço, horário e dias de utilização, não se confundindo, assim, com a concessão de serviços públicos.

Sustenta que o particular poderá explorar o bem conforme sua atividade econômica, devendo, apenas, conservar o mesmo, pagar determinado valor ao Município e observar a sua destinação, fazendo analogia a uma locação comercial de um bem público a particular mediante o pagamento de alugueres.

Nesses termos, alega que o Município “alugou” o estacionamento subterrâneo à sociedade Crafiapark, após a mesma ter ofertado o maior valor do “aluguel”, estabelecidos os encargos de realizar determinados investimentos na infraestrutura do espaço e manter a sua conservação. E que, partindo-se da natureza do contrato e da sua leitura, verifica-se que o mesmo não oferece, em nenhum momento, garantia de demanda, garantia de ocupação das vagas.

Afirma que no Termo de Concessão de Uso nº 96197-F/SPA, o bem foi entregue para sua exploração comercial, sendo risco do contratado tornar o negócio lucrativo e atrativo aos eventuais consumidores. A média de ocupação do estacionamento, sua lucratividade, o sucesso do empreendimento, não estavam garantidos nos termos contratuais.

Ressalta que toda a tese autoral está fundada na alegada quebra de contrato decorrente da queda da demanda, que o apelado afirma que haveria uma expectativa de demanda decorrente da ampliação dos empreendimentos na região da Cidade Nova, o que foi corretamente refutada pelo juízo de primeiro grau,

por ser mera expectativa de direito e que esta expectativa de demanda também teria sido frustrada pela concorrência desleal de estacionamentos clandestinos e irregulares.

Aduz que não se pode confundir prejuízo da contratada com quebra do equilíbrio econômico financeiro do contrato, sobretudo se considerarmos a natureza do contrato em debate. Se o contratado teve prejuízo na sua operação, operação econômica particular, isto pode ter decorrido de diversos fatores, não havendo no contrato garantia de obtenção de lucro.

Afirma, portanto, não estarem presentes nenhum dos elementos dos artigos 58, § 1º e 2º e 65, II, “b” da Lei nº 8.666/93 a ensejar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tendo se respeitado os termos da proposta vencedora (art.37, XXI, da CF/88), que a perda de ocupação, com a diminuição do número de consumidores, decorreu de álea empresarial, de álea econômica ordinária, do risco do negócio. E, ainda que assim se considere, deveria haver a comprovação de que o rompimento deste equilíbrio não decorreu do risco do negócio.

Destaca que o laudo pericial e suas sucessivas complementações, utilizado como único elemento probatório para fixar a condenação do Município no *quantum* indenizatório arbitrado, parte de uma premissa gravemente equivocada, a de que o estudo de viabilidade que precedeu a licitação representaria a equação econômico-financeira do contrato de concessão.

Acresce que o Apelado tinha, por ocasião da licitação, pleno conhecimento das características e das vagas oferecidas na região, inclusive em números. Não podendo, portanto, após a assinatura do contrato, alegar desconhecimento e mais, apontar como surpresa o surgimento desta chamada “concorrência desleal”.

Por fim, sustenta a ocorrência de sucumbência recíproca, vez que, embora não quantificado o pedido na petição inicial, incluía o reconhecimento da quebra do equilíbrio econômico-financeiro, com a correspondente indenização, por dois fatos: i) a não implementação do Complexo Teleporto nos moldes e cronogramas previstos e ii) o não combate aos estacionamentos irregulares e clandestinos nas cercanias.

Alega, ainda, que a sentença *a quo* expressamente rejeitou a alegação de que a não implementação do Complexo Teleporto teria gerado a quebra do equilíbrio contratual, tendo julgado improcedente esta parte do pedido e parcialmente procedente o restante do pedido autoral, além de julgar extinto sem julgamento do mérito os pedidos de obrigação de fazer apresentados.

Requer o provimento do recurso, para reforma da sentença com total improcedência dos pedidos ou, subsidiariamente, que seja determinada a anulação da sentença com a determinação da realização de nova perícia com base nos argumentos elencados pelo Município, ou, ainda, que seja, ao menos, reconhecida a sucumbência recíproca.

Contrarrrazões do Município a f. 1071/1075, apontando que nas razões do seu recurso esclareceu que há nítida ocorrência da sucumbência recíproca, ressaltando que não há como prosperar o apelo autoral, seja pelo fato do juízo não estar adstrito aos limites do artigo § 3º, do artigo 20, do CPC/73, seja pelo fato de que a condenação imposta não se mostrou irrisória, mas, ao revés, excessiva.

Contrarrrazões da CrafiPark, reproduzindo as razões do recurso, ressaltando que não há sucumbência recíproca, que o proveito econômico obtido pelo autor com a sentença atende quase que integralmente o pleito inicial e que, se houve sucumbência para a apelada, ela

foi mínima e, nesse sentido, cabe ao apelante responder, por inteiro, pelas despesas e honorários advocatícios, nos termos do art. 21, do CPC/73.

Manifestação da Douta Procuradoria de Justiça a e-f. 1097/1098, opinando, pelo desprovimento de ambos os recursos.

Em reexame necessário na ação cautelar, apresentou a Douta Procuradoria parecer pela confirmação do julgado.

### Voto

Inicialmente, deve ser ressaltado que não foi interposto recurso voluntário contra a sentença que julgou a ação cautelar em apenso, processo nº 0086389-73.2006.8.19.0001 nem se verifica a presença das hipóteses ensejadoras de reexame necessário (art. 496 do NCPC/2015).

Trata-se de ação ordinária interposta por CrafiPark Estacionamento Ltda. em face do Município do Rio de Janeiro, objetivando o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo relativo à concessão de uso de espaço público para exploração comercial e gestão da Garagem Subterrânea do Teleporto, bem como a indenização pelos prejuízos que alega terem sido causados ao Contratado pelo descumprimento contratual por parte do Poder Concedente.

A matéria devolvida a esta Corte refere-se ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, versando, ainda, sobre a recomposição dos danos e prejuízos advindos da alegada omissão do Município no combate aos estacionamentos irregulares e clandestinos nas cercanias da sede administrativa, assim como na não implementação do projeto do Complexo Teleporto “nos moldes e cronograma previstos”, fatos que supostamente te-

riam causado substancial redução da demanda prevista para o estacionamento explorado pela autora.

O Contrato de Concessão ora em exame (e-f. 45/58), firmado em 07/01/1997, com prazo de vigência de 10 (dez) anos, tem por objeto: “a transferência para a iniciativa privada, sob o regime de Concessão, do uso das instalações, da exploração dos serviços com a finalidade comercial e da gestão administrativa da Garagem Subterrânea do Teleporto/RJ implantada conforme previsto no PA 11.0581PAL 43.932 (Decreto nº 14.649 de 22/03/96) e contendo um total de 665 (seiscentos e sessenta e cinco) vagas.”

Importante ressaltar que o contrato em exame tem a natureza jurídica de contrato administrativo de concessão de uso de bem público. Sendo oportuna a seguinte transcrição doutrinária:

“Já as concessões de uso de bem público visam somente a consentir que a pessoa privada se utilize de bem pertencente a pessoa de direito público. Semelhantes concessões resultam da atividade normal de gestão que os entes públicos desenvolvem sobre os bens integrantes do seu acervo. Os concessionários de uso, contrariamente ao que ocorre com as concessões de serviços públicos, podem executar atividades de caráter público e de caráter privado, dependendo da destinação do uso do bem público e de caráter privado, dependendo a destinação do uso do bem público que lhes tiver sido autorizada”.

(CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 195).

Acrescendo que se trata de atividade econômica não inerente à finalidade do Ente Federado. Daí tratar-se de atividade delegada.

Valendo registrar que como atividade em-

presarial tem a finalidade precípua de lucratividade. Sendo o lucro no exercício de atividade acolhido pelo Estado Democrático de Direito no momento em que assegura a livre iniciativa, nos termos do art. 170 e seguintes da Constituição da República, *ipsis litteris*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exerce-

rá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Com efeito, referido contrato pretende a exploração de atividade econômica – estacionamento particular, o que transcende a natureza eminentemente pública que caracteriza as atividades exploradas de forma direta pelo Poder Público.

E, exatamente por isso, possui finalidade lucrativa. Ademais, o lucro objetiva, inclusive, o reinvestimento no negócio, possibilitando o aprimoramento da qualidade do serviço.

Sendo que o contrato de concessão, como espécie de contrato administrativo, orienta-se pelos supra princípios do Direito Administrativo. Nesta seara, insta ressaltar que, a par de divergências, entendem os doutrinadores pela supremacia do interesse público, ainda que se imponha a mitigação do referido princípio no caso concreto, diante de direitos individuais a serem resguardados. Por outro lado, cumpre destacar a indisponibilidade do interesse público. Assegurando-se, nesse contexto, a prerrogativa de a Administração Pública eventual-

mente alterar unilateralmente o Contrato.

Outrossim, inafastável que os direitos do Contratado, mormente o direito ao lucro, devem ser preservados, o que se faz, em geral, pelas regras de revisão (adequação entre o objeto e o preço), “previstas na Lei, no Edital e no contrato”, de forma a manter durante toda a execução do serviço a equação econômico-financeira.

Citando HELY LOPES MEIRELLES, o Poder Concedente, ao usar do seu direito de alterar unilateralmente as cláusulas do contrato administrativo, não pode violar o direito do contratado de ver mantida a equação financeira originariamente estabelecida.

Confira-se:

Essa relação encargo remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento. Assim, ao usar do seu direito de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares do contrato administrativo, a Administração não pode violar o direito do contratado de ver mantida a equação financeira originariamente estabelecida, cabendo-lhe operar os necessários reajustes econômicos para o restabelecimento do equilíbrio financeiro. Trata-se de doutrina universalmente consagrada, hoje extensiva a todos os contratos administrativos. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 18. ed<sup>a</sup>, São Paulo, Ed. Malheiros, 2001, p. 197)

Significa dizer que o concessionário, pautado no descumprimento das regras do contrato administrativo, pode exigir o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro.

Entendimento que encontra respaldo no art. 37, XXI, da Constituição da República, *in*

*verbis*: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Nessa esteira, a Lei nº 8.666/93, assim, dispõe:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo. § 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justifica-

tivas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edi-

fício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

I - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.

§ 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

§ 7º (VETADO)

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mes-

mo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

Registrando-se que o direito à revisão, a par de dispensar previsão expressa no contrato, depende da comprovação de fato superveniente que tenha causado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, na forma do art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/93 “(...) na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”).

A propósito, transcreve-se lição de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

“Diferentemente do que ocorre com o reajuste, o direito à revisão independe de previsão expressa no instrumento contratual, bastando a comprovação da existência de fato superveniente que tenha causado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.”

(CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 208)

Nessa esteira, sustenta o Município que o autor tinha, por ocasião da licitação, pleno conhecimento das características e das vagas oferecidas na região, inclusive em números, não podendo, após a assinatura do contrato, alegar desconhecimento e apontar como surpresa o surgimento desta chamada “concorrência desleal”.

Ocorre que, do estudo de viabilidade apresentado pelo próprio licitante, destaca-se o teor da cláusula 8.03 do edital (e-f. 96):

8.03 - A Licitante deverá apresentar Estudo de Viabilidade Econômica, que embase os dados apresentados com a Proposta Comercial

contendo, no mínimo, as seguintes informações:

Estudo de Mercado - demonstrando o mercado que pretende atender e a concorrência existente no local;

Orçamento de Investimentos - que deverá incluir, dentre outros julgados pertinentes, todos os investimentos necessários à operacionalização da Garagem Subterrânea do Teleporto/RJ, descritos no item 2.04.1 deste Edital; Composição das Receitas Mensais - com explicitação das receitas diretas mensais previstas, compatíveis com a(s) forma(s) de exploração do estacionamento proposto; Composição dos Custos Mensais - com especificação dos custos mensais de operação, manutenção e conservação, incluindo taxas, remuneração do Município, impostos, entre outros;

Avaliação Econômico-Financeira, num horizonte de 10 (dez) anos, sempre referida a R\$ mil (milhares de reais), contendo:

Projeção do lucro bruto - com base nas composições anuais de investimentos, receitas e custos apresentados, e . Projeção do fluxo de caixa - com base nos fluxos de investimentos, receitas, custos (incluindo remuneração do Município) e lucros.

E, da leitura da referida transcrição, em especial a referência expressa ao Teleporto, pode-se concluir que o autor/apelado considerou não apenas as vagas existentes no momento da celebração do contrato. Tendo, na verdade, sido incentivado, ante o planejamento administrativo da municipalidade, a confiar no potencial aumento da demanda de usuários na região, considerando a expansão da sua utilização.

O Estudo de Viabilidade tem a função de informar precisamente sobre o retorno do investimento que se fará necessário à realização do negócio pretendido pelo contratante.

Logo, a partir de tais informações será possível ao interessado na contratação avaliar a lucratividade da atividade proposta.

Sendo que, no caso em exame, o interesse pela atividade surgiu a partir dos termos delineados pelo Poder Concedente, inclusive, quanto a projetos de revitalização de áreas, políticas públicas e organização do espaço. Sendo inequívoco que “promessas” do Poder Público que repercutam na demanda devem ser observadas pelo concedente, sob pena de frustrar legítimas expectativas do concessionário.

Vale ressaltar que, de acordo com a cláusula nona, II (e-f. 53) – obrigações do contratante – o Poder Concedente se obrigou a “cumprir fielmente todas as determinações constantes do Edital, e seus Anexos, bem como a legislação a que se subordina o presente contrato conforme previsto na sua Cláusula Primeira.”

Ressaltando-se que o estudo preliminar de viabilidade “onde se apresentam os parâmetros básicos utilizados na avaliação preliminar da exploração comercial da Garagem Subterrânea do Teleporto/RJ, que serviram de referência para a fixação dos parâmetros econômicos do Edital” (e-f. 108), integra o Anexo I – termo de referência do edital em comento, assim como as especificações e projetos técnicos.

Inexistindo dúvida que o Estudo Preliminar de viabilidade é parte integrante do Edital (art. 6º, IX, c/c 40, § 2º, I, Lei nº 8.666/93), vinculando, portanto, a Administração, *ex vi* art. 41 da Lei de Licitações (“a administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”).

Ademais, vale sublinhar que o estudo preliminar de viabilidade (e-f. 112/114), determina a receita bruta esperada, bem como avalia o lucro operacional líquido estimado. Logo, certamente, gerou no contratado legítima expectativa de lucro, ao menos aproximado ao previsto no referido documento.

Ou seja, o concessionário de uso, certa-

mente, não considerou apenas as vagas existentes no momento de celebração do contrato, mas foi incentivado pelo poder concedente a contratar, pautando-se no potencial aumento da demanda de usuários na região.

Mas não é só!

Do exame das perguntas formuladas na fase de esclarecimentos sobre o conteúdo do edital, destaca-se a resposta à seguinte indagação formulada pelo autor/apelado “não será permitido o estacionamento nas ruas do TeleportolRJ. É correto nosso entendimento?” (e-f. 64), *in verbis*: A Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro continuará em sua política de reordenamento dos espaços públicos, coibindo o estacionamento irregular em toda a Cidade, particularmente na área do TeleportolRJ, face à característica urbana diferenciada que ali se busca implantar”. (e-f. 65).

Daí que, independentemente do número de vagas existentes à época da celebração do contrato, a atuação do Município do Rio de Janeiro, seja através dos elementos de informações constantes do estudo de viabilidade, seja pela resposta expressa afirmando o reordenamento dos espaços públicos, proibindo estacionamentos irregulares, gerou legítima expectativa no concessionário de que seriam efetivamente proibidos os estacionamentos irregulares ou clandestinos na região e que haveria a expansão do local com natural crescimento de sua utilização e, por consequência, aumento da demanda de usuários do Crafpark.

Todavia, tal expectativa restou frustrada, incidindo precisamente sobre a confiança depositada no Município, concernente ao planejamento divulgado, estudo de viabilidade e resposta prestada à indagação formulada pelo autor quanto à coibição aos estacionamentos irregulares.

Por oportuno, transcreve-se lição doutrinária referente à proteção da confiança em relação a atos da administração pública, *ipsis litteris*:

“Quando o Estado promove uma licitação, fomenta uma atividade econômica, realiza concursos públicos, exerce o poder de polícia, intervém na propriedade privada ou realiza outras medidas que lhe são próprias, ele é capaz não só de criar, mas também de frustrar expectativas legítimas. Embora o administrador público deva, no exercício das suas funções, possuir uma ampla liberdade para conformar a vontade popular, ele também deverá respeitar as expectativas legítimas dos particulares. Seja através da edição de atos normativos, ou da elaboração de atos com efeitos concretos, sua atuação não pode comprometer a confiança que o particular depositou no Estado.” (DE ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói/RJ: Impetus, 2009, p. 170)

Impende, assim, assegurar a proteção compensatória da confiança, compreendida como o dever do Estado de ressarcir os prejuízos decorrentes da frustração de expectativas nele legitimamente depositadas pelos cidadãos.

Neste sentido:

“A proteção da confiança ou das expectativas legítimas, no que diz com a função administrativa do Estado, segundo SOREN SCHONBERG, pode ser vislumbrada numa tríplice perspectiva: a) de um lado, tem-se a proteção procedimental da confiança ou das expectativas legítimas, consubstanciada na necessidade de uma atividade administrativa processualizada, em que se assegure a participação dos destinatários da função administrativa; b) de outro lado, tem-se a proteção compensatória da confiança, compreendida como o dever do Estado de ressarcir os prejuízos

decorrentes da frustração de expectativas nele legitimamente depositadas pelos cidadãos; c) por fim, destaca-se a proteção substancial ou material da confiança, cujo significado pode ser sumarizado como sendo um conjunto de normas jurídicas que visam à manutenção e à estabilização das relações jurídicas emergentes da ação administrativa do Estado, em face de expectativas que, por razões especiais, apresentam-se legítimas e, assim, dignas de proteção”.

(MAFFINI, Rafael. **Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro**, 2005.

Disponível: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/5220>. Acesso em 10/03/2007)

Em sentido semelhante:

“Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em princípio da segurança jurídica quando designam o que prestigia o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, e em princípio da proteção à confiança, quando aludem ao que atenta para o aspecto subjetivo. Este último princípio (a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos”.

(COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica - proteção à confiança - no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União - Lei nº 9.784/99. RPGE PORTO ALE-

GRE/RS V. 27 Nº 57 Supl., 2003)

Citando-se, novamente, VALTER SHUENQUENER DE ARAÚJO, *in verbis*:

“Dentre as medidas cabíveis para a preservação dos interesses do titular de uma confiança, figura a proteção por meio da recomposição do prejuízo sofrido em razão da supressão de uma expectativa legítima. Trata-se da proteção compensatória.

Uma vez que o interesse do particular a ser garantido através do princípio da proteção da confiança é dotado, usualmente, de um caráter patrimonial, é possível que a manutenção do ato estatal seja substituída por uma compensação em valor correspondente ao da respectiva perda. Toda autoridade estatal deve honrar as expectativas que cria com suas declarações ou, ao menos, compensar a pessoa afetada pela perda sofrida da confiança.”

(DE ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O Princípio da Proteção da Confiança**. Niterói/RJ: Impetus, 2009, pp. 230-231)

Ademais, há uma garantia mínima de que o particular irá auferir lucro com a concessão, sendo isso inerente à exploração de atividade econômica pela iniciativa privada. O que não há propriamente é quantificação exata do lucro a ser obtido, diante das variações próprias do mercado, mas existe uma garantia mínima, ainda que implícita, de que a atividade é lucrativa. Caso contrário, o particular dificilmente se habilitaria para o processo licitatório ou, se o fizesse, incluiria na proposta o custo de eventos meramente potenciais. Sendo mais vantajoso para a Administração a contratação da menor proposta possível.

A propósito:

“A equação econômico-financeira delinea-se a partir da elaboração do ato convocatório. Porém, a equação se firma no instante em que a proposta é apresentada. Aceita a proposta pela Administração, está consagrada a equação

econômico-financeira dela constante. A partir de então, essa equação está protegida e assegurada pelo Direito”.

“Se a proposta consignava margem de lucro muito elevada, a Administração poderia tê-la desclassificado por excessiva.

Se não o fez e homologou o resultado, reconheceu formalmente a vantajosidade dela”.

(JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, pp. 747 e 749)

Por outro lado, objetivando solucionar a questão, o autor apresentou requerimento administrativo, bem como encaminhou correspondências à Superintendência do Patrimônio da Secretaria Municipal de Fazenda e à CET-RIO, além de e-mails, reclamando da proliferação de estacionamentos irregulares e clandestinos, conforme demonstram os documentos que instruem à inicial. Inexistindo dúvida que toda e qualquer medida com vistas a coibir a proliferação de estacionamentos irregulares competia à Municipalidade no exercício do seu poder de polícia.

Nesta seara, impõe-se destacar que o poder de polícia, no dizer de CAIO TÁCITO, “é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais.” Sendo elaborado por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO um conceito que põe em evidência a característica de instrumentalidade, *in verbis*: “denomina-se polícia à função administrativa que tem por objeto aplicar, concreta, direta e imediatamente, as limitações e os condicionamentos legais ao exercício de direitos fundamentais, compatibilizando-os com interesses públicos, também definidos na ordem jurídica, tendo como finalidade possibilitar uma convivência social ordeira e valiosa. Neste conceito, o necessariamente pretendido atendimento de

valores convivenciais, expressando a sua transcendental dimensão axiológica, estende-se a qualquer campo da convivência humana em que ações ou omissões individuais possam prejudicar específicos interesses públicos, como, predominantemente o são, a segurança, a salubridade, o decoro e a estética, ou mesmo outros, que a lei venha expressamente a precatar por meio desse instrumento jurídico da função de polícia”.(NETO MOREIRA, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 438)

Sendo certo que compete ao poder público a tarefa de dar condições àquele que vai explorar determinada atividade, de fazê-lo de forma plena e adequada. Ou seja, mais especificamente no caso dos autos, competia ao Município do Rio de Janeiro coibir o estacionamento irregular na área de exploração da concessão de uso.

Isso porque ao particular não é concedido o direito de adoção das providências que são próprias e exclusivas do ente federado. Sendo no caso vertente impossível ao concessionário organizar e administrar o espaço público, função eminentemente do Município. Do que decorre a necessidade de intervenção do poder concedente para o pleno exercício da atividade empresarial concedida.

Ademais, a questão *sub judice* foi objeto de processos administrativos (Processo nº 041119.050/1996 e PA 04/551.851/2005), objetivando a revisão do contrato de concessão de uso.

Todavia, na seara administrativa, em que pese ter sido reconhecido o desequilíbrio contratual (parecer da PGMRJ, a e-f. 280/282), foi condicionado à comprovação efetiva dos prejuízos (e-f. 285). Sendo que, a e-f. 371/374, decidiu-se que, *in verbis*: “O desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de cessão de uso e exploração de próprio municipal somente

se configura quando se identifique a ocorrência de eventos excepcionais e imprevisíveis que subvertam o equilíbrio originário do pacto”. Não logrando êxito o autor/apelado na solução administrativa da contenda.

Sendo que no processo nº 2006.001.035151-6, igualmente proposto por Crafipark Estacionamento Ltda em face de Município do Rio de Janeiro e outros, objetivando compelir a Municipalidade a combater e eliminar os estacionamentos clandestinos ou irregulares localizados nas proximidades da região do Teleporto, a utilização de área próxima com a mesma destinação em logradouros públicos, de forma regular ou irregular, assim também, em imóveis privados ou da edilidade, foi proferida sentença de improcedência do pedido, confirmada na Apelação Cível nº 0029944-35.2006.8.19.0001, transitada em julgado e interposto Agravo em REsp nº 16.899, foi negado provimento, consoante se verifica da seguinte ementa:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 16.899 - RJ (2011/0087743-7) (f) RELATOR : MINISTRO CÉSAR ASFOR ROCHA AGRAVANTE: CRAFIPARK ESTACIONAMENTO LTDA. - ADVOGADO: SAMANTHA OLIVEIRA RODRIGUES

AGRAVADO: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO - PROCURADOR: LUIZ ROBERTO DA MATA E OUTRO(S) AGRAVADO: COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO - CET RIO ADVOGADO: JORGE CASTAING D'OLIVEIRA E OUTRO(S)

AGRAVADO: EMPRESA MUNICIPAL DE VIGILÂNCIA S/A GUARDA MUNICIPAL - PROCURADOR: JOSÉ ROBERTO DE MEDEIROS E OUTRO(S)

#### DECISÃO

Agrava-se de decisão que negou seguimento a recurso especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea “a”, da CF, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do

Rio de Janeiro, assim ementado:

“OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSTRUMENTO DENOMINADO CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO, TENDO COMO OBJETO A EXPLORAÇÃO E GESTÃO ADMINISTRATIVA DE ESTACIONAMENTO. AÇÃO VISANDO COMPELIR OS RÉUS A COIBIR O ESTACIONAMENTO IRREGULAR EM ÁREA NO ENTORNO DO TELEPORTO, EM RAZÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO CELEBRADO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. AGRAVOS RETIDOS CONTRA A DECISÃO QUE REJEITOU PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E INÉPCIA DA INICIAL. REITERADOS EM CONTRARRAZÕES AO RECURSO, QUE NÃO MERECEM PROSPERAR, DAÍ A SUA REJEIÇÃO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO. RAZOÁVEL COMPREENSÃO DOS FATOS E DO PEDIDO. NO MÉRITO, AUSÊNCIA DE CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE EM FAVOR DO CONCESSIONÁRIO PARA A EXPLORAÇÃO DE VAGAS DE ESTACIONAMENTO NA REGIÃO. FISCALIZAÇÃO EXERCIDA PELO ENTE MUNICIPAL REPRIMINDO CONDUTAS IRREGULARES DE TRÂNSITO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO NO SENTIDO DE AUTORIZAR A CIRCULAÇÃO E O TRÂNSITO DE VEÍCULOS NO MUNICÍPIO, BEM COMO, OS LOCAIS DESTINADOS À GUARDA E ESTACIONAMENTO, OBSERVADA A CONVENIÊNCIA E A OPORTUNIDADE, CONSIDERANDO AS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS EM CADA REGIÃO ABRANGIDA, BEM COMO, A LEGALIDADE, NÃO CABENDO AO JUDICIÁRIO, NESSAS HIPÓTESES, INTERFERIR NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DE DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO QUE DEVE SER VEICULADA EM DEMANDA AUTÔNOMA. MANUTENÇÃO DA SOLUÇÃO

DE 1º GRAU. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO” (f. 780).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados conforme ementa de f. 792.

O agravante alega ofensa aos arts. 535, II, do CPC e 54 e 66 da Lei nº 8.666/1993, sob o argumento de existência de omissão no aresto recorrido e desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois que o Município restou obrigado pelo contrato a combater a instalação e funcionamento de estacionamentos clandestinos ou irregulares na área direta de atuação do estacionamento implantado pela ora agravante.

Requer, assim, o provimento do recurso.

Não prospera o inconformismo.

Inicialmente, quanto ao art. 535 do CPC, não subsiste a alegada ofensa. Os embargos declaratórios foram rejeitados pela inexistência de omissão, contradição ou obscuridade, tendo o Tribunal *a quo* dirimido a controvérsia, embora de forma desfavorável à pretensão do agravante, o que não importa em ofensa à referida regra processual. No tocante aos demais artigos, na hipótese dos autos, o acolhimento da pretensão recursal demandaria necessariamente a análise de cláusulas contratuais, tarefa que não se viabiliza em sede de recurso especial, a teor do verbete nº 5 da Súmula desta Corte.

Diante disso, nego provimento ao agravo. Publique-se.

Brasília, 12 de agosto de 2011.

MINISTRO CÉSAR ASFOR ROCHA

Relator

(Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA, 19/08/2011)

Todavia, inexistindo identidade de objeto entre aquela obrigação de fazer e a presente demanda revisional do contrato, não resta configurada, portanto, coisa julgada material.

No caso vertente, acertadamente, a sentença ora guerreada entendeu ser “devida a compensação econômica do contratado, visan-

do restabelecer o equilíbrio financeiro inicialmente ajustado entre as partes”, acolhendo o Laudo Pericial (e-f. 544/583).

A prova pericial (laudo de e-f. 544/583 e esclarecimentos de e-f. 882/923 e 994/1000) corrobora o entendimento de que a receita bruta obtida na operação do estacionamento ficou abaixo do estimado pelo Estudo de Viabilidade Econômico-Financeiro. Esclarecendo o Perito que: “A receita bruta está diretamente atrelada à taxa de ocupação” (e-f. 902). Verificando-se que houve queda da taxa de ocupação e, conseqüentemente, da receita bruta.

Transcreve-se:

“De agosto de 1997 até junho de 2001 as receitas brutas efetivamente auferidas pela operação do estacionamento se mostraram ligeiramente inferiores ao estabelecido no estudo de viabilidade, apresentando percentual médio a menor de 6% (seis por cento).

De julho de 2001 até fevereiro de 2005, as receitas brutas auferidas pela operação do estacionamento se mostraram consideravelmente inferiores ao estabelecido no estudo de viabilidade, apresentando percentual médio a menor de 38% (trinta e oito por cento).

No período final do estudo, ou seja, de março de 2005 a março de 2007, as receitas brutas auferidas pela operação do estacionamento se mostraram drasticamente inferiores ao estabelecido no estudo de viabilidade, apresentando percentual médio a menor de 58% (cinquenta e oito por cento)”. (e-f. 999/1000)

Merecendo colação, por oportuno, a conclusão do *expert*, trazendo o valor adotado pelo Juízo *a quo* (f. 885 dos autos – resposta 4.21 – quesito do autor):

Entendemos que a única forma de se quantificar o prejuízo que a autora suportou é

a diferença entre o que efetivamente faturou e o que era esperado pelo Estudo de Viabilidade, devendo ser abatido das diferenças mensais o percentual de tributos de 12% (doze por cento) conforme EVEF.

Não há que se falar em descontos de outras despesas operacionais e administrativas pois estas já foram suportadas pela autora no decorrer da operação, visto que as mesmas não apresentam relação direta com o faturamento, pois independem da quantidade de veículos estacionados no período e conseqüentemente não sofrem impacto diante de elevação ou redução do faturamento.

Assim, elaboramos a Tabela II, anexa, como a diferença existente entre a receita Bruta obtida na operação do estacionamento e o estimado pelo EVEF de todo o período contratual, abatidos 12% a título de tributos que deveriam ser recolhidos sobre as receitas.

Elaboramos a tabela II, anexa, como a diferença existente entre a receita bruta obtida na operação do estacionamento e o estimado pelo Estudo de Viabilidade Econômico-Financeiro de todo o período contratual, abatidos 12% a título de tributos que deveriam ser recolhidos, onde apuramos a diferença acumulada de R\$ 3.091.215,78 (três milhões, noventa e um mil, duzentos e quinze reais e setenta e oito centavos), em março de 2007.

Logo, não há dúvidas de que o laudo adotou exatamente o parâmetro que deveria ter sido aplicado, no caso, o Estudo de Viabilidade.

Acresça-se que o autor juntou, na inicial, o Estudo de Ocorrência de Quebra de Equilíbrio Econômico do Contrato, elaborado pela SETAPE Assessoria Econômica, demonstrando que: “De fato, os preços reais praticados ficaram muito abaixo dos preços previstos no Estudo Prévio de Viabilidade, parte do Termo de Referência anexo ao Edital de Concorrência Pública nº CN-02/96 que regulou a concessão do empreendimento”. (f. 292)

Nesse contexto, reputa-se rompido o equilíbrio econômico-financeiro por culpa da Administração Municipal. E, ainda que não conste expressamente no contrato de concessão a obrigação de o Município do Rio de Janeiro combater os estacionamentos clandestinos e irregulares, assiste razão ao autor quando alega que existe um dever legal de organização do espaço público, aliado à justa expectativa de que o poder concedente, ao outorgar a concessão administrativa ao particular para exploração da atividade de estacionamento, não irá realizar, estimular permitir ou tolerar a concorrência desleal no local.

Sustentação esta que é corroborada pelo estudo de viabilidade e expressa manifestação da Municipalidade de que procederia a reorganização do espaço urbano, conforme acima examinado.

No que concerne à sucumbência, verifica-se do exame inicial que foram formulados os seguintes pedidos, *in verbis*:

“Em face do exposto, até o julgamento definitivo da lide, com o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, requer-se a concessão de antecipação dos efeitos da tutela, a fim de que o Município se abstenha de praticar qualquer conduta arbitrária, ilegítima e despida de razoabilidade como a emissão de nota de débito e cobrança de supostos débitos correspondentes à remuneração mensal mínima, que agravam ainda mais a lastimável situação provocada pelo Poder Público Municipal. Ao final, requer-se, além da confirmação da antecipação de tutela, a suspensão da remuneração mínima mensal até o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou a recomposição dos danos e prejuízos gerados pelo Município e sofridos pela autora no curso da execução do contrato administrativo, compensando-se os prejuízos causados à autora com

a remuneração mensal em aberto. Requer-se, outrossim, a condenação do Município do Rio de Janeiro no pagamento de indenização à autora, a ser apurada em perícia judicial, pelos prejuízos e danos a esta causados em razão do descumprimento contratual. Isto porque o Município além de não ter implementado o Complexo Teleporto nos moldes e cronograma previstos, não combateu e não combate os estacionamentos irregulares e clandestinos nas cercanias de sua sede administrativa, fatos esses que causaram substancial redução da demanda prevista para o estacionamento da autora, que foi obrigada a reduzir preços, e consequentemente sua receita”.

A sentença recorrida julgou a lide nos termos do seguinte dispositivo:

Em face do exposto, na forma do art. 269, I, do CPC, julgo parcialmente procedente o pedido para condenar o réu a pagar à parte autora o valor expressado no laudo pericial de f. 857/898, de R\$ 3.091.215,78 (três milhões e noventa e um mil e duzentos e quinze reais, e setenta e oito centavos), abatidos 12% a título de tributos, compensando-se em fase de liquidação de sentença com as remunerações devidas pela autora e não adimplidas, tudo acrescido da correção monetária e dos juros de mora, na forma da Lei nº 9.494/97, a partir da citação.

Julgo improcedente, também na forma do art. 269, I, do CPC, o pedido de reparação de prejuízos pela não implementação do projeto original do Teleporto e para o ressarcimento das despesas iniciais com obras para instalação dos serviços, eis que previstas no edital de concorrência.

Julgo, ainda, extinto sem resolução do mérito, na forma do artigo 267, VI, do CPC, os pedidos de cumprimento de obrigação de não fazer deduzidos na cautelar e na principal.

Consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs 4.357/DF e 4.425/DF, a correção monetária e os ju-

ros de mora incidentes sobre as condenações da Fazenda Pública observam os índices determinados na redação originária do artigo 1-F da Lei nº 9.494/97 até 29/06/2009, aplicando-se, a partir de então, na forma da Lei nº 11.960/2009, o índice oficial da remuneração básica das cadernetas de poupança de 30/06/2009 a 25/03/2015, data da decisão do Pretório Excelso, e a partir de então, o índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) para fins de correção monetária, em conjunto com os índices aplicáveis para remuneração das cadernetas de poupança, a título de juros remuneratórios.

Condeno o réu, mais, a reembolsar à autora as despesas do processo e a pagar-lhe honorários de advogado, os quais arbitro em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), na forma do artigo 20, § 4º, do CPC.

Decorrido o prazo para os recursos voluntários, subam os autos ao E. Tribunal (CPC, art. 475, I).

Note-se que não se trata de hipótese de sucumbência mínima, visto que, inobstante o julgamento de parcial procedência do pedido “para condenar o réu a pagar à parte autora o valor expressado no laudo pericial de f. 857/898, de R\$ 3.091.215,78 (três milhões e noventa e um mil e duzentos e quinze reais, e setenta e oito centavos), abatidos 12% a título de tributos, compensando-se em fase de liquidação de sentença com as remunerações devidas pela autora e não adimplidas, tudo acrescido da correção monetária e dos juros de mora, na forma da Lei nº 9.494/97, a partir da citação”, houve também a extinção sem resolução do mérito dos pedidos de cumprimento de obrigação de não fazer deduzidos na cautelar e na principal, além do julgamento de improcedência do pedido de reparação de prejuízos pela não implementação do projeto original do Teleporto e para o ressarcimento das despesas iniciais com obras para instalação dos serviços, eis que previstas no edital de

concorrência.

Restando, portanto, caracterizada a sucumbência recíproca nos termos do art. 21 do CPC/73 (“se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas”) aplicável ao tempo da propositura da ação.

À conta de tais fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao primeiro recurso e dar parcial provimento ao segundo apelo, para reconhecer a sucumbência recíproca, determinando o rateio das despesas e compensação de honorários advocatícios.

Rio de Janeiro, 07 de junho de 2017.

**DES. MARIA ISABEL PAES GONÇALVES**  
Relatora

**DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTO. SUS. NOTAS FISCAIS FRAUDULENTAS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. INDISPONIBILIDADE TOTAL DE BENS. RECURSO IMPROVIDO. VOTO VENCIDO.**

**Processual Civil. Ação Civil Pública. Deferimento de liminar. Empresa fornecedora de medicamentos. Indisponibilidade de ativos financeiros deferida. Possibilidade. Existência de fortes indícios da prática de ato ímprobo. *Periculum in mora* presumido.**

**Nos termos da Súmula nº 59 desta Corte de Justiça, somente se reforma a decisão concessiva de antecipação de tutela se teratológica, contrária à lei ou à prova dos autos. Nas ações de Improbidade Administrativa, é presumido o *periculum in mora*, o que justifica a indisponibilidade de bens para garantir o ressarcimento ao**

**erário dos danos que lhe foram causados. A responsabilidade dos causadores dos danos, nas ações civis públicas por improbidade administrativa, é solidária até o final da instrução processual, a partir de quando será apurada a participação de cada um dos réus. Recurso improvido. Efeito suspensivo revogado. Prejudicado o julgamento do agravo interno.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0029404-38.2016.8.19.0000, em que é Agravante X e Agravado Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro,

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, revogando o efeito suspensivo deferido no arq. 22, julgando prejudicado o agravo interno, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal que dava parcial provimento ao Agravo Interno e provimento integral ao Agravo de Instrumento.

Cuida-se de agravo de instrumento, vergastando decisão proferida em Ação Civil Pública que deferiu a liminar que determinou a indisponibilidade dos bens do recorrente, até o limite do valor dado à causa (R\$ 10.956.498,97).

Aduz a empresa recorrente que: 1) por se tratar de demanda que versa sobre distribuição de medicamentos a pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS), a competência para processar e julgar a presente demanda é da Justiça Federal; 2) não pode ser tolhida de seus bens, em razão dos compromissos sociais, tributários e trabalhistas que possui; 3) o bloqueio imposto pela decisão recorrida implica em impossibilidade de arcar com os pagamentos dos tributos e das remunerações de seus

empregados; 4) a decretação da indisponibilidade dos bens deve observar o devido processo legal; 5) pretende apenas que seja afastada a indisponibilidade dos seus ativos financeiros, a fim de que possa manter sua atividade comercial; 6) todas as mercadorias constantes das notas fiscais foram entregues; 7) não há provas de que houve sequer tentativa de dilapidação do patrimônio da agravante.

Ao final requer o provimento do recurso para que seja afastada a indisponibilidade de seus créditos a receber, liberando as contas bancárias.

Foi deferido o efeito suspensivo conforme decisão do arq. 22.

A juíza prestou informações, dando conta da manutenção da decisão recorrida, conforme ofício do arq. 176.

A Procuradoria Geral de Justiça interpôs agravo interno (arq. 301) em face da decisão que deferiu o efeito suspensivo aduzindo que o efeito suspensivo só deve ser deferido em casos excepcionais, desde que comprovado a possibilidade de dano inverso, apenas a demonstração de fortes indícios da prática do ato improbo é suficiente para decretação da indisponibilidade dos bens, o que restou demonstrado nos autos. Aduz, ainda, que, muito embora tenha sido requerida apenas a liberação dos ativos financeiros, a decisão agravada liberou todos os bens da empresa recorrente e que a jurisprudência admite a penhora de até 5% do faturamento da pessoa jurídica. Prossegue narrando que as notas fiscais eram fraudulentas e os medicamentos não foram entregues.

Ao final requer a reconsideração da decisão agrava ou o julgamento do recurso pelo Órgão Colegiado.

O Ministério Público apresentou contrarrazões aduzindo que: 1) não há nos autos qualquer elemento que afaste a competência do juízo estadual para processar e julgar a demanda; 2) forma demonstrados os requisitos para decretação da indisponibilidade dos bens, que tem por objetivo garante o ressarcimento do dano sofrido pelo erário público; 3) nestes casos o perigo da demora é presumido; 4) não há risco de irreversibilidade da medida, bastando apenas de determinação judicial para liberação do patrimônio; 5) não se opõe ao desbloqueio dos ativos financeiros para possibilitar a continuidade do exercício das atividades empresariais.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso, apenas para liberar os ativos financeiros.

Foram apresentadas contrarrazões ao agravo interno, conforme arq. 361.

Despacho deste Relator no sentido de que o agravo interno será julgado em conjunto com o mérito do recurso (arq. 373).

A Procuradoria Geral de Justiça, oficiando conforme arq. 374, recomendou o conhecimento e improvimento do recurso.

O recurso é adequado e tempestivo.

### Voto

Com efeito, não cabe ao segundo grau de jurisdição a revisão da decisão interlocutória que aprecia a concessão de antecipação de tutela, salvo se exorbitante, ilegal, teratológica ou contrária à prova dos autos, o que, apesar do inconformismo do agravante, não se vislumbra na espécie.

Entendimento, aliás, amparado na Súmula nº 59 desta Corte de Justiça:

“Súmula nº 59 - Somente se reforma a de-

cisão concessiva ou não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos.”

Nesse contexto, a outorga ou não da medida constitui ato de *officium iudicis* adstrito ao juízo discricionário do magistrado da causa proferida para uma situação de perigo de morosidade (*pericolo di tardività*, segundo CALAMANDREI), gerador de risco de dano irreparável ou de difícil reparação para o direito substancial da parte.

Analisando os autos, verifica-se que o pedido recursal se restringiu à liberação dos ativos financeiros da empresa, a fim de que possa continuar com suas atividades e cumprindo suas obrigações sociais, tributárias e civis.

O Ministério Público, ao apresentar contrarrazões, não se opôs a tal pedido.

No entanto, entendo que tal pretensão não possa ser atendida.

Isto porque, em se tratando de Ação de Improbidade Administrativa, a indisponibilidade dos bens tem por objetivo ressarcir os prejuízos causados ao erário.

Nestas circunstâncias, não há necessidade de comprovar eventual intenção de dilapidação patrimonial.

Isto porque, pelo sistema criado pela Lei n.º 8.429/92 está implícito o *periculum in mora*, daí a possibilidade de constrição patrimonial para garantir o ressarcimento do dano, em caso de procedência da ação.

Sobre o tema, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, em recurso submetido ao rito dos Recursos Repetitivos:

PROCESSUAL CÍVEL E ADMINIS-

TRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI Nº 8.429/1992, QUANTO AO *PERICULUM IN MORA* PRESUMIDO. MATÉRIA PACIFICADA PELA COLENDIA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido, em virtude de imputação de atos de improbidade administrativa (Lei n.º. 8.429/1992).

2. Em questão está a exegese do art. 7º da Lei n.º 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário.

3. A respeito do tema, a Colenda Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Relator para acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (DJe de 21/09/2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes (Recurso Especial 1.256.232/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 19/09/2013, DJe de 26/09/2013; Recurso Especial 1.343.371/AM, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 18/04/2013, DJe de 10/05/2013; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 197.901/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, Agravo de Instrumento n.º 29404-38/2016- Acórdão - f. 8 julgado em 28/08/2012, DJe 06/09/2012; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 20.853/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma,

julgado em 21/06/2012, DJe de 29/06/2012; e Recurso Especial 1.190.846/PI, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe de 10/02/2011) de que, “(...) no comando do art. 7º da Lei nº 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual ‘os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível’. O *periculum in mora*, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei nº 8.429/92. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do *periculum in mora* (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido”.

4. Note-se que a compreensão acima foi confirmada pela referida Seção, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso

Especial 1.315.092/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 07/06/2013.

5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o *periculum in mora* encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa.

6. Recursos especiais providos, a que restabelecida a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos.

7. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução nº 8/2008/STJ. (REsp nº 1.366.721/BA Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO Relator p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 26/02/2014. Data da Publicação/Fonte DJe de 19/09/2014 RSTJ vol. 241 p. 45)

Desta forma, a alegação de que o arresto determinado pelo juízo de origem implicaria em prejuízo para o funcionamento da empresa, não pode prevalecer sobre a necessidade de ressarcimento dos danos causados ao erário pela utilização da própria empresa, cuja continuidade empresarial se alega estar ameaçada.

Em relação à alegação de que não foi mensurado o valor do dano causado pela agravante, não lhe assiste razão.

Isto porque estamos diante de uma responsabilidade solidária das empresas que causaram danos ao erário, que persiste até o final

da instrução processual, quando será apurado o dano causado por cada um dos réus.

Neste sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RESSARCIMENTO DE DANOS CAUSADOS POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM PRECEDENTES DESTA CORTE. ATRACÇÃO DA SÚMULA Nº 83/STJ. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 7/STJ. FUNDAMENTO INEXISTENTE NA DECISÃO AGRAVADA. DISSOCIAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA Nº 284/STF. IMPOSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO DE FUNDAMENTOS.

1. Cuida-se originariamente de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público contra ex-prefeitos, em decorrência de contratação, pela Prefeitura Municipal de Ouro Verde, de servidores sem a observância do art. 37, inciso II, da CF com repasse à empresa Aproverde - Associação dos Produtores Rurais de Ouro Verde, durante os anos de 1997 a 2004, sob a forma de subvenção, da importância de R\$ 416.662,06.

2. O Tribunal de origem, soberano na análise dos fatos, entendeu que houve a prática de ato de improbidade administrativa e consignando, ainda, a responsabilidade solidária dos envolvidos pela reparação dos danos, entendimento albergado pela jurisprudência desta Corte.

3. Nos casos de improbidade administrativa, a responsabilidade é solidária até a instrução final do feito, momento em que se delimita a quota de responsabilidade de cada agente para a dosimetria da pena.

4. A decisão agravada nada afirmou acerca da incidência, *in casu*, do óbice contido na Súmula nº 7/STJ, o que resulta em dissociação

entre as razões do agravo regimental e da decisão. Assim, o conhecimento do recurso encontra óbice na Súmula nº 284/STF.

5. A apresentação tardia, pelos agravantes, de teses e questionamentos não abordados em recurso especial representa inovação, vedada no âmbito do agravo regimental.

Agravo regimental conhecido em parte e improvido.

(AgRg no REsp nº 1314061/ SP Relator Ministro HUMBERTO MARTINS Órgão Julgador T2 - Segunda Turma Data do Julgamento 02/05/2013 Data da Publicação/Fonte DJe de 16/05/2013)

Ademais, a apuração da exata participação da agravante no dano necessita de dilação probatória, que não pode ser feita nesta via recursal.

Quando à alegação de que não há nos autos provas de que praticou os alegados atos ímprobos, não assiste razão ao recorrente, tendo em vista que há fortes indícios nos autos, e no inquérito civil, de que parte da medição adquirida não foi entregue.

Desta forma, conforme o REsp. n.º 1.366.721/BA acima citado, não se exige prova inequívoca da prática do ato, mas apenas fortes indícios de sua existência, caso contrário estar-se-ia exigindo um juízo de certeza para concessão de uma medida cautelar.

Por tais motivos, voto no sentido de negar provimento ao recurso, revogando o efeito suspensivo deferido no arq. 22 e julgar prejudicado o agravo interno.

Outrossim, ao agravante é facultado requerer, perante o juízo de 1º grau, e esse apreciará livremente a destinação de seus recursos financeiros, com o intuito de prover a continuidade da atividade empresarial, levando em consideração o Magistrado, se o caso, as necessidades ordinárias correspondentes e,

desde que, substanciais importâncias não hajam sido transferidas pela empresa recorrente no período iniciado com o inquérito civil até a data do exame da formulação respectiva.

De outro lado, poderá o julgador de 1º grau, igualmente, se assim entender justificado, delimitar o *quantum* indisponível, em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, considerando a totalidade dos valores determinados como ressarcíveis ao erário, após devidamente apurados, bem como, o eventual prejuízo carreado pela agravante, uma vez que a responsabilidade de cada uma delas no processo é distinta, havendo solidariedade apenas em relação a estas e seus sócios.

Rio de Janeiro, 29 de agosto de 2017.

**DES. LINDOLPHO MORAIS MARINHO**  
Relator

#### VOTO VENCIDO

Peço vênia à douta maioria para discordar, parcialmente, do voto vencedor, em razão de entender que o recurso merecia parcial provimento.

Ao teor dos autos, a atuação do Ministério Público, de início, foi motivada pela ineficácia da política pública de assistência à saúde populacional de Barra Mansa, em especial quanto à disponibilização de medicamentos, revelando-se no excessivo número de demandas judiciais veiculando esse pleito, patrocinadas em sua maioria pela Defensoria Pública Estadual, que noticiou tal fato; no curso da apuração dos fatos, foi formulada denúncia de que haveria no âmbito da administração municipal, atuação ilícita de seus agentes, em conluio com empresas fornecedoras de medicamentos, de que resultaria prejuízo ao erário público.

Conforme o documento incluso no anexo 4 do processo principal (f. 03/04), que guarda correspondência àquele a f. 734/738 (arquivo eletrônico 719), denúncia que também motivou a instauração de comissão processante no poder legislativo municipal, o senhor Mario Rodrigues Costa Neto afirmou que “as empresas Y. e X. enviam notas fiscais com valores exorbitantes para serem atestadas no setor de almoxarifado da secretaria de saúde, sendo que o medicamento sequer é entregue de fato, sempre sob a mesma alegação de que foram entregues em outros lugares, sem a indicação de qual o destino da entrega. A farmácia alega que até o final de 2015 trabalharam com o estoque de 2013. A pouca quantidade de medicamentos, quando entregue, quase sempre estão com o prazo de validade próximo de vencimento, informação esta que pode ser confirmada nos postos de saúde que estão com medicamentos vencidos em seu poder, pois, mesmo sendo poucos, chegam a vencer e têm o seu fornecimento suspenso, porque já chegam nos dias de vencer o prazo de validade. Os medicamentos vencidos que são levados para o parque da cidade, são remanejados constantemente, a fim de burlar a fiscalização, tanto por parte do Ministério Público Estadual, como por parte do Poder Legislativo Municipal e do Conselho Municipal de Saúde. Outro ponto importante a se destacar é que o nosso sistema de controle, chamado de Gestão Pública, RPS, encontra-se “travado” desde dezembro de 2015, não sendo possível fazer o fechamento. A partir daí, o controle é feito de forma manual, o que possibilita aos seus operadores agirem de forma arbitrária. Desta forma, as entradas das notas fiscais não batem com as de saída e muitas das vezes solicitam que sejam feitas entradas e saídas sem ao menos ver a mercadoria ou saber quem a recebeu em outro lugar. Assim, sem controle, os fornecedores de pequeno porte, que entregam corretamente as mercadorias, não conseguem receber e os de maior porte, que nunca entregam as mercadorias, recebem

em dia. Neste tópico, conforme f. 79/94, dos documentos anexos, são notas fiscais que constam no sistema como empenhos pagos antes mesmo de ter sido emitida nota de entrada no sistema, sendo materiais não entregues ao almoxarifado e que foram pagos sem abertura de processo licitatório, e pior, o processo se encontra no almoxarifado para ser montado e já aparece como pago no sistema.”

As informações da referida denúncia foram corroboradas pelos elementos de convicção juntados aos autos, especificamente no que se refere à existência de divergência entre o que constava nas notas fiscais encontradas pela fiscalização e os medicamentos estocados e distribuídos aos centros de atendimento de saúde.

No relatório do grupo de apoio aos promotores de justiça (f. 824/829 – arquivo eletrônico 799), relativo à diligência de fiscalização, efetivada em 28/04/2016, nas instalações do almoxarifado, farmácia popular e demais órgãos da secretaria de saúde do município de Barra Mansa, consignou-se que a quantidade de materiais constantes das notas fiscais encontradas diferiam daqueles constantes do estoque do almoxarifado e das unidades de atendimento de saúde, além de haver medicamentos sem qualquer documentação de origem e de movimentação interna.

A declaração da farmacêutica Ana Cláudia Botelho Pacheco de Oliveira, servidora municipal ouvida pelo Ministério Público (f. 1566 – arquivo eletrônico 1534), foi no sentido de que as tabelas em que se baseou o Ministério Público correspondem à totalidade dos medicamentos distribuídos pela farmácia no período em referência, desconhecendo a aquisição de outros medicamentos, em quantidades superiores e informando que, comumente, os medicamentos entregues pelo almoxarifado chegam à farmácia popular sem notas de saída,

para conferência e recebimento.

Ao teor dos autos, as notas fiscais emitidas pela empresa Y e pela empresa X foram firmadas pelo servidor incumbido do recebimento dos medicamentos no almoxarifado – procedimento padrão adotado no Município de Barra Mansa – atestando a conferência e recebimento da totalidade dos medicamentos e insumos, sendo certo que a sentença proferida na ação criminal a que responde o referido servidor, foi fundamentada no sentido da existência de evidências da prática de atos ilícitos no âmbito da Administração Municipal, inobstante a absolvição do réu, por falta de provas de sua participação.

Nesse contexto, colhe-se, de fato, fortes indícios da ocorrência de fraude, o que justifica a decretação da medida determinada pelo Juízo *a quo*, qual seja, a indisponibilidade de bens dos réus, para garantir o ressarcimento ao erário público, no caso de condenação.

Ainda assim, considerando-se que a indisponibilidade decretada fora sobre a totalidade dos bens dos réus, justifica-se o acolhimento parcial do recurso, de modo a que se libere os ativos financeiros do agravante, permitindo-lhe o indispensável para a continuidade de suas atividades, tendo em vista a relevância social da preservação da empresa.

Colhe-se na jurisprudência do TJRJ:

0010792-86.2015.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO Des(a). MARIA HELENA PINTO MACHADO - Julgamento: 14/05/2015 - QUARTA CÂMARA CÍVEL.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECISÃO QUE DECRETOU A INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO AGRAVANTE. DELIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO AGRAVANTE EM PECÚNIA DEVE SER ANALISADA PELO JUÍZO *A QUO*. A ANÁLISE, EM

SEDE RECURSAL E, NESTE MOMENTO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL, ENSEJARIA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DESBLOQUEIO DA CONTA BANCÁRIA DA EMPRESA EIS QUE VITAL PARA A GESTÃO E CONTINUIDADE DE ATIVIDADE EMPRESARIAL. MANTINHA A INDISPONIBILIDADE DOS DEMAIS BENS IMÓVEIS E MÓVEIS. - Cumpre salientar que ação civil pública é um instrumento processual que tem por escopo a proteção do patrimônio público, a repressão de atos de improbidade administrativa ou atos lesivos, ilegais ou imorais. - Nesse sentido, a prática ou não do ato lesivo ao patrimônio público deve ser analisada após minuciosa e adequada instrução probatória de juízo de cognição exauriente. - Em relação à delimitação de valores como pretendido em fase recursal, não foi alvo de análise inicial pelo Juízo de 1º grau, o que importa, pois em inviabilidade de análise do pedido deduzido *in casu*. Recurso parcialmente provido.”

Convém notar, ademais, que nas contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público (f. 330/344), subscritas pelo mesmo Procurador que firmou a inicial da ação de improbidade a que se vincula o recurso em análise, o agravado manifestou-se no sentido de não se opor à liberação dos ativos financeiros necessários à continuidade das atividades da empresa, ante a sua função social.

Pelo exposto, o voto é no sentido de dar parcial provimento ao recurso, reformando em parte a decisão agravada, para que a indisponibilidade de bens decretada não alcance os ativos financeiros do agravante, de modo a assegurar-lhe a continuidade de suas atividades empresariais, persistindo a restrição sobre os demais bens, inclusive imóveis.

Rio de Janeiro, 29 de agosto de 2017.

DES. CARLOS JOSÉ MARTINS GOMES

Vogal

**IDOSO. ACIDENTE VASCULAR ENCEFÁLICO. EMERGÊNCIA DA SITUAÇÃO. NECESSIDADE DE TRANSFERÊNCIA DE HOSPITAL PARTICULAR PARA HOSPITAL PÚBLICO. TUTELA ANTECIPADA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. AUSÊNCIA DE VAGAS NA REDE PÚBLICA. ATUAÇÃO ADEQUADA DO PODER PÚBLICO E DO HOSPITAL PRIVADO. NÃO OCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS. VOTO VENCIDO.**

**Apelação. Ação de obrigação de fazer e indenizatória. Atendimento emergencial, feito em hospital privado. parte autora que não conseguiu vaga em hospital público. demanda, ajuizada com vistas a obtenção de transferência de paciente de hospital particular para hospital público. Liminar, deferida. Sentença, que confirmou a decisão, que deferiu a antecipação de tutela, determinando que, o Município e o Estado do Rio de Janeiro providenciassem a transferência do paciente com imediata internação em hospital da rede pública ou de rede particular com a devida estrutura para lhe atender, às expensas dos entes federativos. Apelo do autor. Dano moral, não caracterizado. Agilidade no cumprimento da decisão. Ausência de prejuízo. Recurso do hospital privado. Pretensão de reembolso com as despesas médicas do autor deve ser pleiteado pela via própria. Estado do Rio de Janeiro. Rejeição do agravo retido. Irresignação do estado acerca da ilegalidade do custeio da internação em rede privada, por não ser instituição filantrópica com participação complementar ao SUS, formalizada através de contrato ou convênio. Irresignação do município, sob argumento de ser necessária a inclusão da união no polo passivo da demanda, além de prejuízo do interesse público e separação entre poderes. Alegações que não merecem prosperar diante do bem maior que é a vida.**

**Desprovemento dos recursos.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0487036-90.2012.8.19.0001, em que são Apelantes 1: S.V.A. e Hospital Dr. Balbino Ltda e Apelados: Os Mesmos, Município do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro.

Acordam os Desembargadores que compõem a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na sessão de julgamento, por unanimidade, negar provimento ao recurso do primeiro apelante (S.) e, por maioria, negar provimento ao recurso do segundo apelante (Hospital Balbino), vencidos os Desembargadores BENEDICTO ABICAIR e Des. TERESA DE ANDRADE, que proviam a apelação do hospital.

Trata-se de ação, pelo rito ordinário, proposta por S.V.A., devidamente representado por P.H.V.A., em face do Estado do Rio de Janeiro, do Município do Rio de Janeiro e Hospital Dr Balbino Ltda., objetivando sua transferência, com urgência, para hospital da rede pública, bem como, a condenação ao fornecimento de quaisquer tratamentos que se fizerem necessários e ao pagamento de indenização pelos danos morais, sofridos. O autor narra em sua inicial que possui 91 anos de idade e estava internado na emergência do Hospital Balbino, com quadro sugestivo de “acidente vascular encefálico - AVE”, com indicação de internação em unidade de terapia intensiva - UTI, devido o risco de morte e instabilidade hemodinâmica. Aduz que não tem condições financeiras de arcar com os valores, cobrados a título de internação na UTI do nosocômio do terceiro réu, ora apelante, e que, por outro lado, os médicos que o assistem não lograram êxito em transferi-lo para um hospital da rede pública de saúde que possua a estrutura e os aparatos necessários ao tratamento do seu quadro, devido a ausência de vagas. Requereu a concessão da antecipação dos efeitos da tutela

para condenar os réus na obrigação de fazer, consistente na remoção da autor, por meio de ambulância adequada ao seu quadro clínico, para internação em UTI de um hospital da rede pública estadual ou municipal de saúde, e apto a realizar os exames e tratamentos médicos necessários ao restabelecimento de sua saúde, incluindo o fornecimento de todos os medicamentos e procedimentos necessários, devendo o terceiro réu ser obrigado a manter o autor internado nas suas dependências em UTI e, recebendo o tratamento adequado até a efetivação da transferência, tudo às expensas dos dois primeiros réus (Município do Rio de Janeiro e Estado do Rio de Janeiro), e na hipótese de inexistência de vagas na rede pública de saúde, requer a internação em UTI no Hospital Balbino, às expensas dos dois primeiros réus. Por fim, requer a condenação dos réus ao pagamento da indenização no valor, não inferior a 60 salários-mínimos, a título de danos morais.

Decisão em sede de plantão judiciário em f. 20/22 deferindo a antecipação dos efeitos da tutela.

Decisão em f. 39v., deferindo a gratuidade de justiça e, determinando a citação.

O Estado do Rio de Janeiro interpôs agravo retido contra decisão que determinou a transferência imediata do autor, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ao argumento de desproporcionalidade da multa. Aduz pela impossibilidade de custeio de internação em unidade privada de saúde quando existirem vagas na rede pública, afirmando ser ilegítima a pretensão para atuação estatal na concessão de crédito para financiamento de entidades privadas. Acrescenta que, ainda que a rede pública de saúde não fosse suficiente para garantir a cobertura assistencial à população, o que não se configura no caso, não caberia ao autor, ao hospital privado, ou mesmo ao Poder Judiciário, escolher a unidade da rede privada para

a qual o paciente deve ser encaminhado, e na qual receberá tratamento médico. Que o artigo 24, parágrafo único da Lei nº 8.080/90, prevê a participação complementar da iniciativa privada quando as disponibilidades do SUS forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, sendo que ela deverá ser expressamente formalizada por contrato ou convênio, observadas, sempre, as normas de direito público. Ainda, os valores de reembolso do parceiro privado são estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) e aprovados no Conselho Nacional de Saúde, não sendo dado à rede privada apresentar sua fatura, impondo o pagamento das despesas que, unilateralmente, arbitrou. É esta a inteligência do art. 26 da Lei nº 8.080/90. Diante do exposto, mostra-se essencial a reforma da decisão no que concerne à internação da paciente em hospital privado às custas do Poder Público, tendo em vista não se tratar de instituição filantrópica com participação complementar ao SUS, formalizada através de contrato ou convênio, mormente se considerarmos o exíguo prazo, conferido aos réus para fins de efetivação da transferência, pleiteada.

Contestação do primeiro réu a f. 166/182.

Contestação do segundo réu a f. 53/66.

Contestação do terceiro réu a f. 73/132.

Sentença a f. 193/198, julgando parcialmente procedentes os pedidos, condenando os réus, solidariamente, a realizarem a transferência e internação, pleiteadas em unidade hospitalar adequada a atender as necessidades de saúde do autor, em nosocômio da rede pública ou, no caso de ausência de vagas, em hospital da rede privada às expensas destes, fornecendo os meios necessários ao seu tratamento, incluindo os medicamentos.

Irresignado, a parte autora interpôs apela-

ção, a f. 200/203, objetivando a reforma parcial da sentença, alegando que os danos morais decorrem da recusa de internação e, portanto, devem ser providos.

O terceiro réu, Hospital Dr. Balbino Ltda, apresentou recurso de apelação, somente com intuito de obter o pagamento das despesas médicas, realizadas com o autor, através de arresto, com bloqueio *on line* nas contas dos entes públicos da quantia de R\$ 9.034,42 (nove mil, trinta e quatro reais e quarenta e dois centavos), referente à soma total dos gastos que devem ser arcados pelo Estado/Município e posterior transferência para a conta do Hospital apelante.

Contrarrrazões do Município do Rio de Janeiro a f. 239/244, pelo desprovimento dos apelos.

Contrarrrazões do Estado do Rio de Janeiro a f. 245/257, em que requer o julgamento e provimento do agravo retido e a improcedência da apelação da autora.

Contrarrrazões do Hospital Dr. Balbino a f. 266/273, pelo desprovimento do recurso da autora.

### Voto

Inicialmente, destaco que se aplicam ao caso as regras de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, considerando que o recurso foi interposto anteriormente à vigência do novo Código de Processo Civil. Todavia, o processamento e julgamento do presente recurso observará as regras do novel diploma processual, em estrita observância ao art. 14 do CPC, bem como do enunciado administrativo nº 2 do STJ, *in verbis*:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais

praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada

Enunciado administrativo número 2: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Preliminarmente, considerando que o apelado Estado do Rio de Janeiro requereu o conhecimento do agravo retido em suas contrarrazões de f. 252/257, conheço o recurso, interposto a f. 67/72.

Naquela oportunidade, requereu o ente estatal a reforma da decisão agravada no que concerne à internação do paciente em hospital privado às custas do Poder Público, tendo em vista não se tratar de instituição filantrópica com participação complementar ao SUS, formalizada através de contrato ou convênio.

Ocorre que é inescusável que o Estado se negue a prestar o direito à saúde dos seus administrados em razão da ausência de vagas em seus hospitais ou, ainda, em função da impossibilidade de pagar a internação nos hospitais particulares. Vale ressaltar que o paciente tinha 91 anos de idade e sua internação no hospital privado ocorreu por extrema necessidade para salvar a sua vida. Dessa forma, a emergência da situação impunha a manutenção do paciente no hospital em que estava internado, enquanto não fosse realizada a transferência para um hospital da rede pública. Nesse sentido:

0014366-63.2011.8.19.0031 – APELAÇÃO - DES. INÊS DA TRINDADE - Julgamento: 23/05/2014 – Sexta Câmara Cível - APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

MUNICÍPIO DE MARICÁ E ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PARTE AUTORA ASSISTIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RÉUS CONDENADOS A PROCEDEREM A INTERNAÇÃO E TRATAMENTO DO DEMANDANTE EM HOSPITAL DA REDE PÚBLICA OU, EM CASO DE IMPOSSIBILIDADE, NA REDE PARTICULAR DE SAÚDE. MUNICÍPIO CONDENADO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO VALOR DE R\$ 300,00. INCONFORMISMO DE TODAS AS PARTES. LEGITIMIDADE DOS ENTES ESTATAIS. GARANTIA CONSTITUCIONAL PREVISTA NOS ARTS. 6º, 196 E 198 DA CF. SOLIDARIEDADE DOS ENTES ESTATAIS - SÚMULA Nº 65 DO TJRJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM CONSONÂNCIA COM A SÚMULA Nº 182 DESTA EGRÉGIA CORTE. PARTICIPAÇÃO COMPLEMENTAR DOS SERVIÇOS PRIVADOS DE SAÚDE ARTIGOS 24 E 25 DA LEI Nº 8.080/1990. INOPONIBILIDADE. NEGADO SEGUIMENTO AOS RECURSOS, COM FULCRO NO ARTIGO 557, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

0175838-32.2012.8.19.0001 – APELAÇÃO - DES. LEILA ALBUQUERQUE - Julgamento: 24/07/2014 - Décima Oitava Câmara Cível - APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO PARA INTERNAÇÃO. Autor narra que seu contrato de plano de saúde prevê atendimento ambulatorial por apenas 12 horas e pede sua condenação na obrigação de interná-lo até que Estado e Município providenciem sua remoção para rede pública de saúde. Pretende, também, que o nosocômio o compense por danos morais. O Estado sustenta a responsabilidade exclusiva da operadora de plano de saúde; a impossibilidade de custeio de internação na

rede privada; a necessidade de participação complementar da iniciativa privada quando a rede pública for insuficiente. Impossibilidade de questões orçamentárias e normas administrativas se sobrepor aos bens maiores da vida e da saúde. O fato de o autor ser associado ao plano de saúde Memorial não exclui sua condição de hipossuficiente, eis que a cobertura do plano contratado é ambulatorial, o que permite a adesão de pessoas de renda modesta. A aplicação de multa diária ao ente público como forma de compeli-lo a garantir a saúde do cidadão se mostra perfeitamente viável. Recurso ao qual se nega seguimento.

Rejeito, assim, o agravo retido, mantendo a decisão combatida.

Em relação a proporcionalidade da multa, houve perda do objeto, uma vez que o autor recebeu alta do hospital privado antes da intimação da decisão liminar pelo Estado do Rio de Janeiro.

Os recursos do autor e do Hospital Dr. Balbino são tempestivos e também merecem ser conhecidos por estarem presentes os demais requisitos de admissibilidade.

No mérito, não assiste razão ao autor, ora apelante, uma vez que não se verifica, na hipótese em tela, a ocorrência de danos morais.

Com efeito, o autor formulou dois pedidos em sua inicial, o primeiro, objetivando o cumprimento da obrigação de fazer e o segundo, de indenização por danos morais.

O primeiro, diante da obviedade e da grande probabilidade de morte, tinha que ser resolvido o mais rápido possível, em sede de cognição sumária e antecipada.

A decisão, proferida no mesmo dia da distribuição da inicial, deferiu a tutela antecipada

e determinou a transferência para rede pública e, enquanto isso, o Hospital Dr. Balbino manteria o paciente internado em seu nosocômio.

Com efeito, através de informações, prestadas através das f. 51/52, 66 e 182, o Município do Rio de Janeiro e Estado do Rio de Janeiro comunicaram que, ao dar cumprimento à decisão judicial, foram informados que o autor tinha sido transferido da unidade de terapia intensiva para a enfermaria e, posteriormente, recebeu alta do Hospital Dr. Balbino, no dia 21/12/2012.

No tocante ao pedido indenizatório, não se questiona, aqui, o desconforto, o sofrimento e a angústia de quem está acometido de doença grave e necessita de medicamentos ou tratamento urgente e contínuo para manter a saúde e a vida.

É certo que houve dificuldades, enfrentadas pela parte autora para obter internação em hospital público em unidade adequada e necessária ao tratamento de sua enfermidade, tendo, para tanto, que buscar a tutela jurisdicional.

Aliás, tal circunstância, por si só, não é capaz de gerar danos aos direitos da personalidade do autor.

É de se constatar que, o atuar do Poder Público e do nosocômio, ainda que, determinado por decisão judicial, deu-se de forma efetiva e célere, sem importar em dano ou piora do quadro clínico do paciente, tanto que ele obteve o tratamento em hospital privado e obteve alta cinco dias após a decisão liminar.

Com efeito, é preciso destacar a dificuldade, enfrentada pelo poder público em manter leitos suficientes e capazes de atender prontamente à demanda de toda a população.

Certo que, há uma limitação a ser considerada, quer orçamentária, quer material.

Como se vê, a não obtenção imediata de uma vaga adequada, na hipótese, não pode ser tida por violadora aos direitos da personalidade da parte autora, sendo certo que, o poder público prestou, dentro de seus limites, a assistência necessária à parte autora.

Sobre o tema, vejamos:

0205491-79.2012.8.19.0001 – APELAÇÃO - DES. MÔNICA DE FARIA SARDAS - Julgamento: 07/11/2013 - Vigésima Primeira Câmara Cível - Apelação Cível. DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO. AUTOR ACOMETIDO DE MENINGITE MENINGOCÓCICA. NECESSIDADE DE TRANSFERÊNCIA E INTERNAÇÃO EM UTI PEDIÁTRICA. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. APELO DO AUTOR. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. APELOS DOS RÉUS. TAXA. ISENÇÃO. 1. Não obstante ter sido necessário, na hipótese, novo pedido e nova decisão determinando a internação, já que a primeira transferência e internação, em 29/05/2012, se deu para a UI (unidade intermediária) da emergência do Hospital Estadual Carlos Chagas, a demora suportada não acarretou piora em seu quadro clínico, sendo certo que quando do cumprimento da nova decisão judicial, em 30/05/2012, a criança encontrava-se bem, nos termos do atestado médico. 2. Não se pode ignorar a dificuldade enfrentada pelo ente público em manter leitos suficientes capazes de atender prontamente à demanda de toda a população. A avaliação dos transtornos psicológicos suportados por cidadão a necessitar de atendimento do sistema público de saúde, portanto, deve ser mais rigorosa, diante das notórias limitações, principalmente, orçamentárias, dos entes públicos. 3. Assim, a não obtenção pronta e imediata de uma vaga adequada, na hipótese, não pode ser tida por violadora aos direitos da personalidade do autor. 4. Ausência de configuração de dano moral a ser ressarcido. 5. Reforma para isentar o Estado e a

Municipalidade do pagamento da taxa judiciária. Negativa de provimento ao recurso do autor e provimento dos recursos dos réus.

0388338-83.2011.8.19.0001 – APELAÇÃO - DES. ADEMIR PIMENTEL - Julgamento: 20/09/2013 – Décima Terceira Câmara Cível - Processual Cível. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. TRANSFERÊNCIA E INTERNAÇÃO EM CARÁTER DE URGÊNCIA PARA HOSPITAL PÚBLICO OU PARTICULAR. OBRIGAÇÃO DO ESTADO (GÊNERO). DIREITO À VIDA. MANUTENÇÃO DA MULTA DIÁRIA. VALOR RAZOAVELMENTE FIXADO NA SENTENÇA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. RECURSOS AOS QUAIS SE NEGA SEGUIMENTO, COM ESPEQUE NO ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Precedente do colendo Supremo Tribunal Federal; II - Quanto à pretensão de afastamento da multa, sabe-se que se trata de meio coercitivo utilizado pelo Juízo para cumprimento da decisão e com relação ao elevado valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) fixado na decisão, verifica-se que foi reduzido na sentença para R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) ao dia, valor que não se mostra excessivo e merece ser mantido; III - Com relação ao pleito indenizatório, não vislumbro no presente caso a ocorrência de qualquer situação ofensiva à dignidade do autor capaz de ensejar reparação por dano moral, principalmente, levando-se em conta que foi realizada a transferência e a internação, sem qualquer dano à integridade física do autor; IV - Recurso aos quais se nega seguimento com espeque no artigo 557, do Código de Processo Civil.

Da mesma forma, o Hospital Dr. Balbino prestou assistência médica necessária ao paciente de forma eficiente, salvando-lhe a vida, o que afasta a sua responsabilidade civil.

Em relação ao recurso do Hospital Dr. Balbino, pretende o réu a reforma da sentença, apenas para condenar os corréus ao pagamento das despesas decorrentes da internação.

Entende o réu, que a decisão liminar, ao reconhecer o direito do apelante ao reembolso, deveria se sobrepor a decisão recorrida. Dispôs a liminar, *in verbis*:

“Assim, na forma da Resolução nº 02/2010 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, para determinar aos dois primeiros réus a transferência do autor e sua internação em hospital da rede pública municipal ou estadual com suporte em UTI, bem como a utilização de todos os medicamentos, exames, tratamentos e procedimento médicos necessários ao restabelecimento da autora, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), limitada inicialmente a 07 dias; em caso de ausência de vagas na rede pública hospitalar, determino a imediata transferência em UTI móvel e internação em hospital particular com UTI, a expensas dos dois primeiros réus, sem prejuízo da configuração, em tese, do crime de desobediência. Determino ao terceiro réu que proceda a internação do autor em UTI, dispensando-lhe tratamento adequado até a efetivação da transferência do requerente, tudo a expensas dos dois primeiros réus. Em total e absoluta impossibilidade de cumprimento, deverá o médico responsável pela central de vagas responder ou encaminhar ao médico assistente o questionário que segue...”

Ao apresentar contestação, o réu não ofereceu reconvenção com vistas a obter o ressarcimento dos valores gastos com o autor no

período em que ficou internado (15/12/2012 e 21/12/2012), de modo que o pedido de reembolso deve ser pleiteado em ação própria, não podendo, esta Colenda Câmara, fazer valer a decisão liminar, no lugar da sentença.

Pelo exposto, voto pelo desprovemento dos recursos.

Rio de Janeiro, 01 de fevereiro de 2017.

**DES. CLAUDIA PIRES DOS SANTOS FERREIRA**  
Relatora

#### VOTO VENCIDO

Acompanho a Desembargadora Relatora em seu voto, divergindo apenas quanto ao reembolso das despesas realizadas pelo hospital particular com a internação do paciente.

Com efeito, houve provimento judicial, proferido em antecipação de tutela, determinando ao Hospital Dr. Balbino Ltda. a internação do autor em UTI, dispensando-lhe tratamento adequado até a efetivação da transferência do requerente, tudo às expensas dos dois primeiros réus.

É o texto:

Assim, na forma da Resolução nº 02/2010 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, para determinar aos dois primeiros réus a transferência do autor e sua internação em hospital da rede pública municipal ou estadual com suporte em UTI, bem como a utilização de todos os medicamentos, exames, tratamentos e procedimento médicos necessários ao restabelecimento da autora, sob pena de multa diária de R\$10.000,00 (dez mil reais), limitada inicialmente a 07 dias; em caso de ausência de vagas na rede pública hospitalar, determino a imediata transferência

em UTI móvel e internação em hospital particular com UTI, a expensas dos dois primeiros réus, sem prejuízo da configuração, em tese, do crime de desobediência.

Determino ao terceiro réu que proceda a internação do autor em UTI, dispensando-lhe tratamento adequado até a efetivação da transferência do requerente, tudo a expensas dos dois primeiros réus.

A internação anterior à liminar não sobriga o Poder Público de arcar com os custos do procedimento, já que a demora para a realização do procedimento levaria a óbito o paciente.

Ademais, o paciente já se encontrava com necessidade de internação, mas não conseguia transferência para a rede pública, por falta de vaga, tendo que permanecer internado às expensas do hospital particular, sendo necessária a intervenção judicial para que lhe fosse garantida a permanência no nosocômio que prestou o socorro imediato ou a transferência para vaga pública.

Em tese, sem a formalização do contrato ou convênio não há a obrigação do Poder Público em suportar despesas com tratamento médico fora da rede pública de saúde.

Todavia, se a obrigação imposta ao Hospital Particular deriva de comando judicial, impossível onerar a Apelada com o custeio do tratamento, por isso tem este direito ao reembolso das despesas, ainda que não conveniada ao Sistema Único de Saúde, por ser daqueles a obrigação constitucional de prestar assistência médica a todos os cidadãos.

O fato do nosocômio receber o paciente antes de determinada a remoção ou assunção das despesas não exime os Apelantes da obrigação de pagar porque deriva do comando judicial que impôs a eles suportarem as despesas

médicas se não receberem o paciente.

Quanto à aplicação da tabela do SUS, a impossibilidade reside no fato de não haver convênio entre as partes e na absoluta ausência de prova quanto aos valores praticados com lastro na referida tabela.

No mesmo sentido:

0362045-42.2012.8.19.0001 - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 1ª Ementa - DES. HENRIQUE DE ANDRADE FIGUEIRA - Julgamento: 19/08/2014 - Quinta Câmara Cível - ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE COBRANÇA. TRATAMENTO MÉDICO PRESTADO EM HOSPITAL PARTICULAR. Ação de cobrança das despesas médicas despendidas pelo Autor no tratamento de paciente considerando decisão judicial irrecorrida que condenou os Réus a internarem o paciente ou suportarem as despesas com internação em hospital particular. Os asentes públicos têm o dever constitucional e legal de prestarem assistência à saúde da população, sendo de todo impertinente transferir esta obrigação a terceiro. Se o tratamento médico prestado pela entidade privada deriva de decisão judicial que imputa aos réus o dever de pagar as despesas médicas, subsiste a responsabilidade destes no reembolso. Ausência no caso dos autos de violação ao princípio da separação dos Poderes, porque cabe ao Poder Judiciário, se provocado, intervir diante de lesão ou ameaça ao direito à dignidade da vida humana. Impossível adotar os preços praticados pela tabela do SUS porque não existe convênio celebrado pelas partes nem prova nos autos quanto ao valor desses serviços. A pessoa jurídica de direito público vencida na lide responde pelas despesas processuais, inclusive taxa judiciária, como dispõe o artigo 20 do Código de Processo Civil. Recursos desprovidos, confirmada a sentença em reexame necessário.

Inconcebível, ao meu sentir que o Hospital particular, por atender a uma ordem judicial, seja punido ao ter de percorrer a trilha do judiciário, através de ação própria, para se ver ressarcido.

Por tais razões, votei vencido no sentido de dar provimento ao recurso do Hospital Dr. Balbino Ltda, determinando o reembolso das despesas decorrentes do comando judicial deferido em antecipação de tutela e confirmado em sentença.

Rio de Janeiro, 01 de fevereiro de 2017.

**DES. BENEDICTO ULTRA ABICAIR**

#### VOTO VENCIDO

Votei conforme o voto divergente.

Apenas tenho a acrescentar que os valores apresentados pelo hospital, que não é vinculado ao SUS, são compatíveis com a internação, não se tendo observado exagero na cobrança.

O desprovimento do apelo do hospital cria um ônus excessivo e um perigoso precedente, na medida em que tende a estimular o descumprimento de ordens judiciais de internação em hospital da rede particular e verdadeiro enriquecimento sem causa do Estado. Não é crível que os hospitais particulares assumam agora a obrigação do Estado, tornando-se verdadeiros entes filantrópicos, por força de cumprimento de decisões judiciais. Não se pode ignorar que os hospitais são empresas com intuito de lucro, não podendo o Estado repassar seu dever constitucional aos particulares. Independentemente da posição política pessoal do julgador, a Constituição da República estabelece um estado democrático de direito e este Estado preza os valores sociais do

trabalho e da livre iniciativa, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Se de um lado o Estado assumiu o dever de prestar saúde, como estabelece o seu art. 196, *in verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

De outro ela determina o respeito não apenas a livre iniciativa, como coloca entre os direitos fundamentais o da propriedade, *vide*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Não se está dizendo que a imposição de ação própria para a cobrança, está impondo a gratuidade do trabalho desempenhado, porém, aqui o particular não optou por contratar com o Estado, ele se viu obrigado a prestar serviços, em condição de emergência e por imposição de decisão judicial. Impor a ação de cobrança

e recebimento via precatório, é colocá-lo em situação de extrema desvantagem e gerar desequilíbrio para as suas finanças, podendo até comprometer a continuação do seu negócio.

Infelizmente, no momento em que atravessa o Estado do Rio de Janeiro e seus Municípios, esta situação tende a se agravar e até a saúde particular, neste caminhar poderá sofrer descontinuação.

Pensando na harmonização dos direitos aqui sopesados, entendo que quando o particular fica como verdadeiro *by-stander* da situação de calamidade que o Estado colocou seus cidadãos e a saúde, em particular, arrastado a uma lide que sequer é parte, deve receber de imediato pelos serviços prestados, via inclusive arresto nas contas pública, quando não houver pagamento voluntário.

Por todos estes motivos, votei divergente.

Rio de Janeiro, 01 de fevereiro de 2017.

**DES. TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES**  
Revisora

**INDENIZAÇÃO. DANO AMBIENTAL. SCALA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. POLUIÇÃO SONORA. INCÔMODO AO REPOUSO DE VÁRIAS FAMÍLIAS. PRÉDIO DEMOLIDO. PERDA DO OBJETO. CONTROVÉRSIA SOBRE DANO AMBIENTAL. PROVA UNILATERAL. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.**

**Apelação. Obrigação de Fazer c/c. Indenização. Dano ambiental. SCALA. Primeiro pedido extinto sem exame do mérito, pela perda superveniente de objeto, enquanto o segundo foi julgado improcedente.**

**I - R. Sentença prolatada em 22/05/15,**

**enquanto que a Apelação foi manejada em 21/09/15. Julgamento do recurso quando já em vigor o novel Código de Processo Civil. Aplicação por analogia do Enunciado Administrativo n.º 2 do STJ.**

**II - Pedido indenizatório fulcrado em laudos elaborados por Empresa ligada à Prefeitura. Prova unilateral, sem obedecer ao crivo do contraditório e o mais conexo.**

**III - Apesar de deferida a perícia, a sua conclusão restou inviável, frente à demolição do imóvel onde a ré exercia suas atividades.**

**IV - Companhia Municipal de Energia e Iluminação elucidou não ficou caracterizada a incidência de valores acima do nível permitido pela legislação vigente.**

**V - Não comprovado o fato constitutivo do direito perseguido, consistente no dano ambiental, impende à improcedência da pretensão indenizatória. Exegese do inciso I do artigo 333 da antiga Lei de Ritos Civil, aplicável à ocasião.2**

**VI - Precedentes deste Colendo Sodalício, como transcritos na fundamentação. R. Sentença ultimando por julgar improcedente a pretensão reparatória merecendo prestígio.**

**VII - Recurso que se apresenta manifestamente improcedente. Aplicação do caput do art. 557 do CPC de 1973 c/c art. 31, inciso VIII do Regimento Interno deste E. Tribunal. Negado Seguimento.**

#### DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de Apelação Cível nº 0133280-89.2005.8.19.0001, em que é Apelante Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Apelada Churrascaria Santos Anjos Ltda.

O Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública em face da Churrascaria Santos Anjos Ltda, alegando, em síntese, como causa de pedir:

1) que recebeu uma representação pugnando por adoção de medidas para cessar a poluição sonora decorrente das atividades da ré, causando graves prejuízos à ordem pública, impedindo o repouso de várias famílias, o que foi comprovado em sede de Inquérito Civil;

2) que as razões acima motivaram e propositura, objetivando a interdição temporária das atividades da suplicada que envolvam sonorização, com pedido de liminar neste particular, requerendo, ainda, a sua condenação em danos ambientais e de executar tratamento acústico no local.

R. decisão, a f. 185/186, concedendo a tutela antecipada, o que foi reformada pelo V. Acórdão de f. 287/290.

Contestação, a f. 208/216, sustentando, em resumo, que a reclamação oferecida ao Ministério Público se trata de implicâncias de alguns Síndicos e Administradores de Condomínios, aduzindo, ainda, que não restou comprovado o alegado dano ambiental.

R. sentença, a f. 348/349, julgando extinto o feito sem exame do mérito em relação ao pleito obrigacional e improcedente a pretensão indenizatória.

Apelação do autor, a f. 351/364, visando à reforma do r. julgado, sustentando, em suma, que, em se tratando de dano ao meio ambiente, a responsabilidade civil é objetiva e solidária, bastando demonstrar o nexo causal, o dano e a sua existência, sendo certo que a poluição sonora provoca efeitos nocivos à saúde.

Fluiu, *in albis*, o prazo legal, sem que o réu apresentasse contrarrazões, conforme certificado pela Serventia a f. 367.

É o relatório.

Fundamento e decido.

Cuida-se de Ação de Obrigação de Fazer c/c. Indenização por dano ambiental, restando o primeiro pedido extinto sem exame do mérito, enquanto o segundo foi julgado improcedente, seguindo apelação do Ministério Público autor.

*Ab initio*, relevar notar que a r. decisão objurgada foi proferida em 22/05/15, enquanto que a apelação foi manejada em 21/09/15, isto é, antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, de modo que o juízo de admissibilidade e o julgamento deste recurso deve levar em consideração as regras insculpidas no CPC/1973, aplicando-se por analogia o Enunciado Administrativo n.º 2 do STJ, *in litteris*:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Elucide-se que a pretensão de Obrigação de Fazer perdeu o seu objeto, vez que durante o trâmite processual o imóvel em lide foi demolido, limitando-se a controvérsia quanto à ocorrência do alegado dano ambiental.

Enfatize-se que o pedido indenizatório é fulcrado em laudos elaborados por Empresa ligada à Prefeitura e se trata, assim, de prova unilateral sem obedecer ao crivo do contraditório e o mais conexo.

Apesar de deferida a prova técnica, a sua últimação restou inviável, frente à demolição do imóvel onde a ré exercia suas atividades, como informado pelo *expert* a f. 319.

Vale dizer, que em atenção à solicitação do Douto Ministério Público, a Companhia Municipal de Energia e Iluminação esclareceu,

a f. 62, *in verbis*:

“(...) Em atendimento ao solicitado através do Ofício MA 928/97, esclareço que não houve aplicação de sanção ao estabelecimento “Scala Bingo e Scala II”, pois na medição efetuada pela Gerência de Instalações Mecânicas da Riolutz não ficou caracterizada a incidência de valores acima do nível permitido pela legislação vigente.”

Assim, não comprovado o dano ambiental objeto da indenização postulada, impende à improcedência do pedido, sendo desinfluyente a sustentada responsabilidade objetiva.

Neste sentido obra a jurisprudência deste colendo sodalício, *inter plures*:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MEIO AMBIENTE. DIREITO AO SILÊNCIO. POLUIÇÃO SONORA. AUSÊNCIA DE PROVAS DAS ALGAÇÕES AUTORAIS. AUTOR QUE NÃO COMPROVOU OS FATOS CONSTITUTIVOS DO SEU DIREITO A TEOR DO ARTIGO 333, INCISO I, DO CPC. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. Autor que alegou que reside na Rua Clóvis Beviláqua, São Gonçalo, imóvel que se situa em frente ao portão de entrada e saída dos caminhões de bebidas da empresa ré, que possui sede no mesmo logradouro sendo que no nº 285. Insurgiu-se quanto ao barulho que vem sendo obrigado a suportar devido ao movimento dos caminhões, diariamente, a partir das 6h da manhã até o anoitecer. Destacou, ainda, que os funcionários da empresa demandada chegam ao local de trabalho antes das 6h da manhã e em razão da empresa ré não permitir o ingresso dos funcionários antes do início do horário da jornada de trabalho, fica o demandante submetido à oitiva de alto falatório dos empregados, que proferem palavões, além de fazerem uso de cigarros de tabaco e de maconha embaixo de sua janela, o que vem causando transtornos à paz e à tranquilidade do demandante. afirmou que ape-

sar de ter informado à ré sobre todo o ocorrido através da funcionária Rosana, não foi tomada qualquer providência para solucionar os problemas. Aduziu que já tentou resolver a questão diretamente com os funcionários, fornecendo-lhes café da manhã e água, sem sucesso. Alegou que atualmente convive com o medo, sentindo-se ameaçado juntamente com seus familiares. Requereu, portanto, liminar e definitivamente, fosse determinado à empresa ré que franqueasse a seus funcionários o ingresso ao seu estabelecimento antes do início de cada turno de trabalho, sob pena de multa diária de R\$ 500,00. Ao final, postulou a condenação da empresa demandada ao pagamento de indenização a título de danos morais no valor equivalente a 20 (vinte) salários mínimos. Sentença de improcedência. Apelo do autor no sentido da reforma integral do *decisum*. É ônus da parte autora cumprir o disposto no artigo 333, I, do Código de Processo Civil, devendo fazer prova mínima de seu direito. Falta de comprovação do alegado na inicial quanto ao fato de que os prepostos da empresa apelada produziram ruídos em excesso, circunstância que violaria o direito ao silêncio do demandante. Hipótese em que se afiguraria essencial a produção de prova pericial de modo a aferir se restaram ultrapassados os limites estabelecidos na Lei nº 6.938/91, em seu art. 3º, inciso III, alínea e, ou seja, se o barulho contra o qual se insurge o demandante era produzido em desacordo com os padrões ambientais legalmente estabelecidos. Não restou demonstrado se a hipótese seria de poluição sonora ou de simples incômodo restrito aos lindeiros de parede. Ausência de provas que enseja a rejeição dos pedidos autorais, ante a insuficiência probatória do que foi asseverado pelo demandante. Sentença de improcedência que se mantém. Recurso do autor a que se nega seguimento, com fulcro no artigo 557, *caput*, do CPC. (0059826-91.2010.8.19.0004 – Apelação - DES. AUGUSTO ALVES MOREIRA JUNIOR - Julgamento: 03/03/2015 - Oitava Câmara Cível).

DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO POLUIDOR. POLUIÇÃO SONORA. DANOS MORAIS E MATERIAIS INDEVIDOS. Não foram caracterizados os danos materiais e morais pretendidos em razão da poluição sonora causada pelo réu, por ausência de prova efetiva em virtude dos determinados danos. Mesmo assim, há entendimento de que os danos morais não são devidos em sede de ação civil pública em virtude da hipótese versar sobre direitos transindividuais. Recursos aos quais se nega provimento. (0003952-57.2004.8.19.0061 (2006.001.64040) - Apelação - DES. LINDOLPHO MORAIS MARINHO - Julgamento: 28/02/2007 - Décima Sétima Câmara Cível).

Apelação Cível. Ação Civil Pública. Pretensão autoral que se dirige à condenação de concessionária de serviços públicos (CEDAE) a implantar rede de coleta de esgoto sanitário na localidade do Município do Rio de Janeiro e impedir que terceiros lancem esgoto sem tratamento na vala de drenagem, bem como lhe seja imposto o pagamento de indenização por danos ambientais. Solução da controvérsia com base na Lei nº 11.445/07, que estabelece as diretrizes do saneamento básico. O titular do serviço é o ente estatal a quem incumbe elaborar os planos de saneamento básico, isto é, sua atividade está ligada à implantação da política pública de saneamento. O prestador do serviço é aquele que se encarrega da concretização das diretrizes estabelecidas pelo titular. Cabe ao autor comprovar a existência de direito material oponível ao prestador do serviço público nos limites das atribuições que lhe cabem à luz da legislação de regência, isto é, o descumprimento da política pública implantada pelo titular do serviço. Diante da ausência de demonstração do fato constitutivo do direito autoral, a improcedência assentada na origem há de ser referendada. Desprovimento do recurso. 0101325-64.2010.8.19.0001 - Apelação - 1ª

Ementa - DES. PAULO SERGIO PRESTES - Julgamento: 23/03/2016 - Segunda Câmara Cível.

Em suma, não comprovado o fato constitutivo do direito perseguido, como preconizado pelo inciso I do artigo 333 da antiga Lei de Ritos Civil, aplicável a ocasião, nenhum reparo merece a r. sentença, ultimando por julgar improcedente a pretensão reparatória.

Logo, o presente Recurso se apresenta manifestamente improcedente, consoante demonstrado em linhas anteriores, autorizando a aplicação do *caput* do artigo 557 do Estatuto Processual Civil de 1973.

*Ex positis*, e por mais que dos autos consta e princípios de direito recomendam e, considerando a determinação do *caput* do art. 557 do revogado CPC c/c. disposto no art. 31, inciso VIII do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal, nego seguimento ao presente recurso.

Publique-se.

Rio de Janeiro, 11 de julho de 2016.

DES. REINALDO PINTO ALBERTO FILHO  
Relator

**SEGURO DE VIDA. CONTRATO DE ADESÃO. SEGURADO COM DEPRESSÃO. USO DE ENTORPECENTE. OVERDOSE. FALECIMENTO. NÃO OBSERVÂNCIA DE CLÁUSULA DE RISCO. PAGAMENTO DE COBERTURA SECURITÁRIA NÃO EFETUADO. RECURSO NEGADO.**

**Relação de consumo. Seguro de Vida e acidentes pessoais. Ação de conhecimento objetivando as autoras o pagamento de indenização securitária decorrente do fale-**

**cimento de seu filho e pai, respectivamente. sentença que julgou improcedente o pedido inicial. Apelação das autoras. Certidão de óbito na qual consta como causa mortis, overdose por uso de droga inalatória. Segurado que, ao fazer uso de entorpecentes, agravou o risco contratado e veio a falecer em razão da overdose. Indenização securitária que não é devida por ter ficado configurada excludente dos riscos cobertos pelo seguro. Desprovimento da apelação.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos da apelação cível Processo n.º 0002344-45.2011.8.19.0007, em que são Apelantes, Z. C.F. e M.A.D.F. Rep/P/S/Mãe R.C.A.D. e Apelada, Y.

Acordam, por unanimidade de votos, os Desembargadores que compõem a Vigésima Sexta Câmara Cível / Consumidor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em negar provimento a apelação.

Trata-se de ação de conhecimento, proposta por Z. C.F. e M.A.D.F. Rep/P/S/Mãe R.C.A.D., em face de Y, aduzindo, em resumo, que, em decorrência do falecimento do segurado G.L.F., ocorrido em 16/02/2008, são beneficiárias do seguro de vida, apólice n.º 300.100, na proporção de 30% para a primeira Autora (Z.), mãe do de *cujus*, e 70% para a segunda autora (M.), sua filha. Ao final, requereram a condenação da ré ao pagamento do prêmio de R\$ 100.000,00, nas proporções contratadas, além dos ônus da sucumbência.

A sentença (índice 000221) foi prolatada com o seguinte dispositivo:

“Diante do exposto, julgo improcedentes os pedidos e, via de consequência, julgo extinto o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 487, Iº do CPC.

Condeno as autoras ao pagamento das

despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, observando-se o regramento do art. 98, § 3º do CPC.”

Foi interposta apelação pelas autoras (índice 000225), reeditando os termos da petição inicial e aduzindo: que a natureza do contrato de seguro é de adesão, portanto, deve ser aplicado o direito do consumidor em sua interpretação a fim de evitar o desequilíbrio entre as partes; que não foi observado o risco do negócio a ser suportado pela seguradora; que não foi respeitada a boa-fé contratual; que o pagamento do prêmio somente pode ser negado caso o segurado, por conduta voluntária e consciente, haja com intenção de agravar o risco para obter o pagamento do valor contratado; que a intoxicação exógena que levou o segurado a óbito deve ser entendida como um suicídio involuntário, de forma a não constituir agravamento do risco, e que não há prova nos autos de que houve consumo de substância cujos efeitos adversos tenham levado o segurado à morte.

Foram apresentadas contrarrazões pela ré (índice 000246), prestigiando a sentença recorrida.

A Procuradoria de Justiça em atuação nesta Câmara Cível/Consumidor se manifestou pelo desprovimento do recurso (índice 000268).

#### VOTO

Insurgem-se as apelantes contra a sentença que julgou improcedente o pedido por elas formulados de cobrança de indenização securitária por morte de seu filho e pai, respectivamente, que era segurado da apelada.

A relação jurídica existente entre as partes configura relação de consumo e, portanto,

é subsumida aos ditames do Código de Defesa do Consumidor.

A apelada fundamenta sua recusa no fato de ter o segurado praticado ato que agravou o risco, a saber, consumo de drogas, o que ensejaria a aplicação de cláusula excludente do pagamento da cobertura securitária.

Sustentam as apelantes que o segurado contratou o seguro de vida em grupo e/ou acidentes pessoais coletivos (f. 08/13 do índice 000006), pagando em dia as mensalidades, e que, além de tratar-se de contrato de adesão, cujas cláusulas não puderam ser alteradas pelo consumidor, não ficou comprovado que ele tenha agido com dolo, devendo ser equiparado o sinistro ocorrido ao suicídio involuntário, afastando, assim, o alegado de agravamento do risco.

Entretanto, não assiste razão às apelantes, senão vejamos.

Conforme se verifica da apólice de f. 08/13 do índice 000006, foi contratado seguro de vida e acidentes pessoais, em 06/04/2006, sendo o capital segurado de R\$ 100.000,00 para morte acidental e por invalidez por acidente.

O segurado – G.L.F., que sofria de depressão desde 2005 (prontuário médico de f. 148/162v. do índice 000173) e não informou o fato na sua declaração de saúde, veio a falecer, em 16/02/2008, por *overdose*, constando de sua Certidão de Óbito: “*Causa Mortis* Parada Cardiorespiratória. *Overdose* por uso de Droga Inalatória” (f. 07 do índice 000006).

Nas condições gerais do seguro de Acidentes pessoais individual, há diversas informações e conceitos do que seriam por exemplo, “Acidentes Pessoais”, “Apólice”, e, também, sobre as “Garantias do Seguro” e dos “Riscos Excluídos” (f. 08/11 do índice 000006).

Da cláusula 4 – “Riscos Excluídos”, em seu item 4.2, consta, expressamente:

4.2 Além dos riscos excluídos nas alíneas do subitem anterior, estão expressamente excluídos da cobertura de morte acidental e invalidez permanente total ou parcial por acidente os eventos e/ou acidentes decorrentes de:

(...)

c) as perturbações a intoxicações alimentares de qualquer espécie, bem como as intoxicações decorrentes da ação de produtos químicos, drogas ou medicamentos, salvo quando prescritos por médico, em decorrência de acidente coberto;

d) os envenenamentos, ainda que acidentais, por absorção de substâncias tóxicas - ressaltado o disposto na alínea “b” do subitem 1.1.1 – ou entorpecentes; (...)” (f. 9/9v.)

E, da cláusula 3 do documento “Principais características do seguro de acidentes pessoais Clube X”, podemos extrair:

“3. Riscos excluídos

(...)

3.3 Também ficam excluídos os acidentes e/ou eventos ocorrido em consequência:

(...)

b) direta ou indireta de quaisquer alterações mentais compreendidas entre elas as consequentes da ação do álcool, de drogas ou entorpecentes, de uso fortuito, ocasional ou habitual;” (índice 000006)

Desta forma, vindo o segurado a falecer em razão de *overdose* por inalação de substância tóxica, circunstância que enseja a aplicação de cláusula contratual excludente da cobertura securitária, correta a sentença que concluiu pela improcedência do pedido.

Como bem assinalado pelo MM. Juízo *a quo*,

“Dessa forma, estando a *causa mortis* do segurado prevista como risco excluído da garantia assumida pelo réu, a condenação ao pagamento do capital segurado por este representaria violação do princípio do *pacta sunt servanda*, e da literal disposição do art. 757, *caput*, do CC/02, que preconiza ser de obrigação do segurador a garantia do legítimo interesse do segurado, contra os riscos que foram predeterminados pelas partes.

Acrescenta-se que ainda que se considerasse nula a cláusula restritiva em comento, o que não é a hipótese, o fato de o segurado ter consumido substâncias entorpecentes agravou sobremaneira o risco coberto pela apólice, de forma intencional, de maneira que a cobertura securitária também estaria excluída pelo disposto no art. 768 do CC/02.” (f. 186/187 do índice 000221)

Nesse sentido, podem ser citados precedentes deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO FIRMADO PELA FUNDAÇÃO HABITACIONAL DO EXÉRCITO DO QUAL ERA BENEFICIÁRIO O POLICIAL MILITAR FILHO E IRMÃO DAS AUTORAS. SEGURADO QUE É BRUTALMENTE ASSASSINADO COM UM TIRO NA CABEÇA. ELEMENTOS PROBATÓRIOS TRAZIDOS E PRODUZIDOS PELA RÉ QUE DEMONSTRAM QUE A MORTE OCORREU POR EXECUÇÃO DECORRENTE DO ENVOLVIMENTO HABITUAL DA VÍTIMA COM PESSOAS LIGADAS A ATIVIDADES CRIMINOSAS, INCLUSIVE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AGRAVAMENTO SUBSTANCIAL DO RISCO QUE SE FEZ PATENTE, ACARRETANDO A PERDA DA INDENIZAÇÃO. NEGATIVA JUSTIFICADA. PROVIMENTO DO RECURSO. 0031360-93.2015.8.19.0204 - Apelação - 1ª Ementa Des(a). MARIA DA GLÓRIA

OLIVEIRA BANDEIRA DE MELLO - Julgamento: 07/12/2016 - Vigésima Terceira Câmara Cível Consumidor.

APELAÇÃO CÍVEL. RITO SUMÁRIO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. SEGURO DE VIDA. NEGATIVA DE PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO, SOB O ARGUMENTO DE QUE HAVERIA AGRAVAMENTO DO RISCO PELO SEGURADO. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 2º E 3º DO CDC E ARTS. 757 E SEGTES. DO CC. DE FATO, CONFORME PROVAS DOS AUTOS, O SEGURADO TEVE COMO CAUSA DE SUA MORTE “A INTOXICAÇÃO EXÓGENA POR COCAÍNA”. DESSE MODO, TORNA-SE EVIDENTE QUE O RISCO FOI AGRAVADO PELO FALECIDO, JÁ QUE CONSUMIU DROGA ILÍCITA (COCAÍNA), PROVAVELMENTE EM QUANTIDADES EXCESSIVAS, A PONTO DE LEVÁ-LO A ÓBITO. ASSIM, AINDA QUE A RÉ NÃO TENHA TRAZIDO AOS AUTOS O CONTRATO DE SEGURO FIRMADO PELO SEGURADO, COM A CIÊNCIA QUANTO À PERDA DA INDENIZAÇÃO NOS CASOS EM QUE ESTE AGRAVAR O RISCO, TAL SITUAÇÃO ESTÁ PREVISTA EM LEI, MAIS ESPECIFICAMENTE NO ART. 768 DO CC, DE MODO QUE NÃO SE PODE ALEGAR O SEU DESCONHECIMENTO. POR OUTRO LADO, NÃO HÁ COMO SE AFIRMAR QUE O FALECIDO IGNORAVA AS CONSEQUÊNCIAS DO ATO PRATICADO, JÁ QUE É DE SABER NOTÓRIO QUE A COCAÍNA, INGERIDA EM GRANDES QUANTIDADES OU EM CONJUNTO COM DETERMINADAS SUBSTÂNCIAS, PODERIA CAUSAR GRAVES DANOS À SUA SAÚDE OU ATÉ MESMO CAUSAR A MORTE POR “*OVERDOSE*”. REFORMA DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE PARA JULGAR IMPROCEDENTES OS PEDIDOS. PROVIMENTO DO RECURSO. 0010616-17.2014.8.19.0203 - Apelação - 1ª Ementa

Des(a). MÔNICA FELDMAN DE MATTOS  
- Julgamento: 08/02/2017 - Vigésima Sétima  
Câmara Cível Consumidor.

Diante do exposto, nega-se provimento à  
apelação, majorando-se os honorários advocatí-  
cios de sucumbência para 12% (doze por cento)  
do valor da causa, nos termos do disposto no arti-  
go 85, § 11 do Código de Processo Civil de 2015.

Rio de Janeiro, 29 de junho de 2017.

DES. ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA  
Relatora

**RECURSO REPETITIVO. VOO IN-  
TERNACIONAL. EXTRAVIO 24 HO-  
RAS. CADEIRA DE RODAS. FALHA NA  
PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. VALOR DA  
REPARAÇÃO DO DANO MANTIDO.  
PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E  
DA PROPORCIONALIDADE.**

**Apelação Cível. Ação de Procedimento  
Comum Sumário, por meio da qual objeti-  
varam os autores que o réu fosse condena-  
do ao pagamento de indenização por dano  
moral, sob o fundamento de que, em 01 de  
março de 2013, houve atraso de 24 (vinte e  
quatro) horas no voo que fez o trajeto de  
Miami com destino a São Paulo, sendo cer-  
to que a cadeira de rodas do primeiro autor  
foi extraviada, e somente chegou ao destino  
final em 03 de março de 2013. Sentença de  
procedência do pedido. Inconformismo da  
ré. Matéria posta em debate, que foi objeto  
de recurso repetitivo, apreciada e decidida,  
em 25 de maio de 2017, pelo egrégio Supre-  
mo Tribunal Federal, nos autos do recur-  
so Extraordinário n.º 636.331/RJ. Tese no  
sentido de que, nos termos do art. 178 da  
Constituição da República, as normas e os  
tratados internacionais limitadores da res-  
ponsabilidade das transportadoras aéreas**

**de passageiros, especialmente as Conven-  
ções de Varsóvia e Montreal, têm prevalên-  
cia em relação ao Código de Defesa do Con-  
sumidor. Todavia, o aludido acórdão ainda  
não foi publicado, sendo recomendável, por  
ora, manter-se a aplicação da Lei n.º 8.078,  
de 11 de setembro de 1990. Responsabilida-  
de objetiva. Falha na prestação do serviço  
caracterizada. Ré que não se desincumbiu  
do ônus de provar fato impeditivo, modifi-  
cativo ou extintivo do direito alegado pelo  
demandante, nos termos do art. 373, inciso  
II, do Código de Processo Civil. Dano mor-  
ral configurado. *Quantum* indenizatório  
em consonância com os princípios da ra-  
zoabilidade e da proporcionalidade, razão  
pela qual se mantém. Súmula n.º 343 des-  
ta Corte de Justiça. Recurso a que se nega  
provimento, majorando-se os honorários  
advocaticios em 5% (cinco por cento) sobre  
o *quantum* fixado pelo Juízo *a quo*, na for-  
ma do artigo 85, § 11, do estatuto proces-  
sual civil vigente.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos da  
Apelação Cível n.º 0088428-91.2016.8.19.0001,  
em que é Apelante a Tam linhas aéreas S.A. e  
Apelados José Hilário de Oliveira e Silva Junior  
e Ana Paula da Fonseca Ramos.

Acordam os Desembargadores da Vigési-  
ma Quarta Câmara Cível/Consumidor do Tri-  
bunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,  
por unanimidade, em negar provimento ao re-  
curso, nos termos do voto da Relatora.

Trata a hipótese de Ação de Procedimento  
Comum Sumário, proposta por José Hilário de  
Oliveira e Silva Junior e Ana Paula da Fonseca  
Ramos em face da tam linhas aéreas S.A., por  
meio da qual objetivaram os autores que o réu  
fosse condenado ao pagamento de indenização  
por dano moral, sob o fundamento, em suma,  
de que, em 01 de março de 2013, houve atra-  
so de 24 (vinte e quatro) horas no voo que fez

o trajeto de Miami com destino a São Paulo, sendo certo que a cadeira de rodas do primeiro autor foi extraviada, e somente chegou ao destino final em 03 de março de 2013.

Sentença, constante de f. 164/166, que julgou procedente o pedido, para o fim de condenar a ré a pagar, a cada autor, indenização por dano moral no importe de R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Inconformada, a ré interpôs apelação, a f. 178/189, na qual pleiteia a reforma da sentença, com a improcedência in totum do pedido, e, subsidiariamente, pede a redução do valor da indenização.

Contrarrazões a f. 204/213.

Convém salientar que a matéria posta em debate foi objeto de recurso repetitivo, apreciada e decidida, em 25 de maio de 2017, pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 636.331/RJ, assim afetado como repercussão geral pelo Ministro GILMAR MENDES, cuja tese se segue:

Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de varsóvia e montreal, têm prevalência em relação ao código de defesa do consumidor.

Todavia, o aludido acórdão ainda não foi publicado, sendo recomendável, por ora, manter-se a aplicação da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

A falha na prestação de serviços da ré é inequívoca, uma vez que não cumpriu, regularmente, com o que foi avençado com o autor, limitando-se a alegar que não praticou qualquer

ilícito a caracterizar o dano extrapatrimonial.

Ademais, a responsabilidade civil da ré é objetiva, sendo conduzida pela teoria do risco do empreendimento, consoante o disposto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Caberia, portanto, à demandada, demonstrar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil, o que não ocorreu no caso dos autos.

Quanto ao valor, a reparação deve ser capaz de compensar o abalo psicológico, a tristeza e o sofrimento pelos quais passou a parte ofendida, sem, contudo, distanciar-se dos princípios norteadores para a correta apuração do quantum, dentre os quais se destacam o da razoabilidade e o da proporcionalidade.

SÉRGIO CAVALIERI FILHO leciona que “Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral” (**Programa de Responsabilidade Civil**, 8.ª edição, Atlas, 2008, p. 91).

A seguir, acrescenta:

“Creio que na fixação do *quantum debeatur* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.” (obra citada, p. 93)

Dessa forma, considerando o que foi dito acima, aliado aos princípios citados, tem-se que a importância fixada em R\$ 6.000,00 (seis mil reais) se encontra dentro dos parâmetros necessários para a reparação do dano, notada-

mente porque os autores não recorreram.

Nesse sentido, é a Súmula nº 343 desta Corte de Justiça, a qual dispõe que: “A verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação”.

Do que se antecede, mantém-se integralmente o julgado impugnado.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso, majorando-se os honorários advocatícios em 5% (cinco por cento) sobre o *quantum* fixado pelo Juízo *a quo*, na forma do artigo 85, § 11, do estatuto processual civil vigente.

Rio de Janeiro, 16 de agosto de 2017.

**DES. GEÓRGIA DE CARVALHO LIMA**  
Relatora

# **JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL**



*Jurisprudência Criminal*

**ATO INFRAACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE TRÁFICO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. ECA. PROVA INEQUÍVOCA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECRUESCIMENTO DA PENA. MENOR TRANSPLANTADO. NÃO RECOMENDAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.**

**Apelação. Estatuto da criança e do adolescente. Ato infracional análogo ao delito de tráfico de substâncias entorpecentes. Provas inequívocas de autoria e materialidade. Procedência da representação com aplicação de medida socioeducativa de liberdade assistida. Apelo ministerial que visa à reforma da sentença tão somente para que seja aplicada medida de semiliberdade. No caso dos autos, até seria viável a aplicação de uma medida mais severa, uma vez que o ato infracional praticado e a conduta do menor de evadir-se autorizam o recrudescimento, contudo, especialmente no caso em apreço, o menor é recém transplantado e seu estado de saúde demanda maiores cuidados, não sendo recomendável a aplicação da medida de semiliberdade. Recurso desprovido.**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010649-91.2016.8.19.0023, originários da Vara de Família, da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca de Itaboraí, em que é Apelante o Ministério Público e, Apelado, Y.G.C.S.

Acordam os Desembargadores que compõem a 1.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão realizada aos vinte e um dias do mês de março

do ano de 2017, por unanimidade e nos termos do voto do Desembargador Relator, em negar provimento ao recurso.

Trata-se de apelação interposta contra a sentença proferida pelo Juízo da Vara de Família, da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca de Itaboraí, que julgou procedente a representação oferecida em face do adolescente, Y.G.C.S, pela prática do ato infracional análogo ao injusto tipificado no artigo 33 da Lei de Drogas, aplicando-lhe a medida socioeducativa de liberdade assistida.

Pelas razões de f. 86/90, o Ministério Público visa à reforma da sentença para que seja aplicada a medida socioeducativa de semiliberdade.

Contrarrazões da defesa a f. 95/100, prestigiando a sentença recorrida.

Em sede de juízo de retratação, a decisão foi mantida (f. 103).

A Procuradoria de Justiça oficiou a f. 144/149, no sentido do provimento do recurso.

**Voto**

De acordo com a representação, no dia 21 de junho de 2016, às 11h aproximadamente, na Rua Quatro, Bairro Gebara, Município de Itaboraí/RJ, o menor, Y, com vontade livre e consciente, guardava, para fins de tráfico, 51,6g (cinquenta e um gramas e seis decigramas) da substância entorpecente Cloridrato de Cocaína, acondicionados em 75 (setenta e cinco) unidades de pequenos sacos plásticos incolores e transparentes, fechados com auxílio de retalho de papel preto e grampos metálicos, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Consta dos autos que policiais militares

realizavam operação, no bairro Gebara, com o intuito de reprimir o tráfico de drogas no local, quando tiveram a atenção despertada para um grupo de pessoas, estando entre elas o recorrente, o qual, ao avistá-los, se desfez de um saco, jogando-o no canto do muro.

Narra a representação que, ao serem abordados e revistados, nada de ilícito foi encontrado com eles. No entanto, realizadas buscas no local da abordagem, os policiais lograram encontrar uma sacola plástica contendo em seu interior todo o material entorpecente acima descrito.

Ao ser indagado pelos policiais, o adolescente confessou que o material entorpecente lhe pertencia e que seria destinado ao tráfico de drogas local, tendo ratificado tais informações em sede policial e ministerial.

Por tais fatos, foi o adolescente representado pela prática do ato infracional análogo ao delito do artigo 33 da Lei de Drogas. Ao final da instrução, sobreveio sentença de procedência parcial da representação, sendo aplicada ao adolescente a medida socioeducativa de liberdade assistida.

O Ministério Público visa à reforma da sentença tão somente no tocante à medida socioeducativa aplicada.

Sem razão.

Em que pese a gravidade do ato infracional praticado pelo menor, as peculiaridades do caso concreto desaconselham a fixação de medida socioeducativa mais grave.

Iniciado o processo, o menor foi colocado em liberdade assistida provisória em razão da situação de sua saúde, já que foi submetido a um transplante de órgão.

Considerando o quadro delicado de saúde

do menor, não me parece razoável modificar a medida aplicada para colocá-lo em instituição que, notoriamente, está superlotada e em condições precárias de funcionamento.

Em tais locais, dificilmente o menor terá o atendimento médico necessário para sua recuperação.

Como bem destacado na sentença, essa é a primeira passagem do menor pelo Juizado da Infância, possui ambiente familiar e está matriculado na Escola Municipal Antonio Joaquim da Silva cursando a VIII fase do Ensino de Jovens e Adultos noturno.

No caso dos autos, até seria viável a aplicação de uma medida mais severa, uma vez que o ato infracional praticado e a conduta do menor de evadir-se autorizam o recrudescimento, contudo, especialmente no caso em apreço, o menor é recém transplantado e seu estado de saúde demanda maiores cuidados, não sendo recomendável a aplicação da medida de semiliberdade.

Com essas considerações, e diante das peculiaridades do caso concreto, não há razão para o provimento do apelo ministerial, devendo a sentença impugnada ser integralmente mantida.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 29 de março de 2017.

**DES. ANTÔNIO JAYME BOENTE**  
Relator

**CARTEIRA DE HABILITAÇÃO.  
DOCUMENTO FALSIFICADO. LAUDO  
PERICIAL. FALSIFICAÇÃO CAPAZ DE  
ILUDIR TERCEIROS, INCLUSIVE O**

**PRÓPRIO APELANTE. ERRO DE TIPO. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO.**

Apelação Criminal. Acusado condenado pela prática do delito tipificado no artigo 304, do Código Penal. Foi-lhe aplicada a pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, na menor fração unitária, substituída a sanção privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Recurso defensivo pleiteando, em síntese, a absolvição por fragilidade probatória. O Ministério Público nas duas instâncias manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do recurso. 1. Consta dos autos que o denunciado, no dia 16/09/2015, na Avenida Brasil, na altura do n.º 19.068, Irajá, fez uso de documento público falsificado, qual seja, sua Carteira Nacional de Habilitação, eis que na ocasião da abordagem de seu veículo automotor por uma patrulha da Polícia Militar, apresentou o documento falsificado. 2. O apelante apresentou a versão de que adquiriu o documento com um indivíduo que trabalhava em uma autoescola, na cidade de São Paulo, pelo valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), e que não fez cursos práticos ou teóricos, pois já sabia dirigir. Informou que utilizou a CNH apreendida pelo período de 01 (um) ano e que já havia apresentado o documento em operações de “blitz” pretéritas, e que ficou surpreso ao descobrir a inidoneidade do documento apreendido. 3. O laudo pericial constatou que o documento era falso e que poderia iludir terceiros como se autêntico fosse, o que significa dizer que poderia enganar qualquer pessoa, inclusive o próprio apelante, que não era perito no assunto. 4. O fato é incontestado, mas não se pode dizer o mesmo quanto ao elemento subjetivo do tipo. 5. Muito embora o acusado tenha obtido a habilitação de modo ao mínimo simplório, mediante pagamento de aproximadamente R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais)

para um funcionário de uma autoescola, em momento algum ele disse ou demonstrou possuir conhecimento de que a carteira de motorista obtida fosse falsa. 6. No crime do artigo 304, do Código Penal, pune-se o uso de documento falso. Logo, é indispensável que o agente conheça a falsidade do documento e ainda assim disponha-se a usá-lo. Esta prova cabia ao *Parquet*, que não se desincumbiu de produzi-la. Ressalto que a hipótese em julgamento descreve um erro de tipo, que sendo invencível exclui o dolo e a culpa, afastando em consequência a própria tipicidade e, sendo vencível, também afasta a tipicidade, já que não existe esse crime na modalidade culposa. 7. Recurso conhecido e provido, para absolver o acusado, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Apelação Criminal nº 0024560-55.2015.8.19.0202, originário do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal do Foro Regional de Madureira da Comarca da Capital, no qual é Apelante Cristiano Ataliba da Silva e Apelado o Ministério Público.

ACORDAM os Desembargadores que integram a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

**VOTO**

Por sentença proferida em 13/07/2016, pela Dr.ª LUCIANA FIALA DE SIQUEIRA CARVALHO, Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal do Foro Regional de Madureira, da Comarca da Capital, Cristiano Ataliba da Silva foi condenado pela prática do crime tipificado no artigo 304, *caput*, do Código Penal, às penas

de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, na menor fração unitária. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos. Foi concedido ao acusado o direito de recorrer em liberdade. (Peça 000139)

Inconformado o sentenciado apelou, oferecendo suas razões na peça 000164, pleiteando, em síntese, a absolvição por fragilidade probatória.

Contrarrrazões ministeriais, à peça 00170, rebatendo as teses defensivas e pugnando pelo conhecimento e não provimento do apelo defensivo.

A Procuradoria de Justiça, na pessoa da Dr.<sup>a</sup> SIMONE BENICIO FEROLLA, ofertou parecer à peça 000181, no sentido do conhecimento e não provimento do recurso.

Narra a denúncia, recebida em 02/10/2015, que:

“(…) No dia 16 de setembro de 2015, por volta das 21h, na Avenida Brasil, na altura do n.º 19068, em Irajá, nesta Cidade, o denunciado, consciente e voluntariamente, fazia uso de documento público falsificado, qual seja sua Carteira Nacional de Habilitação.

Os Policiais Militares responsáveis pela abordagem estavam em patrulhamento pela localidade quando abordaram o veículo conduzido pelo denunciado e solicitaram a apresentação de documentos de identidade. O autor, por sua vez, apresentou a CNH falsa aos agentes, os quais, desconfiados, realizaram pesquisa no sistema e finalmente constataram que a habilitação do acusado não existia.

Já na Delegacia, o autor do fato veio a confessar que comprou a falsa Carteira de Habilitação na cidade de Ubatuba - São Paulo, pela quantia de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Assim, sendo a conduta objetiva e subjetivamente típica, e inexistindo causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade, está o denunciado incurso nas sanções penais do art. 304 do CP. (...)”.

A materialidade do crime restou sobejamen-

te comprovada por meio do laudo pericial acostado na peça 000131, não subsistindo qualquer dúvida acerca da falsidade do documento.

O apelante admitiu que apresentou o documento em questão, esclarecendo que adquiriu o documento com um indivíduo que trabalhava em uma autoescola, pelo valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), e que não fez cursos práticos ou teóricos, pois já sabia dirigir.

Informou que utilizou a CNH apreendida pelo período de 01 (um) ano e que já havia apresentado o documento em operações de “blitz” pretéritas, e que ficou surpreso ao descobrir a inidoneidade do documento apreendido.

Por fim, esclareceu que atualmente não mais dirige seu veículo.

O laudo pericial atestou que o documento de habilitação era capaz de iludir terceiros como se idôneo fosse, permitindo ao apelante, que não era perito no assunto, presumir que o documento que recebeu era autêntico, mormente considerando que, conforme dito em juízo, já havia apresentado o documento em outras abordagens policiais.

Destarte, diante destas circunstâncias, depreende-se que em momento algum o recorrente pensou que o documento por ele obtido fosse falso.

A nosso sentir, ele agiu desprovido do indispensável elemento subjetivo do tipo. Nesse sentido, o mestre DAMÁSIO<sup>1</sup> destacou em sua obra:

“Elemento subjetivo do tipo é o dolo, consistente na vontade e livre e consciente de fazer uso dos documentos referidos no tipo. Abrange o conhecimento da falsidade documental”.

---

1JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado**. 19ª ed. Ver., atual e ampl. de acordo com a reforma do CPP (Leis nº 11.689, 11.690 e 11.719/2008). São Paulo: Saraiva, 2009. p. 943.

Com todas as vênias, isto não restou provado. Em momento algum a acusação comprovou que o acusado tivesse conhecimento quanto à falsidade da sua CNH. Verifica-se que o apelante ignora que ele poderia ter obtido um documento falso.

Friso também que o presente crime não existe na modalidade culposa e se o apelante, como tudo indica, pensou de modo irresponsável e leviano que era possível obter o documento sem percorrer os trâmites administrativos, o fato configuraria um indiferente penal, já que, repito, não temos o crime em questão na modalidade culposa.

Incumbia ao Ministério Público provar que o acusado tinha conhecimento da falsidade do documento e dele fez uso com dolo, mas isto não ocorreu.

Por tais razões, voto pelo conhecimento e provimento do recurso para absolver o apelante, na forma do art. 386, inciso III, do CPP.

Rio de Janeiro, 20 de julho de 2017.

**DES. CAIRO ÍTALO FRANÇA DAVID**  
Relator

**DESACATO. OFENSAS À POLÍCIA MILITAR. CARÁTER PESSOAL. CRIME CONTRA A HONRA E NÃO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DECORRIDO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA.**

**Apelação criminal. Processual penal. Desacato. Episódio ocorrido na comunidade do Borel, comarca da capital. Irresignação ministerial diante do desenlace absolutório, pleiteando a cassação da sentença, com o prosseguimento do feito nos seus ulteriores termos, por entender que “se a conduta inculpada consistir em desprezo, em falta ao**

**respeito ou em ato de humilhação ao funcionário público, é de se reconhecer a ocorrência do crime de desacato, pois estas condutas abusam do direito à liberdade de expressão”. Improcedência da pretensão recursal ministerial. Mantém-se, por fundamento diverso daquele sentencialmente manejado, a absolvição sumária do recorrido porquanto as ofensas assacadas em face do policial militar não se mostraram, pelos termos que as materializaram, diretamente dirigidas à função pública por aquele exercida, mas se pautaram por um caráter que pareceu ser nitidamente pessoal, a se constituir, portanto, um crime contra a honra e não um crime contra a administração pública, cuja regência da ação penal em questão é diversa daquela adotada para o desacato, sendo certo que já decorreu o prazo decadencial semestral ao oferecimento da respectiva representação. Observa-se que a mera circunstância do ofendido se encontrar fardado e de serviço quando o fato se deu, não estabelece a presunção de que a ofensa realizada se dirigia a esta e não à sua pessoa em específico. Relembre-se que a tese do controle de convencionalidade, enquanto fator de atipicidade do crime de desacato no cenário nacional não mais subsiste, já que recentemente, a terceira seção da corte cidadã, em acórdão da lavra do Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (HC nº 379269), decidiu abandonar tal solução, já que a figura típica mencionada naqueles tratados internacionais utilizados em tal posicionamento libertário disciplina a restrição à amplitude do direito de crítica e da liberdade de expressão desenvolvida em face de funcionário público, no exercício de suas funções, mas o que já não acontece com a figura existente na regulação típica pátria e que ostenta o mesmo *nomen juris* daquela, mas exibindo conteúdo de tutela diverso, de modo que não podem ser tratadas de modo igualitário. Desprovimento do apelo ministerial.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal nº 0373884-30.2013.8.19.0001, sendo Apelante Ministério Público e Apelado Eduardo Carvalho.

Acordam os Desembargadores que compõem a Sexta Câmara Criminal ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: À unanimidade, foi provido o apelo para absolver o recorrente. Lavrará o acórdão o Exmo. Sr. Des. LUIZ NORONHA DANTAS. Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. LUIZ NORONHA DANTAS, Des. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO e DES. FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA.

Inconformado com a sentença (f. 58/59), prolatada em 18/05/2016, pelo Juízo de Direito da 43ª Vara Criminal da Comarca da Capital, que absolveu Eduardo Carvalho da prática do delito de desacato, com fulcro no art. 397, inc. III, do CPP, dela apelou o Ministério Público, pretendendo a sua reforma.

Nas razões (f. 61/63), requereu a cassação da Sentença, com o prosseguimento do feito nos seus ulteriores termos, por entender que “se a conduta incriminada consistir em desprezo, em falta ao respeito ou em ato de humilhação ao funcionário público, é de se reconhecer a ocorrência do crime de desacato, pois estas condutas abusam do direito à liberdade de expressão”.

Contrarrazões defensivas (f. 70/78), pretendendo o desprovemento do Apelo ministerial, ao prestigiar o *decisum* atacado.

Parecer da lavra do Eminentíssimo Procurador de Justiça, Dr. ROGÉRIO CARLOS SCANTAMBURLO (f. 105/110), opinando pelo provimento do apelo ministerial, por considerar que se “o funcionário público representa a Administração Pública no trato com terceiros, o menosprezo deve ser considerado como ação

cometida contra a própria Administração”.

#### VOTO

Mantém-se, por fundamento diverso daquele sentencialmente manejado, a absolvição sumária do recorrido porquanto as ofensas assacadas em face do policial militar não se mostraram, pelos termos que as materializaram, diretamente dirigidas à função pública por aquele exercida, mas se pautaram por um caráter que pareceu ser nitidamente pessoal, a se constituir, portanto, um crime contra a honra e não um crime contra a administração pública, cuja regência da ação penal em questão é diversa daquela adotada para o desacato, sendo certo que já decorreu o prazo decadencial semestral ao oferecimento da respectiva representação.

Observa-se que a mera circunstância do ofendido se encontrar fardado e de serviço quando o fato se deu, não estabelece a presunção de que a ofensa realizada se dirigia a esta e não à sua pessoa em específico.

Relembre-se que a tese do controle de convencionalidade, enquanto fator de atipicidade do crime de desacato no cenário nacional não mais subsiste, já que recentemente, a Terceira Seção da Corte Cidadã, em acórdão da lavra do Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (HC nº 379269), decidiu abandonar tal solução, já que a figura típica mencionada naqueles tratados internacionais utilizados em tal posicionamento libertário disciplina a restrição à amplitude do direito de crítica e da liberdade de expressão desenvolvida em face de funcionário público, no exercício de suas funções, mas o que já não acontece com a figura existente na regulação típica pátria e que ostenta o mesmo *nomen juris* daquela, mas exibindo conteúdo de tutela diverso, de modo que não podem ser tratadas de modo igualitário.

Assim, voto pelo desprovemento do ape-

lo ministerial, para manter a sentença atacada, por fundamento diverso daquele sentencialmente utilizado.

Rio de Janeiro, 13 de junho de 2017.

**DES. LUIZ NORONHA DANTAS**  
Relator

**FURTO SIMPLES. ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL. INAPLICABILIDADE. SENTENÇA CASSADA. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL.**

**Crime de furto simples. Sentença absolutória, com lastro no princípio da insignificância. Recurso ministerial que busca a cassação da sentença singular e o prosseguimento da ação penal. Apelado que subtrai um litro de *whisky*, marca *Teacher's* de estabelecimento comercial, entretanto é abordado por funcionário do comércio que o observara sair sem efetuar o pagamento da mercadoria. Princípio da insignificância que se consubstancia em construção doutrinária e jurisprudencial, e sem qualquer amparo legal. Conduta perpetrada pelo apelado que se amolda a tipo descrito na norma penal. Possibilidade legal de diminuição da sanção diante da primariedade e pequeno valor da *res furtiva*. Inteligência do artigo 155, § 2º, do Código Penal. Precedentes do colegiado sobre a *quaestio*. Inaplicabilidade do princípio da insignificância ou bagatela. Provisamento do recurso ministerial, para cassar a sentença monocrática e determinar o prosseguimento da ação penal deflagrada em desfavor do apelado.**

**ACÓRDÃO**

Vistos, discutidos e relatados estes autos

de Apelação nº 0086569-82.2013.8.19.0021, em que figura como Apelante o Ministério Público e como Apelado Thiago Gonçalves Lima,

Acordam os Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar provimento ao recurso interposto, na forma do voto do Des. Relator.

Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público (f. 73v), inconformado com a r. sentença prolatada pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias – RJ (f. 72/73), que absolveu o ora Apelado - Thiago Gonçalves Lima -, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, do crime previsto no artigo 155, *caput* do Código Penal.

Razões de Apelação, f. 73/78, onde o *Parquet* requer a cassação da sentença absolutória e o prosseguimento da persecução penal em desfavor do apelado, alegando a inaplicabilidade do princípio da insignificância.

A f. 81/86, contrarrazões da Defesa técnica do apelado, opinando pelo conhecimento e desprovimento do apelo ministerial.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça, f. 111/119, no sentido do conhecimento e provimento do recurso do *Parquet*, para cassar a sentença absolutória e dar prosseguimento à ação penal deflagrada com a produção da prova.

É o relatório.

À douta Revisão.

**VOTO**

Irresignado com a r. sentença que absolveu Thiago Gonçalves Lima, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo

Penal, pela prática de crime descrito no artigo 155 do Código Penal, recorre o Ministério Público.

Em seu inconformismo, busca o *Parquet* a cassação da sentença absolutória e o prosseguimento da persecução penal em desfavor do Apelado, alegando a inaplicabilidade do princípio da insignificância.

A exordial acusatória ofertada em face do ora Agravado descreveu assim os fatos:

“(...) No dia 24 de dezembro de 2013, por volta das 09:30h, nesta comarca, na Avenida São Paulo, Campos Elíseos, o denunciado, de forma livre e consciente, subtraiu, para si, uma garrafa de *Whiski*, marca *Teacher's*, pertencentes ao mercado Novo Mundo. Na ocasião, o funcionário do referido mercado avisou quando o denunciado colocou uma garrafa de *Whiski* dentro de uma sacola plástica e saiu do estabelecimento sem pagar a bebida. Diante disso, o funcionário lhe abordou, encontrando com ele a *res furtiva*. Em virtude de assim ter agido, encontra-se a denunciada incurso nas sanções previstas no preceito secundário da norma constante no artigo 155, *caput* do Código Penal(...)” (f. 02A/02B)

Recebida a peça inaugural do *Parquet*, em 02/05/2014 (f. 55), e, ratificado o seu recebimento, em 25/04/2016 (fl. 66), e, na mesma oportunidade, foi designada audiência de instrução e julgamento para ter lugar no dia 01/09/2016.

Ocorre que ao se realizar a mencionada audiência, foi prolatada a sentença absolutória que ora se hostiliza, nos seguintes termos (excertos), *in verbis*:

“(...) PASSA-SE À DECISÃO. IMPORTANTE DESTACAR QUE O ACUSADO ERA PRIMÁRIO NA DATA DOS FATOS,

BEM COMO NÃO OSTENTAVA QUALQUER ANTECEDENTE, CONFORME SE VÊ EM SUA FAC DE F. 51/53. A ÚNICA ANOTAÇÃO EXISTENTE ALÉM DA RELATIVA A ESTE FEITO SE REFERE À OCORRÊNCIA DATADA D ANO DE 2014, LOGO, POSTERIOR A DATA DOS FATOS ORA EM ANÁLISE. ADEMAIS, O BEM SUBTRAÍDO, NO VALOR DE R\$ 45,00, FOI DEVOLVIDO AO MERCADO LESADO, SEM QUE A CONDUTA DO ACUSADO TENHA CAUSADO QUALQUER PREJUÍZO A ESSE. OUTRO FATO IMPORTANTE QUE MERECE SER DESTACADO É QUE O VALOR DO ÚNICO BEM SUBTRAÍDO NA ÉPOCA DOS FATOS ERA BEM ABAIXO DO VALOR DO SALÁRIO-MÍNIMO EM 2013. PORTANTO, CONSIDERO PRESENTES OS REQUISITOS EXIGIDOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: 1) MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA DO AGENTE, 2) NENHUMA PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO 3) REDUZIDÍSSIMO GRAU DE REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO 4) INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO JURÍDICA PROVOCADA. REGISTRE-SE QUE O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DO SISTEMA PENAL RECLAMA A INTERVENÇÃO MÍNIMA DO PODER PÚBLICO EM MATÉRIA PENAL, MOTIVO PELO QUAL CONDUTAS MÍNIMAS E SEM CONSEQUÊNCIAS RELEVANTES DEVEM SER ABRANGIDAS PELO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONSEQUENTEMENTE COM O RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, IMPERIOSA A ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. DIANTE DO EXPOSTO, JULGO IMPROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL PARA ABSOLVER THIAGO GONÇALVES LIMA DA IMPUTAÇÃO DO CRIME DEFINIDO NO ARTIGO 155, DO CP, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 386, INCISO III, DO CPP (...)”(f. 72/73)

Neste trilhar, vê-se que o cerne da *quaestio* aqui em apreço consubstancia-se na aplicabilidade ou não do princípio da insignificância.

De proêmio é importante consignar, como sabido, que o princípio da insignificância não possui amparo em nosso ordenamento jurídico, tratando-se de mera construção doutrinária e jurisprudencial.

Como se extrai dos autos, o ora Apelado subtraiu 1 (um) litro de uma garrafa de *Whisky*, da marca *Teacher's*, no valor de R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais) (f. 15/16) de um mercado, todavia, diante da intervenção de um funcionário do comércio, não logrou ele alcançar êxito na subtração.

Nesta esteira, veja-se que a conduta perpetrada pelo ora Apelado está tipificada em nossa Lei Penal, consoante se verifica no preceito contido no artigo 155, sendo certo existir uma sanção a quem realiza a conduta ali descrita.

Além disso, o legislador ordinário não se descuroou acerca das hipóteses em que o agente criminoso é primário e a res furtiva é de pequeno valor, consoante dispõe o parágrafo 2º do artigo 155, *in verbis*:

“Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - ... *omissis* ...

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.”

Portanto, se me afigura claro que o legislador não considerou atípica a conduta daquele que subtrai um bem de pequeno valor, ainda que primário, mas, em verdade, quis a norma

possibilitar ao julgador a mitigação da sanção a ser imposta ao agente criminoso, e, *concessa venia*, aos que não comungam deste entendimento, não vislumbro como não constituir, no caso em concreto, o fato perpetrado pelo Apelado como típico, ilícito e culpável.

Aliás, pontue-se que o ora Apelado estava a subtrair uma garrafa de bebida alcoólica, além do que o funcionário do estabelecimento comercial, em seu termo de declaração, em sede policial, afirmou que aquela não era a primeira vez que o apelado realizava furtos no mercado (f. 13 – *in fine*).

Sobre a *quaestio* esta colenda Câmara Criminal vem assim decidindo:

EMENTA: Apelação Criminal. Imputação do delito de furto simples, na forma tentada. Absolvição sumária por atipicidade da conduta. Adoção do princípio da insignificância. Inconformismo do Ministério Público. Pedido de cassação da sentença e consequente prosseguimento do feito. Pretensão plausível. Apelante flagrado imediatamente após apoderar-se de 07 unidades de sabonete líquido, quando ainda tentava deixar o estabelecimento da empresa lesada. A pequena expressão econômica do bem subtraído não transforma a conduta em indiferente penal. Precedentes do STF. Ademais, o exame da FAC do apelado, complementado por consulta ao sistema informatizado deste Tribunal, revela a existência de 03 condenações definitivas por crimes contra o patrimônio, além de uma ação penal ainda em curso, por crime da mesma espécie. Evidente contumácia do apelado, que faz das subtrações o seu meio de vida. Conduta típica e que merece ser reprimida, a fim de que a prática de pequenos delitos não seja incentivada, causando insegurança e desordem social. Recurso provido, para cassar a sentença hostilizada e determinar o prosseguimento do feito. (0244769-82.2015.8.19.0001 - Apelação

- Des(a). ROSA HELENA PENNA MACEDO GUITA - Julgamento: 27/06/2017 - Segunda Câmara Criminal – TJERJ)

EMENTA: DELITO DE FURTO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA (ARTIGO 397, III, DO CPP) - SÓ A MANIFESTA EXCEPCIONALIDADE, ATRIBUTO NÃO IDENTIFICADO NA HIPÓTESE VERTENTE, PERMITE A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA (OU DA BAGATELA), REPUTANDO-SE MATERIALMENTE ATÍPICA A CONDUTA DO AGENTE QUE SUBTRAI COISA ALHEIA MÓVEL DE PEQUENO VALOR, INCLUSIVE SENDO IRRELEVANTE O PORTE ECONÔMICO-FINANCEIRO DO SUJEITO PASSIVO. DE REGRA, QUANDO CABÍVEL, APLICA-SE O PRIVILÉGIO PREVISTO NO § 2º, DO ARTIGO 155, DO CP. PROVIMENTO DO APELO MINISTERIAL (CASSAR A SENTENÇA, RECEBER A DENÚNCIA E DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DA MARCHA PROCESSUAL). (0013962-08.2016.8.19.0008 - Apelação - Des(a). PAULO DE TARSO NEVES - Julgamento: 18/04/2017 - Segunda Câmara Criminal – TJERJ)

APELAÇÃO. Artigo 155, §2º, do Código Penal, na forma tentada. Recurso defensivo. Preliminares. Nulidade do processo por ausência de citação e por falta de proposta de suspensão condicional do processo. Nulidade da sentença por ausência de fundamentação. Mérito. Absolvição, pela atipicidade da conduta, com aplicação do princípio da insignificância, ou pela insuficiência de provas. Aplicação das atenuantes da menoridade e daquela prevista no artigo 66, do Código Penal, ante à teoria da vulnerabilidade do réu. Imposição somente da pena de multa diante o reconhecimento do furto privilegiado. Redução máxima da pena pela tentativa. 1 - Preliminares que se rejeitam. Em primeiro plano porque, embora não citado pessoalmente, o réu compareceu espontaneamente

à Defensoria Pública, assinando declaração de hipossuficiência e fornecendo documentos para sua defesa, permitindo-se inferir que a nomeou para sua assistência, a qual acompanhou todos os atos processuais, não havendo prejuízo. O recorrente foi, ainda, intimado, pessoalmente, para a Audiência de Instrução e Julgamento, deixando, contudo, de comparecer ao ato. Ressalte-se que a Defesa, após a negativa de seu pleito para citação do réu em endereço por ele fornecido ou pela aplicação do artigo 366, do Código de Processo Penal, nada requereu, mantendo-se silente, inclusive, nas Alegações Finais. Nesse contexto não cabe, agora, alegar nulidade, importando salientar que, para efeito de reconhecimento da existência de nulidade, deverá a parte demonstrar o real prejuízo causado ao réu, o que não se observa na presente hipótese, incidindo o disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal. 2 - Em segundo plano, não há que se reconhecer nulidade por falta de oferecimento de proposta de suspensão processual, o que seria inócuo, já que o réu não compareceu à audiência designada. 3 - Não se vislumbra a alegada ausência de fundamentação na sentença condenatória, merecendo relevo que, no caso, esta foi prolatada em audiência, pelo que, se mostrou mais sucinta. 4 - A materialidade e a autoria devidamente comprovadas, a primeira, pelas peças técnicas acostadas aos autos, e a segunda, pela prova oral produzida no decorrer do processo, apontando com exatidão a veracidade dos fatos narrados na denúncia, tornam inviável a absolvição. Aplicação Súmula nº 70, desse Tribunal de Justiça. 5 - Não há amparo à aplicação do princípio da insignificância em nosso ordenamento jurídico, senão de forma excepcional, não se devendo confundir bem de pequeno valor com o de valor insignificante, este ensejador, necessariamente, da exclusão do crime, à ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado, e aquele, eventualmente, caracterizador do privilégio inculpidado no § 2º, do artigo 155, do Código Penal. Evidentemente, a subtração de bens, cujo valor não pode ser desconsidera-

do, não comporta a consideração de penalmente irrelevante, sob a pena de incentivar a prática de pequenos delitos, conduzindo à desordem social. 6 - Impõe-se o reconhecimento da atenuante da menoridade, se o agente era menor de 21 anos à época dos fatos, porém sem reflexo nas penas, se estabelecidas no mínimo legal, a teor do entendimento firmado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mérito de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, permitindo aos Tribunais de Justiça dos Estados aplicá-lo em matérias idênticas, o que ocorre no presente caso, a exemplo de decisão de Repercussão Geral firmada no RE 597.270-4/RS. 7 - Não se credencia ao acolhimento a redução de penas fundada na teoria da coculpabilidade, porque o apelante teria recebido poucas oportunidades socioeconômicas do Estado/sociedade civil, justificando a incidência da atenuante genérica descrita no artigo 66, do Código Penal, já que não há amparo à conduta em desconformidade à lei, sob a pena de se instaurar o caos social. 8 - Incabível a redução das penas, na fração máxima, diante o reconhecimento da tentativa, eis que o réu percorreu praticamente todo o iter criminis, tendo entrado no veículo e retirado o rádio, dispensando-o ao chão somente porque percebeu que um Guarda Municipal desconfiou de sua ação. 9 - Impossível a imposição de multa isolada diante o reconhecimento do furto privilegiado, quando o Magistrado tem a discricionariedade de optar por uma das medidas previstas no artigo 155, § 2º, do Código Penal - substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa estabelecendo aquela que se mostre necessária e suficiente para a reprovação e prevenção da conduta, como ocorreu na hipótese, com a redução da pena na fração de 1/3, e quando o réu se esquivou do processo, demonstrando desinteresse por sua ressocialização e desrespeito com a justiça. Preliminar rejeitada. Recurso Parcialmente provido. (0009769-60.2011.8.19.0028 – Apelação - DES. KÁTIA JANGUTTA - Julgamento: 28/06/2016 - Segun-

da Câmara Criminal – TJERJ)

Por certo, não se desconhece que o Direito Penal como *ultima ratio* deve se ater as condutas que efetivamente lesionem o bem jurídico, todavia, no presente caso, entendo que a *mens legis* direciona-se no sentido da reprovação da conduta praticada pelo apelado, ainda que no caso, muito provavelmente, diante do lapso temporal incidirá a prescrição.

Deste modo, impõe-se rechaçar a aplicação do princípio da insignificância para a presente hipótese. Voto, pois, em conhecendo do recurso, no sentido de a ele dar provimento, para cassar a sentença adversada e determinar o prosseguimento da ação penal em desfavor do apelado.

Rio de Janeiro, 29 de agosto de 2017.

**DES. ANTONIO JOSÉ FERREIRA CARVALHO**  
Relator

**INCÊNDIO EM CASA HABITADA POR ASCENDENTE IDOSA. PROVA ORAL. AUTOR DO DELITO DEPENDENTE QUÍMICO. INIMPUTABILIDADE. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA NA INTERNAÇÃO.**

**Apelação criminal. Imputação do delito de incêndio em casa habitada, Perpetrado contra ascendente idoso. Condenação. Recurso defensivo. Pedidos: 1) absolvição por alegada inimputabilidade por força de dependência química; 2) desclassificação da conduta imputada para o crime de dano.**

**I. Pretensão absolutória que se acolhe. Materialidade positivada pela prova pericial produzida. Autoria demonstrada pela prova oral colhida sob o crivo do contraditório. Dolo não evidenciado. Conduta**

cometida comprovadamente sob o efeito de drogas. Apelante submetido a exame de sanidade mental, constatando-se ser ele dependente químico. Condição que, nos termos do artigo 45 da Lei nº 11.343/06, o equipara a doente mental, tornando-o inimputável. O fato de o perito ter assinalado, no referido laudo, que o apelante estava, ao tempo do fato, em abstinência, estando, portanto, plenamente consciente quando, no dia dos fatos, iniciou o consumo de drogas, não afasta a comprovada inimputabilidade, se a patologia diagnosticada é definida como capaz de retirar do agente a capacidade de conter os ímpetos de se drogar. Inaplicabilidade, ao dependente químico, da teoria da *actio libera in causa*. Entendimento em sentido diverso esvaziaria, por completo, a regra do artigo 45 da Lei de Drogas. Absolvição que se impõe. II. Periculosidade do apelante que se extrai das circunstâncias do crime, cometido contra a sua própria avó, que, por sua vez, no seu depoimento, afirmou temer o neto, que se torna violento quando está sob o efeito de drogas. Imperativa a aplicação da medida de segurança consistente em internação, pelo prazo mínimo de 01 ano. Recurso provido. Absolvição imprópria. Imposição de medida de segurança.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 0005616-05.2015.8.19.0202, originários da 1ª Vara Criminal Regional de Madureira, em que é Apelante T.D.C. e Apelado o Ministério Público.

Acordam os Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora que integra o presente.

#### VOTO

Inicialmente, cumpre observar que a materialidade do delito se encontra positivada mediante o laudo pericial de f. 100/101, o qual constatou a ocorrência de um incêndio com fortes indícios de intencionalidade, ocorrido no banheiro da residência da vítima. Trata-se, portanto, de crime de incêndio em casa habitada, o qual não atingiu maiores proporções graças à pronta intervenção de terceiros, que ajudaram a conter o fogo.

A autoria na pessoa do apelante, por seu turno, também se apresenta inequívoca, consoante a prova oral produzida ao longo da instrução criminal.

A controvérsia limita-se ao elemento volitivo do delito, pois, além do apelante ter afirmado não se lembrar de nada relativo à noite dos fatos, por estar, na ocasião, sob o efeito de drogas, o incidente de insanidade mental em apenso concluiu que, de fato, ele é “portador de dependência de cocaína, F 14.2 da CID X” e, “ao ficar intoxicado pela droga devido a ter usado a noite inteira, perdeu então a capacidade de entendimento e determinação e cometeu o crime em tela”.

É verdade que no mesmo laudo, de forma bastante incoerente, o ilustre perito subscritor afirmou não ter havido nexo de causalidade entre a dependência química do apelante e o ato delitivo, “já que a decisão de assumir os riscos do uso excessivo de cocaína foi tomada em condições de plena capacidade de entender o caráter criminoso do delito e de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Mas não há como se acolher tal posicionamento, que, aliás, ultrapassa a alçada do perito, por ingressar na análise jurídica dos fatos, pois seria o mesmo que afirmar que o dependente químico, em seus momentos de abstinência, é perfeitamente capaz de conter os seus ímpetos

de consumir droga, exatamente como qualquer outra pessoa não portadora dessa patologia.

Ao revés, não é isso o que a medicina legal sustenta, e é exatamente esse o motivo do artigo 45 da Lei de Drogas equiparar a situação do dependente químico à do doente mental, para efeito de gerar inimizabilidade, afastando, assim, a culpabilidade.

Neste sentido leciona GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *in* **Leis Penais e Processuais Comentadas**, 1ª edição, ao analisar o artigo 45 da Lei de Drogas, a f. 802/803:

“Causa de exclusão da culpabilidade: vincula-se à imputabilidade penal, que significa a capacidade do agente de, sendo mentalmente são e amadurecido em relação à personalidade, tenha condições de promover um juízo de censura sobre seus próprios atos, conseguindo distinguir os que são ilícitos daqueles que são considerados ilícitos. Assim ocorrendo, terá possibilidade de optar entre o caminho certo (lícito) ou do errado (ilícito). Escolhendo este último e praticando um fato típico e antijurídico sofrerá juízo de culpabilidade, consistente na reprovação social sobre sua conduta, possibilitando, pois, a perfeita constituição do crime, analiticamente falando. Se o agente for doente mental (ou retardado), o tiver menos de dezoito anos, é considerado inimputável, não sendo capaz de entender o caráter ilícito do que venha a praticar, logo, não é culpável, nem comete crime. Fica sujeito, quando a situação for de doença ou retardamento mental, à aplicação de medida de segurança, sanção penal diversa da pena, pois implica em prevenção e cura, não possuindo qualquer caráter retributivo. Entendemos, no entanto, que o art. 45 é desnecessário, diante dos artigos 26, 27 e 28 do Código Penal. Quem é viciado em qualquer substância entorpecente (incluindo-se, nesse contexto, o álcool), para o atual con-

ceito médico, é doente mental. Portanto, o disposto no art. 26 seria suficiente para quem padece de uma enfermidade mental, como por exemplo a esquizofrenia, como também para aqueles que são dependentes de drogas em geral.”

No caso em exame, apesar de afirmar que o apelante estava abstinente por meses antes dos fatos, o perito não hesitou ao asseverar que ele é, sim, dependente de cocaína.

Logo, ainda que fosse capaz de entender os riscos e as consequências de consumir drogas, o apelante era incapaz – como dependente químico que – de se portar de acordo com tal entendimento quando iniciou o consumo de drogas no dia dos fatos.

Desta feita, ao contrário do que afirmou o perito, é cediço que o dependente químico, ainda que estivesse, de longa data, abstinente, não possui absoluto domínio sobre a sua vontade e não é capaz de conter os seus ímpetos de consumir droga, não se aplicando a ele, a toda evidência, a teoria da *actio libera in causa*.

Portanto, forçoso reconhecer que as provas existentes nos autos autorizam que se reconheça a inimputabilidade do apelante em razão da dependência química, nos precisos termos do artigo 45 da Lei nº 11.343/06, devendo ele ficar sujeito a tratamento médico especializado, conforme dispõe o artigo 47 da mesma Lei, em respeito ao princípio da especialidade em casos de dependência química comprovada.

E quanto ao tratamento a ser dispensado ao apelante, considerando a sua periculosidade, apurada a partir da análise dos fatos e do depoimento da vítima, que revela temer o próprio neto quando ele está sob o efeito de drogas, conclui-se que o mais adequado é a inter-

nação, a fim de tutelar a incolumidade daqueles que estão a sua volta.

Isto posto, voto pelo provimento ao presente recurso, a fim de, com fundamento nos artigos 26 do Código Penal, 45 da Lei n.º 11.343/06 e 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, absolver o apelante T.D.C. das imputações relativas ao presente feito, impondo-lhe, em consequência, a medida de segurança de internação, pelo prazo mínimo de 01 (um) ano.

Rio de Janeiro, 13 de junho de 2017.

**DES. ROSA HELENA PENNA MACEDO GUITA**  
Relatora

**ROUBO. VIOLÊNCIA DESNECESSÁRIA CONTRA VÍTIMA IDOSA. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PENA REDIMENSIONADA.**

ACÓRDÃO

**APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DECRETO CONDENATÓRIO. IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA QUE REQUER DIMINUIÇÃO DA PENA BASE E INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO.**

1- Manutenção da condenação. *In casu*, materialidade e autoria delitivas restaram suficientemente demonstradas no decorrer da instrução, conforme depreendo do auto de prisão em flagrante, auto de apreensão, laudo de exame em arma branca e instrumentos de crime, laudo de merceologia indireta e prova oral coligida sob o crivo do contraditório, incluindo a confissão espontânea do acusado.

2- Análise do processo dosimétrico. A pena-base foi aplicada acima do patamar

mínimo legal, tendo em vista o maior grau de culpabilidade do acusado, já que ele empregou de violência desnecessária contra a vítima idosa, e em razão dos maus antecedentes. *Ipsa facto*, a culpabilidade do apelante excedeu a normalidade exigida ao tipo penal em questão, devendo, por isso, ser aumentada a resposta penal. É bem verdade que o fato de ter cometido o injusto contra idoso ensejaria, per si, o reconhecimento da agravante descrita no art. 61, II, h, do CP, a qual, lamentavelmente, foi olvidada pelo julgador e pelo *Parquet*, que sequer interpôs recurso. Também não se desconhece que a violência é integrante do tipo penal em questão. Entretanto, averigua-se que a conduta do apelante, ao empurrar a vítima de 84 anos de idade, agiu de maneira totalmente desnecessária, daí porque julga-se imprescindível maior repreensão. Quanto aos maus antecedentes, a insurgência defensiva não tem razão de existir. O apelante ostenta em sua FAC uma anotação relativa a fato anterior ao ora em exame, cuja condenação transitou em julgado no decorrer deste feito, revelando-se, assim, desfavorável a aludida circunstância judicial. Os antecedentes criminais não se confundem com a reincidência, sendo possível desaboná-los com condenações definitivas incapazes de configurar a agravante da reincidência pelo trânsito em julgado após o cometimento do delito objeto da nova apenação. Segue-se orientação das Cortes Superiores. Nessa perspectiva, a fixação da pena base acima do mínimo legal não se afigura arbitrária. Procede-se ao pequeno ajuste quanto à pena pecuniária, eis que estabelecida em descompasso com o disposto no art. 49 do CP. Na segunda fase, entende-se que o ora apelante, uma vez admitido a autoria delitiva, merece ser beneficiando pela atenuante da confissão espontânea. Assim, diminui-se a sanção em 1/6 (um sexto). Na terceira fase, em razão do emprego da faca, a sanção foi acrescentada

**em 1/3 (um terço). Considerando a avaliação de circunstâncias judiciais negativas e a pena ora revista, mantém-se o regime prisional fechado, nos moldes do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal. Recurso defensivo a que se dá parcial provimento.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº. 0011366-46.2016.8.19.0042, originários do Juízo da Vara Criminal da Comarca de Teresópolis, em que é Apelante Eri Luciano, e Apelado o Ministério Público;

Acordam os Desembargadores que compõem a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao apelo defensivo, nos termos do voto da Relatora, que passa a integrar o presente acórdão.

#### Voto

Eri Luciano, ora apelante, foi denunciado perante o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Teresópolis, pela prática, em tese, do crime descrito no art. 157, § 2º, I, com incidência da agravante do art. 61, II, alínea “h”, ambos do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória:

“(…) No dia 15 de abril de 2016, por volta das 13:00h, na Rua Nossa Senhora de Fátima, nº 240, Bairro Espanhol, nesta Comarca, o denunciado, com vontade livre e consciente de roubar, mediante o uso de violência física através de um empurrão e, ainda, de grave ameaça exercida pelo uso de uma faca, subtraiu para si um óculos de sol, um óculos de grau, uma agenda de telefones, uma carteira e o valor de R\$ 89,00 (oitenta e nove reais) em espécie, todos os bens pertencentes à vítima J.A.D., de 83 (oitenta e três) anos de idade, e descritos no auto de f. 21.

Na oportunidade, a vítima e sua filha es-

tavam em casa quando o denunciado entrou no local empunhando uma arma branca - faca -, afirmando “eu só quero o dinheiro”, momento em que empurrou a vítima, idosa, contra a parede.

Em seguida, o denunciado pegou a bolsa da vítima que estava sobre a mesa e deixou o local, quando esta e sua filha buscaram socorro, e vizinhos acionaram a Polícia Militar.

Em buscas pelas redondezas, os policiais localizaram o denunciado, o qual trazia consigo exatamente a quantia subtraída da bolsa da vítima, razão pela qual se dirigiram à residência do tio deste, que lhes franqueou a entrada, onde os militares arrecadaram o restante dos pertences da vítima (...)”

Terminada a instrução, o juízo *a quo* julgou procedente a pretensão punitiva estatal, condenando o acusado nos moldes descritos na denúncia, às penas de 07(sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e 129 (cento e vinte e nove) dias-multa. (edoc.132)

O acusado, assistido pela defensoria pública, interpõe o presente apelo, pugnando pelo redimensionamento da pena.

Quanto a isso, salienta a laboriosa defesa que a pena base não deveria ter sido acrescida pelos maus antecedentes, tendo em vista que “o recorrente deve ser julgado pelos fatos e circunstâncias que ocorreram até a data do crime (...) as condenações por fatos posteriores ao delito em julgamento (ainda que transitadas em julgado) não podem ser utilizadas para agravar a pena-base.”

Outrossim, argumenta que deve ser reconhecida a atenuante da confissão. (e-doc. 153)

Então, vejamos.

*In casu*, materialidade e autoria delitivas restaram suficientemente demonstradas no de-

correr da instrução, conforme depreendo do auto de prisão em flagrante, auto de apreensão, laudo de exame em arma branca e instrumentos de crime, laudo de merceologia indireta e prova oral coligida sob o crivo do contraditório, incluindo a confissão espontânea do acusado.

A vítima M.A.D.S. disse que:

“(…) às perguntas do Ministério Público respondeu: que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que a depoente havia acabado de chegar com sua neta; que estavam na casa a mãe da depoente, de 84 anos, e uma faxineira; que as portas do fundo estavam abertas; que a depoente chegou com sua neta de 10 meses; que, logo depois da depoente chegar e sentar no sofá, o acusado entrou pelos fundos; que o acusado estava com uma fronha na cabeça e uma faca na mão; que a faxineira entrou no banheiro e se trancou; que o acusado foi ao encontro da mãe da depoente; que o acusado falou que não era a mãe da depoente que ele queria; que a mãe da depoente ficou assustada; que o acusado empurrou a mãe da depoente; que a mãe da depoente caiu e machucou o braço e a boca; que o acusado foi na direção da depoente e falou que queria dinheiro; que a faxineira já tinha aberto a janela e gritado por socorro; que o acusado olhou em volta da sala, pegou a bolsa e saiu correndo; que a família do acusado mora em uma servidão que fica ao lado da casa da depoente; que a depoente viu o acusado pulando; que a depoente reconheceu o acusado pelo porte, pela voz e porque a carteira e todos os documentos da depoente; que foi tudo recuperado em perfeito estado; que a depoente não acompanhou a prisão do acusado; que a polícia foi acionada e os vizinhos apareceram; que a depoente desceu pra se encontrar com os policiais: que o acusado apareceu e perguntou o que estava acontecendo como se nada tivesse acontecido; que a depoente falou para o acusado devolver a sua bolsa: que o acusado falou que iria processar

a depoente por calúnia; que a depoente falou para irem na casa do acusado; que o acusado afirmou que em sua casa somente entrariam com mandado judicial; que os policiais orientaram a depoente a ir até a Delegacia: que a depoente foi até a Delegacia, mas o sistema estava fora do ar; que mandaram a depoente voltar depois; que, quando estavam voltando, a depoente recebeu um telefonema em que pediram para voltar para a Delegacia, pois o tio do acusado já tinha permitido a entrada; que os policiais acharam os pertences da depoente na casa; que também acharam a faca na casa. Às perguntas do Juízo respondeu: a depoente viu o acusado com a faca no momento em que este entrou em sua casa; que o acusado falou que queria dinheiro...”

A testemunha PM Ruan Carlos Pozes da Cruz disse que:

“(…) Às perguntas do Ministério Público respondeu: que participou da prisão do acusado; que foi solicitado pela sala de operações, pois a população estava ligando para 190; que chegaram ao local e o acusado não estava mais dentro da casa: que a filha da vítima disse que reconheceu a voz do acusado, pois este estava com uma fronha na cabeça; que a filha da vítima é a senhora que acabou de depor; que a filha da vítima afirmou que reconheceu a voz do acusado pelo fato deste ser seu vizinho; que o ladrão estaria com o braço machucado por ter pulado o muro com pressa; que foram até o local para ver se achavam os pertences da vítima; que solicitaram a entrada ao proprietário da casa; que o acusado não era o proprietário da casa; que encontraram na casa a bolsa e a faca; que conduziram o acusado até a Delegacia; que a pessoa que o depoente prendeu é o acusado presente; que a faca foi encontrada dentro da casa do tio do acusado (...)”

Eri Luciano, em autodefesa, admitiu a

autoria, afirmando que adentrou a casa das vítimas com a faca e subtraiu a bolsa com pertences.

Com efeito, a irresignação da defesa cinge-se à dosagem da pena, requerendo a diminuição do *quantum*, tendo em vista que foram reconhecidos como maus antecedentes uma condenação transitada em julgado em data posterior ao fato apurado nestes autos, e não foi aplicada a atenuante da confissão.

*In casu*, o magistrado, ao aplicar a repri-menda, teceu as seguintes considerações:

“(…) inicialmente, a fim de ciar maior transparência, cumpre esclarecer que este magistrado, na análise da primeira fase da dosimetria, utiliza (como regra) o consagrado parâmetro de aumento de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância desfavorável, o qual dever incidirá sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, conforme o entendimento das duas turmas do Superior Tribunal de Justiça (HC 368ti13 / GO e HC 358732 / SP), bem da doutrina especializada do professor RICARDO AUGUSTO SCHMITT (*vide* SCHMITT, Ricardo Augusto, **Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática** – 8ª ed.

Sendo assim, analisando o disposto no artigo 68, bem como as circunstâncias judiciais do artigo 59, ambos do Código Penal, observa-se, inicialmente, que a culpabilidade diz respeito ao grau de reprovabilidade da conduta do agente. No caso em epígrafe, a conduta do réu extrapolou a abrangência do tipo penal uma vez que este empregou violência contra a mãe da vítima, uma senhora de mais oitenta anos. O réu possui maus antecedentes, tendo em vista a condenação proferida nos autos do Processo 0000479-77.2016.8.19.0061 (FAC de f. 44/46).

Cumpre frisar que, segundo o Superior Tribunal de Justiça, a condenação definitiva registrada por crime anterior e com o trânsi-

to em julgado posterior à data do fato apurado nesta ação penal, a despeito de não caracterizar a agravante da reincidência, pode ser valorada como maus antecedentes (AgRg rio REsp nº 1377632 / MG). Não há nos autos elementos que permitam analisar a conduta social e a personalidade do condenado. O motivo do crime é a obtenção de lucro fácil, elemento este que já é inerente ao tipo penal. As circunstâncias e as consequências do crime foram normais à espécie. O comportamento da vítima foi irrelevante para a ocorrência do crime. Por tais motivos, fixo a pena em 05 anos e 06 meses de reclusão e 97 dias-multa.

No segundo momento, verifico inexistirem circunstâncias atenuantes e agravantes; razão pela qual mantenho a pena em 05 anos e 06 meses de reclusão e 97 dias-multa.

Por fim, no terceiro momento, observa-se inexistirem causas de diminuição de pena.

Por outro lado, verifica-se a ocorrência da causa de aumento de pena do emprego de arma, na forma do artigo 157, § 2º I, do Código Penal, razão pela qual aumento a pena em 1/3 (um terço) e torno definitiva a pena de 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 129 (cento e vinte e nove) dias-multa.”

Como pude notar, a pena base foi aplicada acima do patamar mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 97 (noventa e sete) dias multa, tendo em vista, o maior grau de culpabilidade do acusado, já que ele empregou de violência desnecessária contra a vítima idosa, e em razão dos maus antecedentes.

*Ipsa facto*, entendo que a culpabilidade do apelante excedeu a normalidade exigida ao tipo penal em questão, devendo, por isso, ser aumentada a resposta penal

É bem verdade que o fato de ter cometido o injusto contra idoso ensejaria, *per si*, o reconhecimento da agravante descrita no art.

61, II, h, do CP, a qual, lamentavelmente, foi olvidada pelo julgador e pelo parquet, que sequer interpôs recurso.

Também não desconheço que a violência é integrante do tipo penal em questão.

Entretanto, averiguo que a conduta do apelante, ao empurrar a vítima de 84 anos de idade, agiu de maneira totalmente desnecessária, daí porque julgo imprescindível maior apreensão.

Quanto aos maus antecedentes, a insurgência defensiva não tem razão de existir.

O apelante ostenta em sua FAC uma anotação relativa a fato anterior ao ora em exame, cuja condenação transitou em julgado no decorrer deste feito, revelando-se, assim, desfavorável a aludida circunstância judicial.

Quanto a isso, devo admitir que, após refletir sobre essa questão, passei a me filiar ao entendimento das Cortes Superiores nesse sentido.

Por óbvio, seria diferente o caso da reincidência, agravante genérica prevista no art. 61, I, do Código Penal, que, de fato, só se configura com a prática de novo crime após o trânsito em julgado da condenação anterior.

Segundo dispõe o art. 63 do Estatuto Repressivo, “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Sob essa ótica, os antecedentes criminais não se confundem com a reincidência, sendo possível desaboná-los com condenações definitivas incapazes de configurar a agravante da reincidência pelo trânsito em julgado após

o cometimento do delito objeto da nova apelação.

É verdade que, em outros julgados, já afastei o reconhecimento dos maus antecedentes, por entender que a Súmula nº 444 do STJ e o princípio da presunção de inocência restariam conspurcados.

Com efeito, curvei-me ao entendimento das Cortes Superiores no sentido de que a condenação penal transitada em julgado pode sim justificar a exacerbação da pena, pois, com o trânsito em julgado, descaracteriza-se a presunção *juris tantum* de inocência do réu, que passa, então, a ostentar o *status* jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes.

O Superior Tribunal de Justiça já promulgou que “a condenação definitiva registrada por crime anterior e com o trânsito em julgado posterior à data do fato apurado na ação penal objeto desse recurso especial, a despeito de não caracterizar a agravante da reincidência, pode ser valorada como maus antecedentes” (AgRg no REsp nº 1377632 / MG).

Adotando mesmo posicionamento, colaciono o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

*HABEAS CORPUS. MOEDA FALSA. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO APÓS O COMETIMENTO DO CRIME SUJEITO À CONDENAÇÃO. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolu-*

tamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrarias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. 2. Condenações transitadas em julgado após o cometimento dos crimes objeto da condenação são aptas a desabonar, na primeira fase da dosimetria, os antecedentes criminais para efeito de exacerbação da pena base (CP, art. 59). 3. Não se presta o *habeas corpus* ao reexame do conjunto fático probatório que levou à fixação das penas. 4. Ordem denegada.

*HABEAS CORPUS* Nº 117.737 SÃO PAULO RELATORA: MIN. ROSA WEBER. Julgamento: 15/10/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma.

Nessa perspectiva, a fixação da pena-base acima do mínimo legal não se afigura arbitrária, motivo pelo qual mantenho-a no patamar estabelecido no deciso, procedendo ao pequeno ajuste quanto à pena pecuniária, eis que estabelecida em descompasso com o disposto no art. 49 do CP. Assim, redimensiono-a para 13 (treze) dias-multa.

Na segunda fase, entendo que o ora apelante, uma vez admitido a autoria delitiva, merece ser beneficiado pela atenuante da confissão espontânea, *ex vi* do art. 65, III, 'd' do CP.

Ainda que o douto juízo sentenciante tenha destacado que a confissão do ora apelante “não está sendo utilizada para fundamentar a sentença penal condenatória”, extraído do caderno probatório que o acusado admitiu a autoria, fato a merecer ser beneficiado pela redução.

Assim, diminuo a sanção em 1/6 (um sexto), fixando-a em 04 (quatro) anos e 07 (sete) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase, em razão do emprego da faca, que fora apreendida e periciada, a sanção foi acrescentada em 1/3 (um terço), ficando agora definitivamente estabelecida em 06 (seis) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Considerando a avaliação de circunstâncias judiciais negativas e a pena ora revista, mantenho o regime prisional fechado, nos moldes do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal.

À conta de tais considerações, direciono o meu voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso defensivo, para redimensionar a pena 06 (seis) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, e 13 (treze) dias-multa.

É como voto.

Rio de Janeiro, 23 de novembro de 2017.

**DES. MARIA ANGÉLICA G. GUERRA GUEDES**  
RELATORA



**ABRIGAMENTO**

**0020934 81.2017.8.19.0000**

**24396 / 2017 TJ (AI)** - Abrigamento compulsório. Ministério Público. Expressa declaração da idosa de não querer deixar sua residência. Lei nº 8.842/94. Política nacional do idoso. Atuação do Município de Cabo Frio elogiável. Indisponibilidade de direitos fundamentais. Vontade livre e consciente do indivíduo ..... 124

**ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA**

**0005616 05.2015.8.19.0202**

**6149 / 2016 TJ (ACRIM)** - Incêndio em casa habitada por ascendente idosa. Prova oral. Autor do delito dependente químico. Inimputabilidade. Absolvição imprópria. Aplicação de medida de segurança de internação. .... 327

**ADOÇÃO**

**0022714 79.2015.8.19.0209**

**6319 / 2017 TJ (AC)** - Adoção consensual. Inclusão do nome do padrasto no registro de nascimento. Manutenção da paternidade biológica. Multiparentalidade. Sentença de improcedência do pedido. Princípios da fungibilidade e da boa-fé. Recurso provido. .... 256

**0495800 94.2014.8.19.0001**

**47115 / 2017 TJ (AC)** - Adoção. Apelante idoso. Pretensão em adotar crianças de poucas idades. Estudos social e psicológico não favoráveis. Dúvidas quanto à motivação da maternidade. Tutela pelo melhor interesse da criança. Recurso negado.

**A Judicialização das Políticas Públicas para a População Idosa: a Experiência da Central Judicial do Idoso**

PAULA REGINA DE OLIVEIRA RIBEIRO ..... 36

**ALIMENTOS**

**0003188 63.2014.8.19.0209**

**34319 / 2015 TJ (AC)** - Alimentos. Observância do binômio necessidade/possibilidade. Criança de 2 (dois) anos. Alimentante taxista. Rescisão do aluguel da autonomia. Desemprego. Financiamento de veículo. Instrumento de trabalho para subsistência própria e da família. Ambos os genitores têm obrigação alimentar quando os filhos são menores. Princípio da isonomia. Reforma parcial do *decisum*. .... 260

**Aspectos Jurídicos do Serviço de Acolhimento em Instituições de Longa Permanência para Idosos**

LUIZ CLÁUDIO CARVALHO DE ALMEIDA ..... 27

**BAFÔMETRO**

**0319040 96.2014.8.19.0001**

**66374 / 2016 TJ (AC)** - Ação anulatória c/c obrigação de fazer. Bombom de licor. Blitz Lei Seca. Negativa do condutor a se submeter ao bafômetro. Sentença de improcedência. Condutas diferentes mesma punição. Lacuna na legislação até 2016. Peculiaridade na época dos fatos. Mudança de posicionamento da relatoria. Princípio da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade. Procedência integral dos pedidos do autor. .... 245

**BEM PÚBLICO**

**0086389-73.2006.8.19.0001 TJ (REEXAME NECESSÁRIO)**

- Direito Administrativo. Bem Público. Concessão de uso. Exploração de garagem subterrânea. Região do teleporto. Omissão do Município em coibir estacionamento irregular e clandestino. Frustração de expectativas. Necessidade de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. Laudo pericial. Parâmetros do estudo de viabilidade. Compensação econômica ao contratado ..... 272

**CASA DE REPOUSO**

**0024845 41.2012.8.19.0206**

**94577 / 2015 TJ (AC)** - Ação Civil Pública. Casa de repouso. Mau funcionamento.

Vigilância sanitária. Interdição e aplicação de penalidade. Estatuto do Idoso. CRFB. Direitos fundamentais das pessoas idosas. Gratuidade de justiça..... 131

## CDC

**0459182 53.2014.8.19.0001**

**85228 / 2016 TJ (AC)** - Plano de saúde. Contrato antigo. CDC. Aumento abusivo das mensalidades. Faixa etária. Estatuto do Idoso. STJ. Cláusula de barreira. Reajustes desproporcionais. Necessidade de cálculos atuariais para majoração da 5ª faixa. Restituição dos pagamentos indevidos..... 199

**0023896 83.2013.8.19.0205**

**25245 / 2017 TJ (AC)** - Plano de saúde. Descredenciamento de hospital. Ausência de comunicação ao usuário. CDC. Dever legal. Dano moral configurado. Redução. .... 209

## CLÁUSULA DE RISCO

**0002344 45.2011.8.19.0007**

**34228 / 2017 TJ (AC)** - Seguro de vida. Contrato de adesão. Segurado com depressão. Uso de entorpecente. *Overdose*. Falecimento. Não observância de cláusula de risco. Pagamento da cobertura securitária não efetuado. Recurso negado..... 308

## CNH

**0024560 55.2015.8.19.0202**

**3418 / 2017 TJ (ACRIM)** - Carteira de habilitação. Documento falsificado. Laudo pericial. Falsificação capaz de iludir terceiros, inclusive o próprio apelante. Erro de tipo. Absolvição do acusado..... 318

## COMPANHEIRA

**0012244 63.2017.8.19.0000**

**13765 / 2017 TJ (AI)** - Direito sucessório. Exclusão de companheira. Código Civil x Estatuto do Idoso. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da autonomia

da vontade. Recurso provido..... 137

## COMPETÊNCIA

**0017174 27.2017.8.19.0000**

**19729 / 2017 TJ (AI)** - Cumprimento de sentença arbitral. Contrato de empreitada. Natureza cível. Discussão quanto à competência. Vara cível *versus* Vara empresarial. Ausência de previsão legal para vara especializada. Declínio de competência para vara cível. .... 269

## CONCUBINATO

**0013479 30.2016.8.19.0023**

**85275 / 2016 TJ (AC)** - Pensão estatal. Habilitação. Alegação de união estável. Ausência de prova de convivência. Existência de casamento. Esposa idosa. Concubinato. Manutenção da sentença. .... 188

## CONCURSO DE AGENTES

**85575 / 2017 STJ (RHC)** - *Habeas Corpus*. Tráfico de drogas. Concurso de agentes. Prisão em flagrante. Liberdade provisória concedida aos corréus. Extensão do benefício ao requerente. Ausência de identidade fático-processual. Recurso improvido. .... 86

## CONFISSÃO

**0011366 46.2016.8.19.0042**

**16367 / 2017 TJ (ACRIM)** - Roubo. Violência desnecessária contra vítima idosa. Prisão em flagrante. Confissão espontânea. Pena redimensionada..... 330

## CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA

**131786 / 2013 STJ (CC)** - Conflito negativo de competência. Petrobrás. Programa de assistência multidisciplinar à saúde. Justiça do trabalho. Convenção coletiva de trabalho. Jurisprudência do STJ. .... 76

**CONSUMIDOR**

**1322449 / 2012 STJ (RESP)** - Companhia telefônica TIM. Obrigação de instalar Setor de Relacionamento. Cancelamento de linhas telefônicas. Prejuízos causados aos consumidores. Inversão do ônus da prova em favor do *Parquet*. Reexame de matéria fática. Providência vedada em recurso especial. Impossibilidade. .... 71

**CONTRATO**

**0002344-45.2011.8.19.0007**  
**34228 / 2017 TJ (AC)** - Seguro de vida. Contrato de adesão. Segurado com depressão. Uso de entorpecente. *Overdose*. Falecimento. Não observância de cláusula de risco. Pagamento da cobertura securitária não efetuado. Recurso negado. .... 308

**CRIME CONTRA A HONRA**

**0373884 30.2013.8.19.0001**  
**14671 / 2016 TJ (ACRIM)** - Desacato. Ofensas à Policial Militar. Caráter pessoal. Crime contra a honra e não contra a administração. Prazo decadencial decorrido. Ab-solução sumária. .... 321

**CUSTAS**

**1504432 / 2014 STJ (RESP)** - Gratuidade de justiça para custas processuais. Pagamento de honorários advocatícios. Lei nº 1.060/50. Prejuízo ao erário público. Princípio da legalidade. Retorno dos autos à origem para processamento da apelação .... 78

**DANO AMBIENTAL**

**0133280 89.2005.8.19.0001**  
**51553 / 2016 TJ (AC)** - Indenização. Dano ambiental. Scala. Obrigação de fazer. Poluição sonora. Incômodo ao repouso de várias famílias. Prédio demolido. Perda do objeto. Controvérsia sobre dano ambiental. Prova unilateral. Ausência do contraditório.

Improcedência do pedido. .... 305

**DANO MORAL**

**0004865 07.2013.8.19.0002**  
**15512 / 2016 TJ (AC)** - Indenizatória. Idoso. Gratuidade de acesso à transporte público. Apresentação da carteira de identidade e protocolo de 2ª via do RIOCARD. Negativa de ingresso. Ofensas. Direito Constitucional. Estatuto do Idoso. Dano moral. Configuração. Recurso improvido ..... 167

**0023896 83.2013.8.19.0205**  
**25245 / 2017 TJ (AC)** - Plano de saúde. Descredenciamento de hospital. Ausência de comunicação ao usuário. CDC. Dever legal. Dano moral configurado. Redução. .... 209

**DANOS MATERIAIS E MORAIS**

**0042430 45.2013.8.19.0021**  
**59506 / 2015 TJ (AC)** - Ação indenizatória. Distribuidora de combustível. Explosão. Grande incêndio. Petrobrás. Bairro residencial. Abandono das casas. Abalos emocional e psicológico. Reforma da sentença em relação à correção monetária e juros de mora. Súmula nº 161. Danos materiais e morais ..... 238

**Desperdício Tecnológico no Brasil: o Paradoxo entre o uso da Internet e o Desenvolvimento de Negócio no Ambiente Digital**

ALLEN DOS SANTOS PINTO DA SILVA FILHO. .... 58

**ECA**

**0010649 91.2016.8.19.0023**  
**16932 / 2016 TJ (ACRIM)** - Ato infracional análogo ao delito de tráfico de substâncias entorpecentes. ECA. Prova inequívoca. Medida socioeducativa de liberdade assistida. Apelo do Ministério Público pelo recrudesimento da pena. Menor transplantado. Não recomendação. Recurso desprovido ..... 317

**ERÁRIO****0029404 38.2016.8.19.0000**

**36605 / 2016 TJ (AI)** - Distribuição de medicamento. SUS. Notas fiscais fraudulentas. Improbidade administrativa. Dano ao erário. Indisponibilidade total de bens. Recurso improvido. Voto vencido ..... 289

**ESCRITURA PÚBLICA****0128478 04.2012.8.19.0001**

**31433 / 2014 TJ (AC)** - Escritura pública declaratória de união estável. Anulação. Vício de consentimento. Idoso. Quadro de demência senil. Ausência de relacionamento afetivo entre as partes. Cuidadora. Provas robustas. Recurso improcedente..... 142

**ESTATUTO DO IDOSO****0024845 41.2012.8.19.0206**

**94577 / 2015 TJ (AC)** - Ação Civil Pública. Casa de repouso. Mau funcionamento. Vigilância sanitária. Interdição e aplicação de penalidade. Estatuto do Idoso. CRFB. Direitos fundamentais das pessoas idosas. Gratuidade de justiça..... 131

**0004865 07.2013.8.19.0002**

**15512 / 2016 TJ (AC)** - Indenizatória. Idoso. Gratuidade de acesso à transporte público. Apresentação da carteira de identidade e protocolo de 2ª via do RIOCARD. Negativa de ingresso. Ofensas. Direito Constitucional. Estatuto do Idoso. Dano moral. Configuração. Recurso improvido ..... 167

**0041658 37.2016.8.19.0002**

**52075 / 2016 TJ (AC)** - Idoso. Ausência de domicílio fixo. Ausência de apoio familiar. Extrema vulnerabilidade. Internação em hospital de Niterói. Alta médica. Dever do Município de providenciar o abrigo do idoso em instituição particular. Competência prevista no Estatuto do Idoso ..... 164

**0459182 53.2014.8.19.0001**

**85228 / 2016 TJ (AC)** - Plano de saúde. Contrato antigo. CDC. Aumento abusivo das mensalidades. Faixa etária. Estatuto do Idoso. STJ. Cláusula de barreira. Reajustes desproporcionais. Necessidade de cálculos atuariais para majoração da 5ª faixa. Restituição dos pagamentos indevidos..... 199

**0013583 57.2017.8.19.0000**

**15374 / 2017 TJ (AI)** - Medida protetiva. Afastamento de filha maior da residência e da genitora. Mãe idosa. Violências física e psicológica. Estatuto do Idoso. Medida necessária para preservação das saúdes física e mental. Proteção das pessoas em situação de risco. Desprovimento do recurso..... 175

**0349693 81.2014.8.19.0001**

**15854 / 2017 TJ (AC)** - Plano de saúde. Idoso. Custeio das diárias de acompanhante. CDC. Estatuto do Idoso. Contrato de trato sucessivo. Imposição de pagamento à operadora. Reembolso ..... 215

**0031380 46.2017.8.19.0000**

**37490 / 2017 TJ (AI)** - Gratuidade de justiça. Idosa. Portadora de doença grave. Estado de hipossuficiência comprovado. Estatuto do Idoso. Concessão do benefício..... 156

**0066316 28.2016.8.19.0002**

**41664 / 2017 TJ (AC)** - Município. Tutela de direito indisponível ajuizada pelo Ministério Público. Pessoa idosa. Abrigamento adequado em instituições pública ou particular de longa permanência. Abandono familiar. Obrigação do Poder Público. Constituição Federal. Estatuto do Idoso. Assistência asilar..... 183

**0057474 64.2013.8.19.0002**

**45185 / 2017 TJ (AC)** - Plano de saúde coletivo. Titular falecido. Dependente idosa. Manutenção das mesmas condições contratuais. Direito de permanência. Prin-

cípios da boa-fé objetiva e função social dos contratos. Proteção à pessoa idosa. Resolução normativa da ANS ..... 191

## ESTELIONATO

**0093058 40.2009.8.19.0001**

**4367 / 2014 TJ (ACRIM)** - Estelionato. Vítima pessoa idosa. Vantagem patrimonial. Livre e espontâneo acordo. Relacionamento afetivo por sete anos. Preconceito social. Fato atípico. Absolvição. Sentença reformada ..... 145

## ESTUDO SOCIAL

**0495800 94.2014.8.19.0001**

**47115 / 2017 TJ (AC)** - Adoção. Apelante idoso. Pretensão em adotar crianças de poucas idades. Estudos social e psicológico não favoráveis. Dúvidas quanto à motivação da maternidade. Tutela pelo melhor interesse da criança. Recurso negado..... 254

## EXTORSÃO

**386471 / 2017 STJ (RCD/HC)** - *Habeas Corpus*. Extorsão majorada. Crime cometido com grave ameaça à pessoa idosa. Prisão preventiva. Pedido de reconsideração. Gravidade abstrata. Fundamentação de genérica previsão legal. Acolhimento ..... 83

## FAIXA ETÁRIA

**1568244 / 2015 STJ (RESP)** - Recurso Especial Repetitivo. Planos de saúde individual ou familiar. Mudança de faixa etária. Variação do risco assistencial. Aferição em cada caso concreto. Mutualismo. Base econômica do contrato. Princípio da solidariedade intergeracional. Prevenção da antisseletividade. Não provimento..... 97

## FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

**0088428 91.2016.8.19.0001**

**49167 / 2017 TJ (AC)** - Recurso Re-

petitivo. Voo internacional. Extravio 24h. Cadeira de rodas. Falha na prestação do serviço. Valor da reparação do dano mantido. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ..... 312

## FALSIFICAÇÃO

**0024560 55.2015.8.19.0202**

**3418 / 2017 TJ (ACRIM)** - Carteira de habilitação. Documento falsificado. Laudo pericial. Falsificação capaz de iludir terceiros, inclusive o próprio apelante. Erro de tipo. Absolvição do acusado..... 318

## FURTO

**0086569 82.2013.8.19.0021**

**2526 / 2017 TJ (ACRIM)** - Furto simples. Absolvição. Princípio da insignificância. Construção doutrinária e jurisprudencial. Inaplicabilidade. Sentença cassada. Prosseguimento da ação penal ..... 323

## GRATUIDADE DE JUSTIÇA

**0031380 46.2017.8.19.0000**

**37490 / 2017 TJ (AI)** - Gratuidade de justiça. Idosa. Portadora de doença grave. Estado de hipossuficiência comprovado. Estatuto do Idoso. Concessão do benefício..... 156

## HONORÁRIOS

**1504432 / 2014 STJ (RESP)** - Gratuidade de justiça para custas processuais. Pagamento de honorários advocatícios. Lei nº 1.060/50. Prejuízo ao erário público. Princípio da legalidade. Retorno dos autos à origem para processamento da apelação .... 76

## IDOSO

**0093058 40.2009.8.19.0001**

**4367 / 2014 TJ (ACRIM)** - Estelionato. Vítima pessoa idosa. Vantagem patrimonial. Livre e espontâneo acordo. Relacionamento afetivo por sete anos. Preconceito

social. Fato atípico. Absolvição. Sentença reformada ..... 145

**0128478 04.2012.8.19.0001**

**31433 / 2014 TJ (AC)** - Escritura pública declaratória de união estável. Anulação. Vício de consentimento. Idoso. Quadro de demência senil. Ausência de relacionamento afetivo entre as partes. Cuidadora. Provas robustas. Recurso improcedente..... 142

**0001012 88.2016.8.19.0000**

**27 / 2016 TJ (AI)** - Idosa. Agressão física perpetrada pelo próprio filho. Questões financeiras. Vulnerabilidade. Medidas protetivas de urgência. Aplicação da Lei nº 11.340/2006 por analogia. Competência do juízo da 1ª vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da Capital ..... 159

**0011825 97.2014.8.19.0210**

**27009 / 2016 TJ (AC)** - Ação indenizatória. Atropelamento por ônibus. Morte de idoso. Inexistência de culpa da vítima. Devida reparação do dano. Dependência econômica de familiar. Pensionamento. Sobrevida provável. Tabela previdenciária. IBGE. Manutenção da sentença. .... 228

**0487036 90.2012.8.19.0001**

**48332 / 2016 TJ (AC)** - Idoso. Acidente vascular encefálico. Emergência da situação. Necessidade de transferência de hospital particular para hospital público. Tutela antecipada. obrigação de fazer. Ausência de vagas na rede pública. Atuação adequada do Poder Público e do hospital privado. Não ocorrência de danos morais. Voto vencido .....296

**0053897 73.2016.8.19.0002**

**81979 / 2016 TJ (AC)** - Ação Civil de Tutela de Direito Indisponível de Idoso. Aplicação de medida protetiva. Ministério Público. Alegação de situação de alto risco social e de saúde. Abandono e negligência por parte da única filha. Ausência de provas que justifiquem as medidas requeridas.

Falta de fundamento para a intervenção judicial. Mantida a extinção do feito sem análise do mérito..... 225

**0000224 58.2016.8.19.0070**

**46 / 2017 TJ (ACRIM)** - Latrocínio e corrupção de menores. Idoso que reage a assalto. Emprego de violência. Golpes de facção. Óbito. Provas suficientes. Desproviamento do recurso ..... 172

**0012244 63.2017.8.19.0000**

**13765 / 2017 TJ (AI)** - Direito sucessório. Exclusão de companheira. Código Civil x Estatuto do Idoso. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da autonomia da vontade. Recurso provido..... 137

**0011366 46.2016.8.19.0042**

**16367 / 2017 TJ (ACRIM)** - Roubo. Violência desnecessária contra vítima idosa. Prisão em flagrante. Confissão espontânea. Pena redimensionada..... 330

**0495800 94.2014.8.19.0001**

**47115 / 2017 TJ (AC)** - Adoção. Apelante idoso. Pretensão em adotar crianças de poucas idades. Estudos social e psicológico não favoráveis. Dúvidas quanto à motivação da maternidade. Tutela pelo melhor interesse da criança. Recurso negado..... 254

**386471 / 2017 STJ (RCD/HC)** - *Habeas Corpus*.

Extorsão majorada. Crime cometido com grave ameaça à pessoa idosa. Prisão preventiva. Pedido de reconsideração. Gravidade abstrata. Fundamentação de genérica previsão legal. Acolhimento ..... 83

**ILPI**

**0066316 28.2016.8.19.0002**

**41664 / 2017 TJ (AC)** - Município. Tutela de direito indisponível ajuizada pelo Ministério Público. Pessoa idosa. Abrigamento adequado em instituições pública ou particular de longa permanência. Abandono familiar. Obrigação do Poder Público.

Constituição Federal. Estatuto do Idoso. Assistência asilar..... 183

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

**0029404 38.2016.8.19.0000**

**36605 / 2016 TJ (AI)** - Distribuição de medicamento. SUS. Notas fiscais fraudulentas. Improbidade administrativa. Dano ao erário. Indisponibilidade total de bens. Recurso improvido. Voto vencido..... 289

**INCÊNDIO**

**0042430 45.2013.8.19.0021**

**59506 / 2015 TJ (AC)** - Ação indenizatória. Distribuidora de combustível. Explosão. Grande incêndio. Petrobras. Bairro residencial. Abandono das casas. Abalos emocional e psicológico. Reforma da sentença em relação à correção monetária e juros de mora. Súmula nº 161. Danos materiais e morais ..... 238

**0005616 05.2015.8.19.0202**

**6149 / 2016 TJ (ACRIM)** - Incêndio em casa habitada por ascendente idosa. Prova oral. Autor do delito dependente químico. Inimputabilidade. Absolvição imprópria. Aplicação de medida de segurança de internação ..... 327

**INDENIZAÇÃO**

**0133280 89.2005.8.19.0001**

**51553 / 2016 TJ (AC)** - Indenização. Dano ambiental. Scala. Obrigação de fazer. Poluição sonora. Incômodo ao repouso de várias famílias. Prédio demolido. Perda do objeto. Controvérsia sobre dano ambiental. Prova unilateral. Ausência do contraditório. Improcedência do pedido ..... 305

**JUSTIÇA DO TRABALHO**

**131786 / 2013 STJ (CC)** - Conflito negativo de competência. Petrobrás. Programa de assistência multidisciplinar à saúde.

Justiça do trabalho. Convenção coletiva de trabalho. Jurisprudência do STJ ..... 76

**LATROCÍNIO**

**0000224 58.2016.8.19.0070**

**46 / 2017 TJ (ACRIM)** - Latrocínio e corrupção de menores. Idoso que reage a assalto. Emprego de violência. Golpes de facão. Óbito. Provas suficientes. Desproviamento do recurso ..... 172

**LAUDO PERICIAL**

**0024560 55.2015.8.19.0202**

**3418 / 2017 TJ (ACRIM)** - Carteira de habilitação. Documento falsificado. Laudo pericial. Falsificação capaz de iludir terceiros, inclusive o próprio apelante. Erro de tipo. Absolvição do acusado..... 318

**LEI SECA**

**0319040 96.2014.8.19.0001**

**66374 / 2016 TJ (AC)** - Ação anulatória c/c obrigação de fazer. Bombom de licor. Blitz Lei Seca. Negativa do condutor a se submeter ao bafômetro. Sentença de improcedência. Condutas diferentes mesma punição. Lacuna na legislação até 2016. Peculiaridade na época dos fatos. Mudança de posicionamento da relatoria. Princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade. Procedência integral dos pedidos do autor. .... 245

**LIBERDADE PROVISÓRIA**

**85575 / 2017 STJ (RHC)** - *Habeas Corpus*. Tráfico de drogas. Concurso de agentes. Prisão em flagrante. Liberdade provisória concedida aos corréus. Extensão do benefício ao requerente. Ausência de identidade fático processual. Recurso improvido ..... 86

**MEDICAMENTO**

**0029404 38.2016.8.19.0000**

**36605 / 2016 TJ (AI)** - Distribuição de

medicamento. SUS. Notas fiscais fraudulentas. Improbidade administrativa. Dano ao erário. Indisponibilidade total de bens. Recurso improvido. Voto vencido..... 289

### MEDIDA DE SEGURANÇA

#### 0005616 05.2015.8.19.0202

**6149 / 2016 TJ (ACRIM)** - Incêndio em casa habitada por ascendente idosa. Prova oral. Autor do delito dependente químico. Inimputabilidade. Absolvição imprópria. Aplicação de medida de segurança de internação ..... 327

### MEDIDA PROTETIVA

#### 0053897 73.2016.8.19.0002

**81979 / 2016 TJ (AC)** - Ação Civil de Tutela de Direito Indisponível de Idoso. Aplicação de medida protetiva. Ministério Público. Alegação de situação de alto risco social e de saúde. Abandono e negligência por parte da única filha. Ausência de provas que justifiquem as medidas requeridas. Falta de fundamento para a intervenção judicial. Mantida a extinção do feito sem análise do mérito..... 225

#### 0013583 57.2017.8.19.0000

**15374 / 2017 TJ (AI)** - Medida protetiva. Afastamento de filha maior da residência e da genitora. Mãe idosa. Violências física e psicológica. Estatuto do Idoso. Medida necessária para preservação das saúdes física e mental. Proteção das pessoas em situação de risco. Desprovimento do recurso..... 175

### MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

#### 0010649 91.2016.8.19.0023

**16932 / 2016 TJ (ACRIM)** - Ato infracional análogo ao delito de tráfico de substâncias entorpecentes. ECA. Prova inequívoca. Medida socioeducativa de liberdade assistida. Apelo do Ministério Público pelo recrudesimento da pena. Menor transplantado. Não recomendação. Recurso desprovido ..... 317

### MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

#### 0001012 88.2016.8.19.0000

**27 / 2016 TJ (AI)** - Idosa. Agressão física perpetrada pelo próprio filho. Questões financeiras. Vulnerabilidade. Medidas protetivas de urgência. Aplicação da Lei nº 11.340/2006, por analogia. Competência do juízo da 1ª vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da Capital ..... 159

### MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

#### 0495800 94.2014.8.19.0001

**47115 / 2017 TJ (AC)** - Adoção. Apelante idoso. Pretensão em adotar crianças de poucas idades. Estudos social e psicológico não favoráveis. Dúvidas quanto à motivação da maternidade. Tutela pelo melhor interesse da criança. Recurso negado..... 254

### MENOR

#### 0003188 63.2014.8.19.0209

**34319 / 2015 TJ (AC)** - Alimentos. Observância do binômio necessidade/possibilidade. Criança de 2 (dois) anos. Alimentante taxista. Rescisão do aluguel da autonomia. Desemprego. Financiamento de veículo. Instrumento de trabalho para subsistência própria e da família. Ambos os genitores têm obrigação alimentar quando os filhos são menores. Princípio da isonomia. Reforma parcial do *decisum* ..... 260

### MINISTÉRIO PÚBLICO

#### 0020934 81.2017.8.19.0000

**24396 / 2017 TJ (AI)** - Abrigamento compulsório. Ministério Público. Expressa declaração da idosa de não querer deixar sua residência. Lei nº 8.842/94. Política nacional do idoso. Atuação do Município de Cabo Frio elogiável. Indisponibilidade de direitos fundamentais. Vontade livre e consciente do indivíduo ..... 124

**MULTIPARENTALIDADE**

**0022714 79.2015.8.19.0209**

**6319 / 2017 TJ (AC)** - Adoção consensual. Inclusão do nome do padrasto no registro de nascimento. Manutenção da paternidade biológica. Multiparentalidade. Sentença de improcedência do pedido. Princípios da fungibilidade e da boa-fé. Recurso provido .....256

**MUNICÍPIO**

**0041658 37.2016.8.19.0002**

**52075 / 2016 TJ (AC)** - Idoso. Ausência de domicílio fixo. Ausência de apoio familiar. Extrema vulnerabilidade. Internação em hospital de Niterói. Alta médica. Dever do Município de providenciar o abrigo do idoso em instituição particular. Competência prevista no Estatuto do Idoso..... 164

**0066316 28.2016.8.19.0002**

**41664 / 2017 TJ (AC)** - Município. Tutela de direito indisponível ajuizada pelo Ministério Público. Pessoa idosa. Abrigamento adequado em instituições pública ou particular de longa permanência. Abandono familiar. Obrigação do Poder Público. Constituição Federal. Estatuto do Idoso. Assistência asilar..... 183

**BEM PÚBLICO**

**0086389-73.2006.8.19.0001 TJ (REEXAME NECESSÁRIO)** - Direito Administrativo. Bem Público. Concessão de uso. Exploração de garagem subterrânea. Região do teleporto. Omissão do Município em coibir estacionamento irregular e clandestino. Frustração de expectativas. Necessidade de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. Laudo pericial. Parâmetros do estudo de viabilidade. Compensação econômica ao contratado ..... 272

**Novidades sobre a Violação de Correspondência Corporativa**

**MÁRIO PAIVA**..... 55

**OBRIGAÇÃO DE FAZER**

**0487036 90.2012.8.19.0001**

**48332 / 2016 TJ (AC)** - Idoso. Acidente vascular encefálico. Emergência da situação. Necessidade de transferência de hospital particular para hospital público. Tutela antecipada. obrigação de fazer. Ausência de vagas na rede pública. Atuação adequada do Poder Público e do hospital privado. Não ocorrência de danos morais. Voto vencido..... 296

**0133280 89.2005.8.19.0001**

**51553 / 2016 TJ (AC)** - Indenização. Dano ambiental. Scala. Obrigação de fazer. Poluição sonora. Incômodo ao repouso de várias famílias. Prédio demolido. Perda do objeto. Controvérsia sobre dano ambiental. Prova unilateral. Ausência do contraditório. Improcedência do pedido ..... 305

**ÔNUS DA PROVA**

**1322449 / 2012 STJ (RESP)** - Companhia telefônica TIM. Obrigação de instalar Setor de Relacionamento. Cancelamento de linhas telefônicas. Prejuízos causados aos consumidores. Inversão do ônus da prova em favor do Parquet. Reexame de matéria fática. Providência vedada em recurso especial. Impossibilidade ..... 71

**Os Juizados Especiais Cíveis e a Necessária Flexibilização do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica**

**ALEXANDRE CHINI E RODOLFO KRONENBERG HARTMANN**..... 19

**PENSÃO**

**0013479 30.2016.8.19.0023**

**85275 / 2016 TJ (AC)** - Pensão estatal. Habilitação. Alegação de união estável. Ausência de prova de convivência. Existência de casamento. Esposa idosa. Concubinato. Manutenção da sentença.... 188

**PENSIONAMENTO****0011825 97.2014.8.19.0210**

**27009 / 2016 TJ (AC)** - Ação indenizatória. Atropelamento por ônibus. Morte de idoso. Inexistência de culpa da vítima. Devida reparação do dano. Dependência econômica de familiar. Pensionamento. Sobrevida provável. Tabela previdenciária. IBGE. Manutenção da sentença. ....228

**PETROBRÁS****0042430 45.2013.8.19.0021**

**59506 / 2015 TJ (AC)** - Ação indenizatória. Distribuidora de combustível. Explosão. Grande incêndio. Petrobrás. Bairro residencial. Abandono das casas. Abalos emocional e psicológico. Reforma da sentença em relação à correção monetária e juros de mora. Súmula nº 161. Danos materiais e morais ..... 238

**131786 / 2013 STJ (CC)** - Conflito negativo de competência. Petrobrás. Programa de assistência multidisciplinar à saúde. Justiça do trabalho. Convenção coletiva de trabalho. Jurisprudência do STJ ..... 76

**PLANO DE SAÚDE**

**1568244 / 2015 STJ (RESP)** - Recurso Especial Repetitivo. Planos de saúde individual ou familiar. Mudança de faixa etária. Variação do risco assistencial. Aferição em cada caso concreto. Mutualismo. Base econômica do contrato. Princípio da solidariedade intergeracional. Prevenção da antisseletividade. Não provimento ..... 97

**0459182 53.2014.8.19.0001**

**85228 / 2016 TJ (AC)** - Plano de saúde. Contrato antigo. CDC. Aumento abusivo das mensalidades. Faixa etária. Estatuto do Idoso. STJ. Cláusula de barreira. Reajustes desproporcionais. Necessidade de cálculos atuariais para majoração da 5ª faixa. Restituição dos pagamentos indevidos ..... 199

**0349693 81.2014.8.19.0001**

**15854 / 2017 TJ (AC)** - Plano de saúde. Idoso. Custeio das diárias de acompanhante. CDC. Estatuto do Idoso. Contrato de trato sucessivo. Imposição de pagamento à operadora. Reembolso ..... 215

**0023896 83.2013.8.19.0205**

**25245 / 2017 TJ (AC)** - Plano de saúde. Descredenciamento de hospital. Ausência de comunicação ao usuário. CDC. Dever legal. Dano moral configurado. Redução ..... 209

**0057474 64.2013.8.19.0002**

**45185 / 2017 TJ (AC)** - Plano de saúde coletivo. Titular falecido. Dependente idosa. Manutenção das mesmas condições contratuais. Direito de permanência. Princípios da boa-fé objetiva e função social dos contratos. Proteção à pessoa idosa. Resolução normativa da ANS ..... 191

**PODER PÚBLICO****0487036 90.2012.8.19.0001**

**48332 / 2016 TJ (AC)** - Idoso. Acidente vascular encefálico. Emergência da situação. Necessidade de transferência de hospital particular para hospital público. Tutela antecipada. obrigação de fazer. Ausência de vagas na rede pública. Atuação adequada do Poder Público e do hospital privado. Não ocorrência de danos morais. Voto vencido .....296

**0066316 28.2016.8.19.0002**

**41664 / 2017 TJ (AC)** - Município. Tutela de direito indisponível ajuizada pelo Ministério Público. Pessoa idosa. Abrigamento adequado em instituições pública ou particular de longa permanência. Abandono familiar. Obrigação do Poder Público. Constituição Federal. Estatuto do Idoso. Assistência asilar ..... 183

**Poderes, Deveres e Responsabilidade do Juiz**

LUCIANO SABOIA RINALDI DE CARVALHO.... 13

**POLICIAL MILITAR**

**0373884 30.2013.8.19.0001**

**14671 / 2016 TJ (ACRIM)** - Desacato. Ofensas à Policial Militar. Caráter pessoal. Crime contra a honra e não contra a administração. Prazo decadencial decorrido. Absolvição sumária..... 321

**POLÍTICA NACIONAL DO IDOSO**

**0020934 81.2017.8.19.0000**

**24396 / 2017 TJ (AI)** - Abrigamento compulsório. Ministério Público. Expressa declaração da idosa de não querer deixar sua residência. Lei nº 8.842/94. Política nacional do idoso. Atuação do Município de Cabo Frio elogiável. Indisponibilidade de direitos fundamentais. Vontade livre e consciente do indivíduo ..... 124

**PRAZO**

**0373884 30.2013.8.19.0001**

**14671 / 2016 TJ (ACRIM)** - Desacato. Ofensas à Policial Militar. Caráter pessoal. Crime contra a honra e não contra a administração. Prazo decadencial decorrido. Absolvição sumária..... 321

**PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE**

**0012244 63.2017.8.19.0000**

**13765 / 2017 TJ (AI)** - Direito sucessório. Exclusão de companheira. Código Civil x Estatuto do Idoso. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da autonomia da vontade. Recurso provido..... 137

**PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**

**0086569 82.2013.8.19.0021**

**2526 / 2017 TJ (ACRIM)** - Furto simples. Absolvição. Princípio da insignificância. Construção doutrinária e jurisprudencial. Inaplicabilidade. Sentença cassada. Prosseguimento da ação penal ..... 323

**PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

**0003188 63.2014.8.19.0209**

**34319 / 2015 TJ (AC)** - Alimentos. Observância do binômio necessidade/possibilidade. Criança de 2 (dois) anos. Alimentante taxista. Rescisão do aluguel da autonomia. Desemprego. Financiamento de veículo. Instrumento de trabalho para subsistência própria e da família. Ambos os genitores têm obrigação alimentar quando os filhos são menores. Princípio da isonomia. Reforma parcial do *decisum* ..... 260

**PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE**

**0319040 96.2014.8.19.0001**

**66374 / 2016 TJ (AC)** - Ação anulatória c/c obrigação de fazer. Bombom de licor. Blitz Lei Seca. Negativa do condutor a se submeter ao bafômetro. Sentença de im procedência. Condutas diferentes mesma punição. Lacuna na legislação até 2016. Peculiaridade na época dos fatos. Mudança de posicionamento da relatoria. Princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade. Procedência integral dos pedidos do autor..... 245

**PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

**1504432 / 2014 STJ (RESP)** - Gratuidade de justiça para custas processuais.

Pagamento de honorários advocatícios. Lei nº 1.060/50. Prejuízo ao erário público. Princípio da legalidade. Retorno dos autos à origem para processamento da apelação .... 78

**PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE E DA BOA FÉ**

**0022714 79.2015.8.19.0209**

**6319 / 2017 TJ (AC)** - Adoção consensual. Inclusão do nome do padrasto no registro de nascimento. Manutenção da paternidade biológica. Multiparentalidade. Sentença de improcedência do pedido. Princípios da fungibilidade e da boa-fé. Recurso provido .....256

**PRISÃO**

**386471 / 2017 STJ (RCD/HC) - Habeas Corpus.** Extorsão majorada. Crime cometido com grave ameaça à pessoa idosa. Prisão preventiva. Pedido de reconsideração. Gravidade abstrata. Fundamentação de genérica previsão legal. Acolhimento ..... 83

**Proibição de Voto**

JORGE LOBO ..... 53

**PROVA**

**0005616 05.2015.8.19.0202**  
**6149 / 2016 TJ (ACRIM) -** Incêndio em casa habitada por ascendente idosa. Prova oral. Autor do delito dependente químico. Inimputabilidade. Absolvição imprópria. Aplicação de medida de segurança de internação ..... 327

**0010649 91.2016.8.19.0023**  
**16932 / 2016 TJ (ACRIM) -** Ato infracional análogo ao delito de tráfico de substâncias entorpecentes. ECA. Prova inequívoca. Medida socioeducativa de liberdade assistida. Apelo do Ministério Público pelo recrudescimento da pena. Menor transplantado. Não recomendação. Recurso desprovido ..... 317

**RECURSO REPETITIVO**

**0088428 91.2016.8.19.0001**  
**49167 / 2017 TJ (AC) -** Recurso Repetitivo. Voo internacional. Extravio 24h. Cadeira de rodas. Falha na prestação do serviço. Valor da reparação do dano mantido. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ..... 312

**RESOLUÇÃO NORMATIVA**

**0057474 64.2013.8.19.0002**  
**45185 / 2017 TJ (AC) -** Plano de saúde coletivo. Titular falecido. Dependente idosa. Manutenção das mesmas condições contratuais. Direito de permanência. Princípios da

boa-fé objetiva e função social dos contratos. Proteção à pessoa idosa. Resolução normativa da ANS ..... 191

**ROUBO**

**0011366 46.2016.8.19.0042**  
**16367 / 2017 TJ (ACRIM) -** Roubo. Violência desnecessária contra vítima idosa. Prisão em flagrante. Confissão espontânea. Pena redimensionada ..... 330

**SEGURO DE VIDA**

**0002344 45.2011.8.19.0007**  
**34228 / 2017 TJ (AC) -** Seguro de vida. Contrato de adesão. Segurado com depressão. Uso de entorpecente. *Overdose*. Falecimento. Não observância de cláusula de risco. Pagamento da cobertura securitária não efetuado. Recurso negado ..... 308

**SENTENÇA ARBITRAL**

**0017174 27.2017.8.19.0000**  
**19729 / 2017 TJ (AI) -** Cumprimento de sentença arbitral. Contrato de empreitada. Natureza cível. Discussão quanto à competência. Vara cível *versus* Vara empresarial. Ausência de previsão legal para vara especializada. Declínio de competência para vara cível ..... 269

**SUS**

**0029404 38.2016.8.19.0000**  
**36605 / 2016 TJ (AI) -** Distribuição de medicamento. SUS. Notas fiscais fraudulentas. Improbidade administrativa. Dano ao erário. Indisponibilidade total de bens. Recurso improvido. Voto vencido ..... 289

**TRÁFICO**

**85575 / 2017 STJ (RHC) - Habeas Corpus.** Tráfico de drogas. Concurso de agentes. Prisão em flagrante. Liberdade provisória concedida aos corréus. Extensão do bene-

fício ao requerente. Ausência de identidade fático processual. Recurso improvido.... 142

**UNIÃO ESTÁVEL**

**0128478 04.2012.8.19.0001**

**31433 / 2014 TJ (AC)** - Escritura pública declaratória de união estável. Anulação. Vício de consentimento. Idoso. Quadro de demência senil. Ausência de relacionamento afetivo entre as partes. Cuidadora. Provas robustas. Recurso improcedente..... 142

**0013479 30.2016.8.19.0023**

**85275 / 2016 TJ (AC)** - Pensão estatal. Habilitação. Alegação de união estável. Ausência de prova de convivência. Existência de casamento. Esposa idosa. Concubinato. Manutenção da sentença..... 188

**VIGILÂNCIA SANITÁRIA**

**0024845 41.2012.8.19.0206**

**94577 / 2015 TJ (AC)** - Ação Civil Pública. Casa de repouso. Mau funcionamento. Vigilância sanitária. Interdição e aplicação de penalidade. Estatuto do Idoso. CRFB. Direitos fundamentais das pessoas idosas. Gratuitude de justiça ..... 131

**VOO INTERNACIONAL**

**0088428 91.2016.8.19.0001**

**49167 / 2017 TJ (AC)** - Recurso Repetitivo. Voo internacional. Extravio 24h. Cadeira de rodas. Falha na prestação do serviço. Valor da reparação do dano mantido. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.....312



**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

|  |                                       |    |
|--|---------------------------------------|----|
| MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA<br>(131786/2013) - STJ     | CONFLITO DE COMPETÊNCIA.....          | 76 |
| MIN. JORGE MUSSI<br>(85575/2017) - STJ                 | RECURSO EM <i>HABEAS CORPUS</i> ..... | 86 |
| MIN. NEFI CORDEIRO<br>(386471/2017) - STJ              | RECURSO EM <i>HABEAS CORPUS</i> ..... | 83 |
| MIN. OG FERNANDES<br>(1504432/2014) - STJ              | RECURSO ESPECIAL - CÍVEL.....         | 78 |
| MIN. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA<br>(1568244/2015) - STJ | RECURSO ESPECIAL - CÍVEL.....         | 97 |
| MIN. SÉRGIO KUKINA<br>(1322449/2012) - STJ             | RECURSO ESPECIAL - CÍVEL.....         | 71 |

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

|   |                         |     |
|---|-------------------------|-----|
| DES. ADOLPHO CORREA DE ANDRADE MELLO JÚNIOR<br>0495800-94.2014.8.19.0001 (47115/2017) - TJ      | APELAÇÃO CÍVEL .....    | 254 |
| DES. ALCIDES DA FONSECA NETO<br>0128478-04.2012.8.19.0001 (31433/2014) - TJ                     | APELAÇÃO CÍVEL .....    | 142 |
| DES <sup>a</sup> . ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA<br>0002344-45.2011.8.19.0007 (34228/2017) - TJ | APELAÇÃO CÍVEL .....    | 308 |
| DES. ANTÔNIO JAYME BOENTE<br>0010649-91.2016.8.19.0023 (16932/2016) - TJ                        | APELAÇÃO CRIMINAL ..... | 317 |
| DES. ANTÔNIO JOSÉ FERREIRA CARVALHO<br>0086569-82.2013.8.19.0021 (2526/2017) - TJ               | APELAÇÃO CRIMINAL ..... | 323 |
| DES. CAIRO ITALO FRANÇA DAVID<br>0024560-55.2015.8.19.0202 (3418/2017) - TJ                     | APELAÇÃO CRIMINAL ..... | 318 |
| DES. CARLOS JOSÉ MARTINS GOMES<br>0041658-37.2016.8.19.0002 (52075/2016) - TJ                   | APELAÇÃO CÍVEL .....    | 164 |

|   |                            |     |
|---|----------------------------|-----|
| DES <sup>a</sup> . CÍNTIA SANTARÉM CARDINALI<br>0057474-64.2013.8.19.0002 (45185/2017) - TJ         | APELAÇÃO CÍVEL .....       | 191 |
| DES <sup>a</sup> . CLÁUDIA PIRES DOS SANTOS FERREIRA<br>0487036-90.2012.8.19.0001 (48332/2016) - TJ | APELAÇÃO CÍVEL .....       | 296 |
| DES. CLÁUDIO DE MELLO TAVARES<br>0024845-41.2012.8.19.0206 (94577/2015) - TJ                        | APELAÇÃO CÍVEL .....       | 131 |
| DES. CLÁUDIO DELL ORTO<br>0017174-27.2017.8.19.0000 (19729/2017) - TJ                               | AGRAVO DE INSTRUMENTO..... | 269 |
| DES. EDSON AGUIAR DE VASCONCELOS<br>0022714-79.2015.8.19.0209 (6319/2017) - TJ                      | APELAÇÃO CÍVEL .....       | 256 |
| DES. EDUARDO GUSMÃO ALVES DE BRITO NETO<br>0053897-73.2016.8.19.0002 (81979/2016) - TJ              | APELAÇÃO CÍVEL .....       | 225 |
| DES. FRANCISCO JOSÉ DE ASEVEDO<br>0000224-58.2016.8.19.0070 (46/2017) - TJ                          | APELAÇÃO CRIMINAL .....    | 172 |
| DES <sup>a</sup> . GEÓRGIA DE CARVALHO LIMA<br>0088428-91.2016.8.19.0001 (49167/2017) - TJ          | APELAÇÃO CÍVEL .....       | 312 |
| DES. LINDOLPHO MORAIS MARINHO<br>0029404-38.2016.8.19.0000 (36605/2016) - TJ                        | AGRAVO DE INSTRUMENTO..... | 289 |
| DES. LÚCIO DURANTE<br>0013583-57.2017.8.19.0000 (15374/2017) - TJ                                   | AGRAVO DE INSTRUMENTO..... | 175 |
| DES. LUIZ FERNANDO DE ANDRADE PINTO<br>0023896-83.2013.8.19.0205 (25245/2017) - TJ                  | APELAÇÃO CÍVEL .....       | 209 |
| DES. LUIZ NORONHA DANTAS<br>0373884-30.2013.8.19.0001 (14671/2016) - TJ                             | APELAÇÃO CRIMINAL .....    | 321 |
| DES. LUIZ ROBERTO AYOUB<br>0031380-46.2017.8.19.0000 (37490/2017) - TJ                              | AGRAVO DE INSTRUMENTO..... | 156 |
| DES. MARCELO LIMA BUHATEM<br>0011825-97.2014.8.19.0210 (27009/2016) - TJ                            | APELAÇÃO CÍVEL .....       | 228 |
| DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM<br>0020934-81.2017.8.19.0000 (24396/2017) - TJ                           | AGRAVO DE INSTRUMENTO..... | 124 |

|   |                             |     |
|---|-----------------------------|-----|
| DES. MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO<br>0042430-45.2013.8.19.0021 (59506/2015) - TJ                                       | APELAÇÃO CÍVEL .....        | 238 |
| DES <sup>a</sup> . MARIA ANGÉLICA GUIMARÃES GUERRA GUEDES<br>0011366-46.2016.8.19.0042 (16367/2017) - TJ                | APELAÇÃO CRIMINAL .....     | 330 |
| DES <sup>a</sup> . MARIA ISABEL PAES GONÇALVES<br>0086389-73.2006.8.19.0001 - TJ  | REEXAME NECESSÁRIO .....    | 272 |
| DES <sup>a</sup> . MARIANNA FUX<br>0459182-53.2014.8.19.0001 (85228/2016) - TJ  | APELAÇÃO CÍVEL .....        | 199 |
| DES <sup>a</sup> . NATACHA NASCIMENTO GOMES TOSTES GONÇALVES DE OLIVEIRA<br>0004865-07.2013.8.19.0002 (15512/2016) - TJ | APELAÇÃO CÍVEL .....        | 167 |
| DES. OTÁVIO RODRIGUES<br>0012244-63.2017.8.19.0000 (13765/2017) - TJ  | AGRAVO DE INSTRUMENTO ..... | 137 |
| DES. PAULO SÉRGIO RANGEL DO NASCIMENTO<br>0093058-40.2009.8.19.0001 (4367/2014) - TJ                                    | APELAÇÃO CRIMINAL .....     | 145 |
| DES. PEDRO FREIRE RAGUENET<br>0013479-30.2016.8.19.0023 (85275/2016) - TJ   | APELAÇÃO CÍVEL .....        | 188 |
| DES. REINALDO PINTO ALBERTO FILHO<br>0133280-89.2005.8.19.0001 (51553/2016) - TJ  | APELAÇÃO CÍVEL .....        | 305 |
| DES <sup>a</sup> . ROSA HELENA PENNA MACEDO GUITA<br>0005616-05.2015.8.19.0202 (6149/2016) - TJ                         | APELAÇÃO CRIMINAL .....     | 327 |
| DES <sup>a</sup> . SANDRA SANTARÉM CARDINALI<br>0349693-81.2014.8.19.0001 (15854/2017) - TJ                             | APELAÇÃO CÍVEL .....        | 215 |
| DES. SÉRGIO NOGUEIRA DE AZEREDO<br>0003188-63.2014.8.19.0209 (34319/2015) - TJ  | APELAÇÃO CÍVEL .....        | 260 |
| DES. SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES<br>0066316-28.2016.8.19.0002 (41664/2017) - TJ                                  | APELAÇÃO CÍVEL .....        | 183 |
| DES <sup>a</sup> . SIRLEY ABREU BIONDI<br>0319040-96.2014.8.19.0001 (66374/2016) - TJ                                   | APELAÇÃO CÍVEL .....        | 245 |
| DES <sup>a</sup> . SUIMEI MEIRA CAVALIERI<br>0001012-88.2016.8.19.0000 (27/2016) - TJ                                   | AGRAVO .....                | 159 |



|   |     |
|---|-----|
| 0026770-11.2012.8.19.0000 (1322449/2012) - STJ (RESP) MIN. SÉRGIO KUKINA..... | 71  |
| (131786/2013) - STJ (CC)  | 76  |
| (1504432/2014) - STJ (RESP)   | 78  |
| (1568244/2015) - STJ (RESP)   | 97  |
| (85575/2017) - STJ (RHC)  | 86  |
| (386471/2017) - STJ (RCD/HC)  | 83  |
| 0093058-40.2009.8.19.0001 (4367/2014) - TJ (ACRIM)                            | 145 |
| 0128478-04.2012.8.19.0001 (31433/2014) - TJ (AC)                              | 142 |
| 0003188-63.2014.8.19.0209 (34319/2015) - TJ (AC)                              | 260 |
| 0042430-45.2013.8.19.0021 (59506/2015) - TJ (AC)                              | 238 |
| 0024845-41.2012.8.19.0206 (94577/2015) - TJ (AC)                              | 131 |
| 0001012-88.2016.8.19.0000 (27/2016) - TJ (AI)                                 | 159 |
| 0005616-05.2015.8.19.0202 (6149/2016) - TJ (ACRIM)                            | 327 |
| 0373884-30.2013.8.19.0001 (14671/2016) - TJ (ACRIM)                           | 321 |
| 0004865-07.2013.8.19.0002 (15512/2016) - TJ (AC)                              | 167 |
| 0010649-91.2016.8.19.0023 (16932/2016) - TJ (ACRIM)                           | 317 |
| 0011825-97.2014.8.19.0210 (27009/2016) - TJ (AC)                              | 228 |
| 0029404-38.2016.8.19.0000 (36605/2016) - TJ (AI)                              | 289 |
| 0487036-90.2012.8.19.0001 (48332/2016) - TJ (AC)                              | 296 |
| 0133280-89.2005.8.19.0001 (51553/2016) - TJ (AC)                              | 305 |
| 0086389-73.2006.8.19.0001 - TJ (REEX. NEC.)                                   | 272 |
| 0041658-37.2016.8.19.0002 (52075/2016) - TJ (AC)                              | 164 |
| 0319040-96.2014.8.19.0001 (66374/2016) - TJ (AC)                              | 245 |
| 0053897-73.2016.8.19.0002 (81979/2016) - TJ (AC)                              | 225 |
| 0459182-53.2014.8.19.0001 (85228/2016) - TJ (AC)                              | 199 |
| 0013479-30.2016.8.19.0023 (85275/2016) - TJ (AC)                              | 188 |
| 0000224-58.2016.8.19.0070 (46/2017) - TJ (ACRIM)                              | 172 |
| 0086569-82.2013.8.19.0021 (2526/2017) - TJ (ACRIM)                            | 323 |
| 0024560-55.2015.8.19.0202 (3418/2017) - TJ (ACRIM)                            | 318 |
| 0022714-79.2015.8.19.0209 (6319/2017) - TJ (AC)                               | 256 |
| 0012244-63.2017.8.19.0000 (13765/2017) - TJ (AI)                              | 137 |
| 0013583-57.2017.8.19.0000 (15374/2017) - TJ (AI)                              | 175 |
| 0349693-81.2014.8.19.0001 (15854/2017) - TJ (AC)                              | 215 |
| 0011366-46.2016.8.19.0042 (16367/2017) - TJ (ACRIM)                           | 330 |
| 0017174-27.2017.8.19.0000 (19729/2017) - TJ (AI)                              | 269 |
| 0020934-81.2017.8.19.0000 (24396/2017) - TJ (AI)                              | 124 |
| 0023896-83.2013.8.19.0205 (25245/2017) - TJ (AC)                              | 209 |

|  |   |     |
|--|---|-----|
| 0002344-45.2011.8.19.0007 (34228/2017) - TJ (AC) | REL. DES. ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA.....          | 308 |
| 0031380-46.2017.8.19.0000 (37490/2017) - TJ (AI) | REL. DES. LUIZ ROBERTO AYOUB.....                     | 156 |
| 0066316-28.2016.8.19.0002 (41664/2017) - TJ (AC) | REL. DES. SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES.....     | 183 |
| 0057474-64.2013.8.19.0002 (45185/2017) - TJ (AC) | REL. DES. CÍNTIA SANTARÉM CARDINALI.....              | 191 |
| 0495800-94.2014.8.19.0001 (47115/2017) - TJ (AC) | REL. DES. ADOLPHO CORREA DE ANDRADE MELLO JÚNIOR..... | 254 |
| 0088428-91.2016.8.19.0001 (49167/2017) - TJ (AC) | REL. DES. GEÓRGIA DE CARVALHO LIMA.....               | 312 |



**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**