

TJ-RJ

■ VOLUME 110 ■

Revista de Direito

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA
A Judicialização da Educação

- Justiça e Política: Arenas de Desiguais
- Exame Analítico das Informações Estatísticas da Justiça Criminal de Primeiro Grau de Jurisdição do Estado do Rio de Janeiro
- Judicialização da Educação Infantil, o Trabalho dos Professores e a Qualidade da Educação: Relações Possíveis
- A Clássica e Contemporânea Execução Civil
- Problemática introduzida pelo Decreto nº 8.172, de 24 de dezembro de 2013, em relação ao Indulto de Multa
- O Estado Intervém para Quem?

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 110 - 2017
mar./abr./mai.

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: Mônica Papf de Moura Soares

EDITORA ESPAÇO JURÍDICO

ISSN: 1982-663X

Capa e Editoração: Geórgia Kitsos

Índices da Revista de Direito:

www.tjrj.jus.br

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

revistadireito@tjrj.jus.br

34 (815.3)

R 454

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

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

Títulos anteriores: nº 1-33, 1962-74: Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara; segunda fase, nº 34-50, 1975-84; Revista de Jurisprudência do Estado do Rio de Janeiro.

Diretores: 1962-71, Tenório, Oscar - 1972-74, Tostes Filho, Olavo, 1975-78, Silva, Romeu Rodrigues - 1978-80, Tostes Filho, Olavo - 1981-84, Passos, José Joaquim da Fonseca - 1985-87, Gusmão, Paulo Dourado de. - 1988 - Freitas, Paulo Roberto de Azevedo. - 1989, Domingos, Rui Octávio. - 1990, Cunha, Luiz Fernando Whitaker Tavares da - 1993, Aguiar, João Carlos Pestana de. - 2001, Glanz, Semy. - 2009, Schwartz Júnior, Cherubin Helcias. - 2011, Almeida Filho, Agostinho Teixeira de. - 2015, Pereira Junior, Jessé Torres. - 2017, Fernandes, Sérgio Ricardo de Arruda.

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

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PRESIDENTE

Desembargador MILTON FERNANDES DE SOUZA

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA

Desembargador CLÁUDIO DE MELLO TAVARES

1º VICE-PRESIDENTE

Desembargadora ELISABETE FILIZZOLA ASSUNÇÃO

2º VICE-PRESIDENTE

Desembargador CELSO FERREIRA FILHO

3º VICE-PRESIDENTE

Desembargadora MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO

REVISTA DE DIREITO

DIREÇÃO DA REVISTA

Diretor: Desembargador SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES

EQUIPE TÉCNICA

ANDRÉA DE ASSUMPCÃO RAMOS PEREIRA (Chefe de Serviço)

CLAUDIA SILVEIRA SERRA DE CASTRO GONÇALVES

WANDERLEI BARREIRO LEMOS

ÓRGÃO ESPECIAL

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

CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

Des^a. MARIA HELENA PINTO MACHADO
 Des^a. DENISE NICOLL SIMÕES
 Des. LUIZ FERNANDO DE ANDRADE PINTO

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

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

COMISSÃO DE LEGISLAÇÃO E NORMAS

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

CÂMARAS CÍVEIS**1ª CÂMARA CÍVEL**

Des. JOSÉ CARLOS MALDONADO DE CARVALHO
 Des. CAMILO RIBEIRO RULIÈRE
 Des. CUSTÓDIO DE BARROS TOSTES
 Des. FÁBIO DUTRA
 Des. SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES

2ª CÂMARA CÍVEL

Des. JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR
 Des. PAULO SÉRGIO PRESTES DOS SANTOS
 Des. ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA
 Des^a. MARIA ISABEL PAES GONÇALVES
 Des. LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES FILHO

3ª CÂMARA CÍVEL

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

4ª CÂMARA CÍVEL

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

5ª CÂMARA CÍVEL

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

6ª CÂMARA CÍVEL

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

7ª CÂMARA CÍVEL

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

8ª CÂMARA CÍVEL

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

9ª CÂMARA CÍVEL

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

10ª CÂMARA CÍVEL

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

11ª CÂMARA CÍVEL

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

12ª CÂMARA CÍVEL

Des. MÁRIO GUIMARÃES NETO
Des. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JÚNIOR
Des^a. LÚCIA MARIA MIGUEL DA SILVA LIMA
Des. JAIME DIAS PINHEIRO FILHO
Des. JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI

13ª CÂMARA CÍVEL

Des. FERNANDO FERNANDY FERNANDES

Des. AGOSTINHO TEIXEIRA DE ALMEIDA
FILHO

Des^a. SIRLEY ABREU BIONDI

Des. GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO

Des. MAURO PEREIRA MARTINS

14ª CÂMARA CÍVEL

Des. JOSÉ CARLOS PAES

Des. CLÉBER GHELFFENSTEIN

Des. GILBERTO CAMPISTA GUARINO

Des. PLÍNIO PINTO COELHO FILHO

Des. FRANCISCO DE ASSIS PESSANHA FILHO

15ª CÂMARA CÍVEL

Des. RICARDO RODRIGUES CARDOZO

Des. HORÁCIO DOS SANTOS RIBEIRO NETO

Des^a. JACQUELINE LIMA MONTENEGRO

Des^a. MARIA REGINA FONSECA NOVA ALVES

Des. GILBERTO CLÓVIS FARIAS MATOS

16ª CÂMARA CÍVEL

Des. MAURO DICKSTEIN

Des. LINDOLPHO DE MORAES MARINHO

Des. CARLOS JOSÉ MARTINS GOMES

Des. MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO

Des. EDUARDO GUSMÃO ALVES DE BRITO
NETO

17ª CÂMARA CÍVEL

Des. EDSON AGUIAR DE VASCONCELOS

Des. ELTON MARTINEZ CARVALHO LEME

Des. WAGNER CINELLI DE PAULA FREITAS

Des^a. MÁRCIA FERREIRA ALVARENGA

Des^a. FLÁVIA ROMANO DE REZENDE

18ª CÂMARA CÍVEL

Des. MAURÍCIO CALDAS LOPES

Des. CARLOS EDUARDO DA ROSA DA
FONSECA PASSOS

Des. CLÁUDIO LUIS BRAGA DELL'ORTO

Des. EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA

Des^a. MARGARET DE OLIVAES VALLE DOS
SANTOS

19ª CÂMARA CÍVEL

Des. FERDINALDO NASCIMENTO

Des. GUARACI DE CAMPOS VIANNA

Des^a. VALÉRIA DACHEUX NASCIMENTO

Des. JUAREZ FERNANDES FOLHES

Des. LÚCIO DURANTE

20ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR

Des^a. CONCEIÇÃO APARECIDA MOUSNIER
T. GUIMARÃES PENA

Des^a. MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA

Des^a. MÔNICA DE FARIA SARDAS

Des. ALCIDES DA FONSECA NETO

21ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. DENISE LEVY TREDLER

Des. PEDRO FREIRE RAGUENET

Des. ANDRÉ EMÍLIO RIBEIRO VON
MELENTOVYTCH

Des^a. REGINA LÚCIA PASSOS

Des^a. MÔNICA FELDMAN DE MATTOS

22ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. ODETE KNAACK DE SOUZA

Des. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA

Des. ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA

Des. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA
SILVA

Des. MARCELO LIMA BUHATEM

23ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. SÔNIA DE FÁTIMA DIAS

Des. MURILO ANDRÉ KIELING CARDONA
PEREIRA

Des. ANTÔNIO CARLOS ARRABIDA PAES

Des. MARCOS ANDRÉ CHUT

Des. CELSO SILVA FILHO

24ª CÂMARA CÍVEL

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

25ª CÂMARA CÍVEL

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

26ª CÂMARA CÍVEL

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

27ª CÂMARA CÍVEL

Des. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES
 Des. ANTONIO CARLOS DOS SANTOS
 BITENCOURT
 Des^a. LUCIA HELENA PASSO
 Des^a. TEREZA CRISTINA SOBRAL
 BITENCOURT SAMPAIO
 Des^a. 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^a. MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA
 COSTA
 Des. HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE
 FIGUEIRA
 Des^a. TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES
 Des. RICARDO COUTO DE CASTRO
 Des^a. 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^a. MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA
 Des. PEDRO FREIRE RAGUENET
 Des. ROGÉRIO OLIVEIRA SOUZA

SEÇÃO CÍVEL DO CONSUMIDOR

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

CÂMARAS CRIMINAIS**1ª CÂMARA CRIMINAL**

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

2ª CÂMARA CRIMINAL

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

3ª CÂMARA CRIMINAL

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

4ª CÂMARA CRIMINAL

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

5ª CÂMARA CRIMINAL

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

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

6ª CÂMARA CRIMINAL

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

7ª CÂMARA CRIMINAL

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

8ª CÂMARA CRIMINAL

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

SEÇÃO CRIMINAL

RESOLUÇÃO TJ/TP/RJ Nº 01/2015

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

(Composição em 25 de agosto de 2017)

SUMÁRIO

• **DOCTRINA**

Justiça e Política: Arenas de Desiguais
ALEXANDRE CHINI E MARCELO MORAES CAETANO 13

Exame Analítico das Informações Estatísticas da Justiça Criminal de Primeiro Grau de
Jurisdição do Estado do Rio de Janeiro
AYLTON CARDOSO VASCONCELLOS..... 22

Judicialização da Educação Infantil, o Trabalho dos Professores e a Qualidade da Edu-
cação: Relações Possíveis
CARLOS ROBERTO JAMIL CURY E LUIZ ANTONIO MIGUEL FERREIRA..... 32

A Clássica e Contemporânea Execução Civil
ERIC CESAR MARQUES FERRAZ..... 47

Problemática Introduzida pelo Decreto nº 8.172, de 24 de dezembro de 2013, em Relação
ao Indulto de Multa
BRUNO JOVINIANO DE SANTANA SILVA..... 70

O Estado Intervém para Quem?
ALLEN DOS SANTOS PINTO DA SILVA FILHO..... 77

• **JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** 91

• **JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA – A JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO** 119

• **JURISPRUDÊNCIA CÍVEL** 193

• **JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL** 253

• **NOTAS E COMENTÁRIOS** 303

• **ÍNDICE DE DOCTRINAS E ACÓRDÃOS POR ASSUNTO**..... 311

• **ÍNDICE DE ACÓRDÃOS POR RELATOR** 321

• **ÍNDICE DE ACÓRDÃOS POR ORDEM NUMÉRICA**..... 325

DOCTRINA

JUSTIÇA E POLÍTICA: ARENAS DE DESIGUAIS

ALEXANDRE CHINI

Juiz de Direito¹

MARCELO MORAES CAETANO

Professor da UERJ

A palavra “arena” é de origem latina e forneceu, à língua portuguesa, tanto “arena”, sinônimo de “local de lutas” (de iguais ou desiguais), quanto “areia”, que proveio da metonímia do fato de a areia ser o piso com que se revestiam as arenas, e da metáfora de ser a mesma areia algo essencialmente homogêneo e suave, facilmente passível de ser repartido de modo igualitário e satisfatório. Com a areia também se faziam, desde a Antiguidade, eficientes relógios. Portanto, a areia marcava tanto o território (espaço), quanto a passagem das horas (tempo).

A partir dessa constatação etimológica, rumaremos à anamnese das ideias centrais presentes nos conceitos de Justiça e de Política.

É necessário um preâmbulo. Para este ensaio, quando falamos em “Política”, basta que se recorra de modo amplo à sua noção tão bem estabelecida, por exemplo, em PLATÃO e em ARISTÓTELES. Tanto naquele, o Professor, quanto neste último, seu Discípulo mais úbere, o conceito de Política se delinea, *grosso modo*, como o conjunto de sujeitos, individuais ou coletivos, que precisam conciliar seus interesses específicos aos interesses de uma coletividade em que se inserem. As subjetividades precisam adequar-se à objetividade do tecido coletivo/social. É necessário que viver e conviver sejam conciliados, o que nem sempre se dá de forma natural, uma vez que pode haver discordância de aptidões e interesses – aliás, uma das regras da “condição humana” (cf. HANNAH ARENDT). Duas ou mais pessoas convivendo requerem, obrigatoriamente, o manejo da arte da Política. Isso ocorre indistintamente nas culturas complexas (como as formadoras de civilização e/ou ciência) e nas rudimentares. Todos nascemos em culturas, e estas põem sobre cada um, ao nascer, suas marcas éticas e êmicas, que podem colidir com anseios e interesses específicos.

Era a isso que DURKHEIM e SAUSSURE se referiam ao traçarem o conceito de “fato social”, em que a língua, entre outros fatos culturais, se insere: todo e qualquer fato social precede o nascimento do indivíduo, e o indivíduo precisa adaptar-se à sua compleição, mesmo que provisória; mudanças de compleição social, que são as regras dos fatos sociais (contributo dos pós-estruturalistas às obras de DURKHEIM e SAUSSURE), sucedem os indivíduos e são geradas pela participação ativa destes no tecido social em que atuam. Assim sendo, pessoas individuais, com suas especificidades, inserem-se no convívio social; pessoas coletivas (como empresas ou Estados) igualmente se inserem numa ordem maior que as abarca nacional ou internacionalmente. Pessoas individuais ou coletivas nascem sob a égide de um *status quo* (uma língua, um or-

¹ Membro do Fórum permanente de História do Direito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

denamento jurídico X, por exemplo), mas a força dissociadora presente no âmago da Política, quase sinônima complementar de “convívio”, como vimos (sobretudo entre interesses desiguais), atua de modo ora furtivo, ora rompante, no sentido de ocasionar mudanças, reguladas pela natureza estática (estável ou conciliadora) da Justiça, que equilibra as ordens passada e presente com a ordem futura.

Na sábia metáfora filológica usada por HUGO SCHUCHARDT, retirada da física clássica, a Política se baseia na primazia da força centrífuga (“divergente do centro”), ao passo que à Justiça cabe a primazia da força centrípeta (“convergente ao centro”).

A Política lida, como dissemos, com forças descentralizadoras (centrífugas), interesses muitas vezes discordantes, que podem gerar tensão e/ou conflito (nos planos social, jurídico, diplomático, etc.), incerteza e/ou risco (nos planos financeiro, econômico, etc.), porque sujeitos detêm aspirações que, em alguns casos, vão de encontro frontal à ordem maior em que se inserem, incluída aí a mera presença de um único outro sujeito discordante. HOBBS e GROTIUS, com suas ideias sobre natureza ou moral, aplicáveis às relações humanas (individuais ou coletivas), trouxeram importantíssimas ramificações às discussões que se empreendiam, havia longa data, sobre os basilares conceitos de “qualidade” e “quantidade”, de que nos valeremos em momento oportuno para buscar atingir o escopo principal deste ensaio.

Dito isto, será a partir do ponto de vista da Política que a Justiça será por nós, neste texto, pensada e refletida. Como se percebe, e como fora por nós pronunciado, nosso método é o desconstrucionismo, ou o pós-estruturalismo, uma vez que nosso ponto de vista seminal ou primogênito será a periferia do sistema/paradigma social, que é a Política, sendo a Justiça o centro deste mesmo paradigma. Explique-se a questão do método por nós adotado: tudo o que lida com pluralidade ou forças centrífugas, na consabida dicotomia estruturalista “Centro” X “Periferia” ou “Hegemônico” X “Não hegemônico”, é metodologicamente considerado como periférico, até em razão das forças centrífugas que regem quaisquer núcleos pautados na diversidade, que apontam exatamente em todas as direções, em “todos os ventos”, nas palavras de NIETZSCHE, para fora do eixo central.

Com isto, entretanto, não se atribui escala alguma de gradiente melhorativo ou pejorativo a nenhum dos dois pontos de referência (“Centro” e “Periferia”). Tão somente se estabelecem as bases segundo as quais o contraste, indispensável a qualquer reflexão, pode urdir-se na análise necessária. E, uma vez que o ponto de referência inaugural para nós será o que é periferia (Política) no paradigma social aqui perquirido (Justiça-Política), trata-se, como queríamos demonstrar, de um método desconstrucionista, cuja base analítica parte do não hegemônico ou periférico para explicar o hegemônico ou central.

Além disso, corroborando ainda mais o desconstrucionismo, nosso método reconhece e referencia a existência da mudança no tecido social que precedeu o sujeito individual ou coletivo. É claro que para esta inserção metodológica nos valem também de epistemólogos como POPPER, KUHN e FEYERABEND, que explicaram o mecanismo das “mudanças de paradig-

“Longe de ser tarefa simples, a reflexão sobre Justiça, que desejamos alicerçada em filosofia da ciência (epistemologia), exigirá gradativa exposição e explicitação de conceitos (...).”

ma” nas ciências.

Todo o nosso trabalho no campo do direito – artigos e livros – tem sido pautado na busca de captação de construtos teóricos e métodos científicos que contribuam para a aplicação da Justiça concreta (cf. LUIGI FERRAJOLI, ALEXANDRE CHINI, MARCELO MORAES CAETANO). Como o século XXI traz em seu âmago a transdisciplinaridade, é mais do que natural que venhamos a buscar em ciências outras as raízes sobre as quais nossa investigação maior se erige.

Longe de ser tarefa simples, a reflexão sobre Justiça, que desejamos alicerçada em filosofia da ciência (epistemologia), exigirá gradativa exposição e explicitação de conceitos, que devem seguir uma espécie de protocolo científico quanto à hierarquia e organização paulatinas dos conceitos necessários à nossa consecução derradeira.

Será necessário, portanto, que se exponham, muito simples e didaticamente, alguns outros conceitos, que podem parecer, à primeira vista, distantes da engrenagem circundante sobre a qual buscamos aqui refletir. À medida que suas exposições se processarem, portanto, será necessária a articulação e a conjugação de seus cerne a outros cerne. Muitas vezes, a mera aposição de conceitos será considerada por nós como autoexplicativa, sem necessidades do que cremos que viria a constituir verdadeiros pleonasmos viciosos. Procuraremos ser didáticos sem, com isso, sermos superficiais

É como, metodologicamente, agiremos a partir daqui.

Refleta-se, antes de tudo, sobre as categorias aristotélicas de “Qualidade” e “Quantidade” e como Justiça e Política retêm cada uma delas e distribuem-se em função dessas essências.

Vamos aos conceitos preambulares, ficando claro ao leitor que nossas bases são PLATÃO e ARISTÓTELES, mas também HOBBS, GROTIUS, KANT, HEGEL, HUMBOLDT; e outros.

A qualidade é subjetiva, natural, instintiva, física, fixa, formal, absoluta. Uma das características – não única – da categoria de qualidade é ser afeita ao espírito do Romantismo e seus golpes sociais, tão presentes na História humana (e por vezes chamados de “revoluções”), mormente os ocorridos a partir do fim do século XVIII, como a Revolução Americana, a Revolução Francesa, a Revolução Industrial, a Independência do Brasil, a Revolução Russa, a Revolução Cubana, etc.

A quantidade é objetiva, contratual, moral, positiva, mutável, funcional, relativa, afeita ao espírito do Neoclassicismo, cuja epigonia ocorreu do fim do século XVII até o meado do século XVIII.

Sobre essa distinção epistemológica entre Romantismo e Neoclassicismo, que os coaduna a modos de pensar qualitativo ou quantitativo, remetemos o leitor interessado ao filósofo CHAÏM PERELMAN, bem como aos nossos artigos sobre argumentação jurídica e epistemologia aplicada (Cf. CHINI e CAETANO).

As categorias de qualidade e quantidade não são permutáveis uma com a outra, embora dia-

loguem, sutileza que requer um modo bastante atilado de pensar e discernir. Trata-se de postulado que tentaremos demonstrar a seguir, e de cujas premissas e conclusões emanará a própria essência deste nosso ensaio.

A qualidade traz à luz a primazia do ponto de vista (ou da perspectiva) do sujeito. A quantidade traz à luz a primazia do ponto de vista (ou da perspectiva) do objeto. Também são postulados que, em convergência com o anterior, perfarão, assim desejamos, a ideia central aqui apontada.

Podemos submeter essa primeira conclusão, baseada na articulação dos postulados há pouco perfilados sobre qualidade e quantidade, a uma experiência facilmente assimilável pela racionalidade.

Um simples copo d'água pode ser observado segundo critérios de qualidade ou quantidade, e as modificações daí decorrentes serão enormes. Essas modificações, em último grau, afetarão até mesmo a possibilidade – ou não – de um elemento qualquer ser substituível por outro. Se equacionarmos a essas categorias as mencionadas contribuições de HOBBS e GROTIUS, os algoritmos revelarão uma complexidade muito relevante, que não poderá ser aprofundada neste ensaio, porquanto este aprofundamento requeresse texto de caráter muito mais amplo.

Voltemos à análise do copo d'água.

No campo da qualidade, como dissemos, o copo d'água depende da visão do sujeito. Responde à questão o que é ou qual é, de onde provém o próprio vocábulo “qualidade”. O que é um copo d'água para quem está há dois dias no deserto? O que é o mesmo copo d'água para quem está há cinco horas em pleno mar aberto no meio de uma tempestade? Os pontos de vista ou as perspectivas sobre este copo, idêntico materialmente, serão absolutas, inegociáveis, infranqueáveis. Sua eficácia é, ou deve buscar ser, absoluta, embora advinda do que consensualmente (queremos dizer: no senso comum) possa parecer relativo, a saber, o sujeito.

Como conseguir extrair do que advém de necessidades pessoais/subjetivas (individuais ou coletivas; físicas ou empresariais/estatais) fórmulas que contemplem, pela emanção mesma da natureza humana, a todos os seres humanos ou pessoas (físicas ou jurídicas) irrestritamente, de modo objetivo, sem possibilidade de negociações, ou submetendo estas negociações a cordames muito seletos ou, em melhores palavras, justos, isto é, sem permitir que nada exceda ou falte? Este é o propósito primeiro e último da Justiça, que está atrelado ao que chamaremos sua “epifunção” no momento adequado deste ensaio.

Ao retirar do que é específico e pessoal uma fórmula geral e universal, a Justiça revela-se *alma mater* das ciências humanas como um todo, perseguindo o método indutivo de pensar.

Uma vez no alto da abstração teórica formulada, a Justiça se volta, mais uma vez, para o plano específico ou pessoal, aplicando a teoria dali haurida, cuja essência é geral e universal, a fim de que esta possa ser ajustada incessantemente à realidade como esta se apresenta, sempre atualizada no “razoável ou não razoável” (cf. WITTGENSTEIN) da vida. Com isso, seu método é o dedutivo.

Na eterna dialética não apenas dos fatos em si mesmos, como também das metodologias segundo as quais esses fatos devem proporcionar o Bem e o Justo – indutivo/dedutivo –, assenta com estabilidade o espírito da Justiça. Partir do específico, gerar o universal, e retornar ao específico, isto é intrínseco à Justiça porque é o movimento que propulsiona sua fonte primeira e última – o Bem. Perceba-se que esta não foi, ainda, uma “definição” de Justiça, mas uma *invitation à la danse* ao propugnar por seu propósito (e a maneira cientificamente explicável de alcançá-lo), o qual afasta de seu paradigma, clareando-o, todos os elementos que lhe são extrínsecos.

O mesmo copo d’água, voltando mais uma vez a ele, e nas mesmas duas situações descritas acima, pode ser, ora, submetido também ao crivo da categoria de quantidade para que se verifique, deste experimento empírico e racionalista, como a eficiência quantitativa depende de um contexto de harmonia previamente estabelecido para ser lógica e coerente. Responda-se a isto: quanto vale (ou custa...) um copo d’água? Tente-se substituir o copo d’água, em quaisquer das duas situações, por uma medalha de ouro, por um milhão de dólares, pelo que quer que seja, enfim.

A sua presença ou ausência radicais e inegociáveis – respectivamente nos casos do “sujeito do deserto” e do “sujeito do mar aberto” – são insubstituíveis, irrevogáveis e irredarguíveis. Trata-se de lógica, análise quantitativa de dados, proveniente, contudo, da necessidade natural (qualitativa) de informações oriundas de sujeitos em situações distintas. Trata-se da moral nascida do natural, para voltarmos a HOBBS e GROTIUS. Trata-se do absoluto coroado pelas vicissitudes distintas da pluralidade. Como anunciáramos, o embrenhar-se é sutil e não permite conclusões apriorísticas, dada a sua complexa rede de (inter)diálogos.

Estar com sede, no caso do deserto, e ter necessidade de ar e calma, no caso da tempestade em pleno mar, não são negociáveis, e não podem ter seus remédios substituídos por objetos contratualmente ou moralmente determinados, senão exclusivamente por algo cuja natureza mesma se apresenta de forma inequívoca e translúcida de maneira imperativa e categórica (cf. KANT), isto é, igual a qualquer ser humano em situações idênticas, em qualquer espaço, em qualquer tempo.

A psicologia funciona exatamente porque, em que pese às diferenças e especificidades humanas, há algo em comum a todas as mentes humanas. Partimos dessas situações-limite (o deserto e o mar aberto), para averiguarmos que, entre elas, naturalmente, há todo o caleidoscópio de necessidades (físicas) e quantificações (morais) que tecem e entretecem, por exemplo, o tecido jurídico, que de forma alguma deve colidir com a natureza ontológica da Justiça – o que lamentavelmente ocorreu algumas vezes ao longo da História.

A Justiça pertence antes de tudo à categoria de qualidade (formal), mas possui papéis resolutivos que pertencem à categoria da quantidade (funcional). A Justiça não pode esquivar-se do ponto de vista dos sujeitos envolvidos, porque isso seria contrário à própria fonte primeira e última da Justiça – o Bem. Aprofundar-nos-emos na Justiça, como anunciamos, à medida que o conceito de Política for mais bem referenciado.

A Política pertence à categoria da quantidade. Nela estão inseridos os discursos e as diversidades, que são fatos concretos, mensuráveis, centrífugos – quantificáveis; expressam-se por enunciados múltiplos e plurais. A discursividade, o debate, o contraditório, a responsividade, he-

terogêneos exatamente em função desse atributo não acidental de suas naturezas, constroem a própria Política em si mesma, mas não por si mesma. Seu estatuto é o funcionamento (por isso afirmamos ser ela essencialmente funcional), o pragmatismo. Não estamos aqui falando em regimes políticos específicos – como a democracia –, mas, sim, mostrando, em consonância com a definição platônico-aristotélica de Política que apresentamos há pouco, que a existência da pluralidade discursiva, do debate, da controvérsia, da responsividade é intrínseca à Política.

A Justiça, por sua vez, é sintetizadora das pluralidades, e sensível a elas, mas sua natureza é essencialmente (embora não exclusivamente) abstrata (à maneira de uma língua em cotejo com os discursos que a compõem), imensurável, centrípeta – qualificável; a Justiça expressa-se por sentenças. A Justiça ocorre em si mesma e por si mesma. Por essa razão é que a qualidade em que a Justiça se insere é formal. Não se pode “convencer” ou “persuadir” o “sujeito do deserto” a não ter sede, nem tampouco o “sujeito do mar aberto” a desejar beber um copo d’água. O estatuto último da Justiça, pois, é o formalismo, o universalismo, o absoluto. Algo semelhante àquilo que GOETHE enunciou ao propalar que “a pureza é a força última do Universo”, ou que KIERKGAARD nos apresentou ao sentenciar: “O indispensável é o absoluto”.

Como ficou registrado, qualidade e quantidade, ao contrário do que os extremistas poderiam sugerir, não são dicotomias, mas, sim, binômios: entrelaçam-se e interagem. Em outras palavras, Justiça e Política não se consolidam em ambientes estanques, porque, em vez disso, seus ambientes e seus sábios necessitam frequentemente de consultas aos ambientes e sábios ao redor. Não se trata, como deve ter ficado claro, de forças “oraculares”, mas, muito ao invés disso, de forças que dialogam uma com a outra e ambas consigo próprias. Daí provém o equilíbrio dos poderes popular ou descritivo (Política) e jussivo ou prescritivo (Justiça).

A própria dialética de HEGEL, verdadeiro tratado de anatomia da racionalidade do dualismo, inscrito inexoravelmente nas convivências, prevê que somente levando-se em consideração os fatores concretos e reais é que a abstração da síntese promana com naturalidade.

No entanto, além de desempenhar um papel por assim dizer pragmático, operando na realidade dos fatos concretos, ou na concretude dos fatos reais, como se prefira, a Justiça possui uma espécie de metafunção e, para além dela, uma epifunção, que é a de estabelecer previamente o território limpo em que as avaliações e julgamentos, qualitativos ou quantitativos, poderão ser corretamente aplicados. HUMBOLDT propôs o binômio Enérgon/Érgon, que ele traduziu para o alemão como “*Tätigkeit*”/“*Werk*”, que equivalem, em linguística e em epistemologia em geral, a “Potência”/“Produto”. No plano das relações internacionais, que têm como sujeitos os Estados ou as coletividades Políticas (que podem ser de teor preponderantemente econômico, financeiro, diplomático, etc.), distingue-se um par que desejamos articular ao binômio humboldtiano: o já mencionado duo “Controvérsia”/“Tensão”. A tensão é difusa e muitas vezes velada, enquanto a controvérsia apresenta conflitos de interesses específicos que se sobrepõem com clareza ao concreto internacional. Um dos nossos exemplos derradeiros, neste ensaio, será sobre uma questão de Justiça-Política Internacional.

Articulando-se os dois binômios, e transcendendo-os do campo das relações externas para as relações individuais no esteio de uma sociedade, observa-se que a função da Justiça não é apenas

solucionar de forma objetiva controvérsias (concretas) ou tensões (difusas), o que em economia equivaleria ao binômio riscos (concretos) ou incertezas (difusas): é promover uma harmonia prévia, que está atrelada à eficácia, em que, só então, pode-se estabelecer a eficiência do contrato, seja ele qual for. Neste sentido, a eficácia (estabilidade; Érgon; *Werk*; Produto) precede a eficiência (dinamicidade; Enérgon; *Tätigkeit*; Potência), na medida em que não se pode lidar com eventos com possibilidade de eficiência se não se estabelece antes um terreno plano e reto em que essa eficiência possa, enfim, deixar de ser potência ou atividade (Enérgon; *Tätigkeit*) e se transforme em produto ou ação (Érgon; *Werk*). É a areia que volta a ser evocada para o esclarecimento e o clareamento da arena, que deve ser plana e limpa.

A espada com que a imagem da Justiça se consagrou ao imaginário coletivo se presta, entre muitas outras, a duas interpretações: trata-se do símbolo daquele instrumento que, soerguido em meio à batalha, é capaz de romper os laços que unem os litigantes, concedendo a ambas as partes a tranquilidade de não mais ver-se enredada, de nenhuma forma, àquele outro que lhe causara desarmonia. Trata-se, outrossim, do símbolo de que o poder de quem a ergue para aquela primeira função é algo que deve ser tão legítimo e natural, que nem mesmo o receio oriundo da “espada de Dâmocles” (o receio mitológico que todo aquele que detém o poder deve envergar ao estar “por um fio” da queda da espada sobre seu trono) deve ser capaz de demover o julgador, *tertius inter partes*, de sua função propiciadora da paz prévia (como demonstramos ser a epifunção da Justiça), circundante (sua função enquanto há o processo, o que vem a ser a metafunção da Justiça) e, finalmente, posterior e definitiva (o que está no campo das funções pragmáticas – mas participe igualmente da epifunção – da Justiça).

Antes de tudo, havia apenas uma “*rudis indigestaque moles*” (“matéria rude e informe”), no incensado verso da **Teogonia**, de HESÍODO. Não é com esse caos que a Justiça – tampouco a Política – sabe lidar. “De onde as coisas partem, para aí mesmo retornam”, como diriam os pré-socráticos, o que no campo geral da Justiça equivale à paz que precede e sucede (e também deve passar, no processo) o objeto de disputa em meio à Política e sua arena.

A areia do tempo deve ser fina e depurada suficientemente, para não ser rápida a ponto de deixar escoar levemente detalhes importantes, nem lenta e excessivamente obstruída a ponto de exceder o limite humano de tolerância aos dissabores e sofrimentos que incorrem em uma disputa. “O processo” não pode recalçar na distopia excruciante com que o descreveu KAFKA. O meio jamais pode transformar-se em obstáculo. A espada deve ser a um só tempo abstrata e concreta, como uma verdadeira espada do Rei Salomão, que, sem precisar partir literalmente ao meio um bebê, fez vir à luz, por sua aplicação sábia – verbal, mas não literal –, a verdade por trás de reclamantes igualmente (a princípio) verossímeis.

Como vimos, e ora pensamos ter demonstrado, a Justiça lida com o funcionalismo, uma vez que deve resolver de forma pragmática as desavenças, mas também com o formalismo, uma vez que é absoluta e estática, ou estável, em seu compromisso maior – e exclusivo – com o Bem.

No que tange ao campo funcional referente à aplicação da Justiça, trata-se também de um movimento dialético radical, em que tese e antítese se contrabalançam até que um equilíbrio provisório, chamado síntese, se estabeleça. Mostramos residir aí a epifunção da Justiça, alçada ao

estatuto de filosofia da ciência (epistemologia) em sua natureza último

Seguindo seu caminho na dialética radical (cf. ADORNO ou WITTGENSTEIN, por exemplo), inerente à natureza dualista dos convívios, essa sucessão de equilíbrios provisórios visa ao alcance ideal de um equilíbrio porvindouro que seja definitivo (cf. KANT ou WITTGENSTEIN). Eis a explicitação do que se pode considerar a segunda inflexão da epifunção da Justiça, cuja primeira fora o estabelecimento prévio da eficácia para que as eficiências possam ocorrer, como mostramos.

Com isso, queremos mais uma vez dizer que a Justiça não apenas opera na resolução – ou síntese – imediata de teses/antíteses, mas também tem olhos no devir de benesses que o futuro permite que prosperem. A Justiça lida, portanto, com o equilíbrio dos muitos equilíbrios.

É chegada a hora de outra explicitação, que nos fará retornar ao que até aqui apresentamos – característica do ir e vir que a “reflexão”, com seus “reflexos”, engloba. A ciência da física, na mecânica clássica, estabeleceu que há dois tipos de equilíbrio: o estático e o dinâmico. Da sucessão de equilíbrios dinâmicos, em pleno movimento, semelhantes à verossimilhança de um “estado de língua” ou a uma fotografia – que, embora sem pretender-se “real”, consegue fixar parte apreensível, provisória e verossímil da realidade –, nascerá, no devir, um equilíbrio estático, cuja utopia deve ser sempre perseguida por quem lida com a Teoria/Teologia da Justiça. A Justiça não pode, portanto, escravizar-se exclusivamente ao imediatismo de “fotografias” ou “estados (provisórios) de línguas/sentenças”. Não deve a Justiça apenas “fotografar” uma solução: seu corpo volta-se em essência para as utopias (*locus amoenus* onde na verdade a Justiça se assenta), que não são fotografáveis, mas que, num imperativo categórico (cf. KANT), é dado a todo ser humano reconhecer e sentir. Por isso mesmo PLATÃO sempre dizia que a Justiça é, antes do mais, um “senso”: a Justiça deve ser sentida, e não apenas pensada. Para isso, PLATÃO usava, dentre outras, a metáfora do juiz que deve julgar “com os olhos da alma”.

A Justiça, embora detenha o laurel – gládio e gáudio – de porta-voz do Bem, qualitativa, subjetiva e absoluta em essência, possui, como se percebeu, pontos de inflexão: alguns, de natureza qualitativa; outros, de natureza quantitativa. Ou seja, é necessário que se opere com o “verbo” da Justiça de modo pragmático e funcional, à moda do Rei Salomão com o “verbo” da espada, sem precisar recorrer à espada em si mesma, mas também é necessário que se opere com a “língua” da Justiça, cujo corpo nunca deixa de estar assentado na soberania do Bem imutável e universal, equilibrando o passado e o presente ao futuro. Trata-se da Justiça como o equilíbrio de muitos equilíbrios.

Convém aqui, por fim, conceder um par de exemplos. Em termos de processo legiferante, a qualidade deve ser regra precípua nos tratados internacionais, e seus reflexos devem ocorrer nas constituições dos países signatários. O repúdio ao terrorismo e ao racismo, por exemplo, está na Constituição Brasileira, no artigo 4º, VIII. O Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR) é lastro que se pode citar para o dispositivo/diploma. A gramática normativa de uma língua nacional, ou idioma – na natureza de diploma que este idioma revela em face do mundo inteiro –, e para darmos outro exemplo de tessitura pujante, faz parte também do processo legiferante de Política e de Justiça, uma vez que sua fatura migra a partir dos pontos de vista dos sujeitos e de

suas quantidades em convívio (os discursos), extraindo daí uma síntese de equilíbrios provisórios, que se equilibram, por sua vez, com o equilíbrio epilinguístico entre o passado/presente deste idioma e o seu futuro – uma norma-padrão, rosto do idioma para o mundo. Trata-se da gramática da norma-padrão como o equilíbrio de muitos equilíbrios.

Conclui-se: a pluralidade de discursos, característica da Política, deve ser sempre perpassada docilmente pelo “verbo” (espada) e pela “língua” (epifunção e metafunção) da Justiça. Se não levarmos em conta o intercâmbio entre os equilíbrios dinâmico (descritivo) e estático (prescritivo) que criam a sociedade – e são criados por necessidades dela própria, ressalte-se –, estaremos a mascarar a realidade dos fatos sociais em meio a brumas que se apegam ou à fantasia da suposta imutabilidade do *status quo*, ou à ilusão de que a alta velocidade deveria, irrestritamente, içar os ventos das mudanças, quaisquer que sejam, no seio social.

EXAME ANALÍTICO DAS INFORMAÇÕES ESTATÍSTICAS DA JUSTIÇA CRIMINAL DE PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AYLTON CARDOSO VASCONCELLOS

Juiz de Direito no Estado do Rio de Janeiro

Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro

I – INTRODUÇÃO

O presente estudo é fruto de importante trabalho de levantamento de dados estatísticos da Justiça criminal fluminense, realizado no âmbito do CEDES (Centro de Estudos e Debates – Área Criminal), mediante relatórios enviados pela DGJUR, ambos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Por isso mesmo, deixo registrado nosso reconhecimento e agradecimento ao excelente trabalho de coleta de dados desenvolvido pelos funcionários desses setores do Tribunal de Justiça, especificamente Eduardo da Cunha Junqueira, Iran Monteiro Teixeira, Marise Martins Sanches, Rodrigo de Oliveira Rocha, Andressa Silva Santos, Roberto Lisboa Villa Real e Renan Alves de Oliveira, sem os quais o levantamento das informações que constituem o objeto do presente estudo não teria sido possível.

A ideia de promover o levantamento de dados específicos da Justiça criminal tem por escopo permitir o conhecimento da realidade forense com base em informações concretas, atuais e confiáveis, e fornecer à comunidade científica o necessário embasamento empírico para estudos de interesse acadêmico.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro dispõe de sistema informatizado de dados que permite o levantamento de amplo conjunto de dados de inegável interesse para estudos de relevo; portanto nada mais natural do que recorrer a essa valiosa fonte de informações para a adequada compreensão do funcionamento da Justiça criminal.

Por outro lado, é de se reconhecer a relativa escassez de dados estatísticos e de estudos de campo nas pesquisas acadêmicas, razão pela qual, entendemos que este levantamento empreendido pelo CEDES e DGJUR vem contribuir para o preenchimento de significativa lacuna existente nos estudos científicos da atualidade, e também poderá permitir o confronto entre algumas hipóteses teóricas e os fatos concretamente comprovados pelos números revelados no curso deste trabalho.

O universo pesquisado compreende todos os processos e decisões de primeiro grau da Jus-

tiça do Estado do Rio de Janeiro, nas competências criminal, criminal-júri, juizado especial criminal e juizado da violência doméstica e familiar contra a mulher, entre os anos de 2005 até 2015.

Outrossim, é importante ressaltar que as informações coletadas, em razão das características próprias dos sistemas eletrônicos de que foram obtidas são referentes a quantidades de processos e decisões, sendo certo que cada processo ou decisão pode compreender mais de um réu. Apesar disso, as eventuais distorções decorrentes dessa característica das informações fornecidas tendem a ser minimizadas pelo grande universo pesquisado, de forma que podemos afirmar sem dúvidas que as proporções entre categorias de processos e decisões, situações e estoques de processos constituem um referencial seguro das tendências e práticas vigentes na Justiça criminal fluminense

É importante esclarecer, ainda, que os números informados no presente estudo, salvo quando excepcionado expressamente, dizem respeito a quantidades anuais de processos e decisões e os dados estatísticos foram coletados ao término de cada ano em referência.

II – DISTRIBUIÇÃO DE PROCESSOS CRIMINAIS

A distribuição de feitos criminais em todas as competências criminais em 2005 foi de 278.294 processos, tendo alcançado o patamar de 372.402 processos em 2015, portanto, apresentando uma elevação de 33,81% no número de novos processos criminais iniciados em cada ano.

A única competência que apresentou redução do número de feitos distribuídos foi a dos juizados especiais criminais, que tiveram 190.202 processos distribuídos em 2005 e 141.261 em 2015, portanto uma redução de 25,74%.

A competência com maior aumento foi a dos juizados da violência doméstica e familiar contra a mulher – recém-instituídos no início da série estatística, é importante frisar –, que em 2005 apresentava 19 processos distribuídos e em 2015 foram 108.336 processos, não se mostrando relevante destacar o aumento percentual já que a base de comparação inicial era praticamente nula.

Esses números em particular parecem revelar, em parte, uma migração de demanda dos juizados especiais criminais para os juizados da violência doméstica e, paralelamente, o surgimento de nova demanda judicial referente aos conflitos de gênero na órbita criminal, que passou a se manifestar por encontrar mais facilitado acesso à Justiça.

Em 2005, foram distribuídos 79.817 processos criminais de varas de competência comum, número que alcançou o patamar de 112.507 processos em 2015, portanto, um aumento de 40,95%.

Na competência criminal do tribunal do júri, foram distribuídos em 2005 8.256 processos, e, em 2015, foram 10.298 processos, caracterizando um aumento de 24,73%.

Por outro lado, no período de 2012 até 2015, temos observado uma tendência de redução da distribuição em todas as competências criminais estudadas, tendo sido distribuídos em 2012

o total de 404.177 processos e, em 2015, foram distribuídos 372.402 processos, como anteriormente destacado, configurando-se uma redução de 7,86%. Essa redução, entretanto, ocorreu após significativo aumento da distribuição ocorrido no período de 2010 até 2012, tendo sido distribuídos 333.699 processos em 2010 e 404.177 processos em 2012 (como já destacado), portanto, um aumento de 21,12% em apenas dois anos. Da comparação entre o primeiro período de incremento de distribuição e o segundo de redução desta, verificamos que as oscilações de distribuição são muito significativas em períodos mais curtos e que, no período de 2010 até 2015, ocorreu uma redefinição dos níveis de distribuição criminal e sua acomodação em um novo patamar, bem superior ao da década que a antecedeu.

“Os juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher têm enfrentado significativo aumento de demanda, que se tornou possível em razão da facilitação do acesso à justiça nessa competência (...).”

III – PROCESSOS CRIMINAIS EM ANDAMENTO

A quantidade total de processos criminais em andamento, em todas as competências pesquisadas, foi de 422.741, em 2005, e de 507.240, em 2015, constatando-se um aumento de 19,98% no estoque total de processos.

Todavia, verifica-se que a única competência que teve aumento no estoque de processos foi a dos juizados da violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo que todas as demais competências apresentaram redução na quantidade de processos em andamento, isto apesar de os níveis de distribuição terem aumentado de forma significativa no período em todas as competências pesquisadas, como tivemos a oportunidade de constatar anteriormente no presente estudo.

Com efeito, o estoque de processos na competência criminal comum era de 206.147 em 2005, e foi de 195.823 em 2015, apresentando uma redução de 5,01%; o estoque de processos da competência criminal do júri era de 40.080 em 2005, e foi de 18.311 em 2015, apresentando uma redução de 54,32%; e o estoque de processos dos juizados especiais criminais era de 176.470 em 2005 e foi de 159.572 em 2015, apresentando redução de 9,58%.

Já a competência dos juizados especiais da violência doméstica e familiar contra a mulher teve um estoque de 44 processos em 2005 (início da série estatística, quando esta competência especializada acabava de ser instituída) e apresentou 133.534 processos em 2015. Verifica-se ser irrelevante a comparação percentual nesse intervalo, tendo em vista que o marco inicial é praticamente nulo. Contudo, o exame do estoque de processos ano a ano revela que esta é realmente a única competência criminal com tendência de aumento do estoque de processos, visto que no intervalo de pesquisa entre os anos de 2005 e 2015, exceto 2013, sempre houve aumento de estoque em relação ao ano anterior (em 2014, o estoque era 129.679 e passou a 133.534 em 2015, por exemplo, traduzindo um aumento de 2,97%).

O exame desses dados revela uma melhora significativa da eficiência de processamento e

decisão em primeiro grau de jurisdição nas competências criminais de forma generalizada.

O aumento do estoque na competência dos juizados especiais da violência doméstica e familiar contra a mulher não significa por si só uma deficiência das respectivas varas, uma vez que se trata de uma competência nova, que enfrenta demanda reprimida de extensão que somente atualmente tem sido possível prever, ao mesmo tempo em que diversos processos dessa especialidade necessitam de acompanhamento prolongado dos indivíduos envolvidos, a fim de evitar a reiteração dos atos de violência examinados.

III – PROCESSOS DE RÉUS PRESOS

A quantidade total de processos de réus presos em andamento, em todas as competências pesquisadas, era de 15.741 em 2005, e alcançou o patamar de 27.221 em 2015, portanto, um aumento de 72,93%. Em 2005, os processos de réus presos correspondiam a 3,72% do total de processos criminais em andamento; e em 2015 passaram a corresponder a 5,36% do total de processos criminais.

Não obstante o significativo aumento da quantidade de processos de réus presos em andamento, constata-se que no último ano pesquisado (2015) os processos de réus soltos correspondiam a 94,64% do total de feitos em andamento na justiça criminal fluminense.

Portanto, os números examinados revelam que o sistema de justiça criminal fluminense, em primeiro grau de jurisdição, efetivamente tem adotado a prisão cautelar como último e extremo recurso para salvaguarda da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal, visto que em apenas 1 entre 18 processos observou-se a decretação da custódia cautelar, ainda que tenha ocorrido aumento do número de processos de réus presos no período de 2005 até 2015.

Por outro lado, o aumento do número de processos de réus presos ocorreu de forma simultânea à redução do número de homicídios no Estado do Rio de Janeiro no período de 2003 até 2015, que foi de 6.624, em 2003, e de 4.200, em 2015, respectivamente, 44,6 por 100.000 habitantes e 25,4 por 100.000 habitantes, segundo dados do Instituto de Segurança Pública da Secretaria de Segurança do Estado do Rio de Janeiro,¹ o que revela, em princípio, que as prisões cautelares têm sido eficazes na preservação da ordem pública e utilizadas primordialmente em relação à criminalidade mais violenta. Atente-se que também houve redução em proporção semelhante nos índices de letalidade violenta no mesmo período, o qual é integrado (em média) em mais de 80% pelas ocorrências de homicídio.²

1 Instituto de Segurança Pública. Organizadores COELHO, Diogo e ALMEIDA, Livia. **Rio de Janeiro: A Segurança Pública em Números. Evolução dos Principais Indicadores de Criminalidade e Atividade Policial no Estado do Rio de Janeiro – 2003-2015**. Rio de Janeiro, 2016, p. 9, Gráfico 4. Publicação digital em <http://www.isp.rj.gov.br>.

2 *Idem.*, pp. 6 (gráfico 2) e 8. Em 2003, o número de ocorrências de letalidade violenta foi de 8.054 (54,3 por 100.000 habitantes) e em 2015 foi de 5.010 (30,3 por 100.000 habitantes).

Paralelamente, vemos que em relação a crimes patrimoniais não letais, como, por exemplo, roubo de rua e roubo de carga, nos quais, apesar de sua gravidade, a experiência forense revela que as prisões cautelares são usualmente decretadas mais dificilmente ou por menos tempo, constatou-se significativo aumento dos índices de ocorrências. Em 2003, houve 36.669 ocorrências de roubos de rua (247 por 100.000 habitantes); e, em 2015, foram 85.820 ocorrências (519 por 100.000 habitantes),³ portanto um aumento de 234%, em números absolutos. No que se refere a roubos de carga, foram verificadas 3.463 ocorrências em 2003 (23,3 por 100.000 habitantes); e, em 2015, estas alcançaram o patamar de 7.225 (43,7 por 100.000 habitantes),⁴ portanto um aumento de 208%, em números absolutos.

Não obstante esses fatos, é importante frisar que, mesmo se consideradas isoladamente as competências especializadas em crimes mais graves, como as varas criminais comuns e o tribunal de júri, verifica-se que os processos de réus soltos são a esmagadora maioria.

Com efeito, em 2015, 87,92% dos processos em tramitação nas varas criminais de competência comum eram referentes a réus soltos,⁵ e 83,63% dos processos em tramitação na competência do júri eram referentes a réus soltos,⁶ dados aptos a comprovar que a decretação de custódia cautelar em primeiro grau de jurisdição tem sido excepcional, mesmo nos processos criminais em que a Lei admite o seu cabimento.

Ademais, dados coletados em julho de 2016 revelam que na maioria dos processos de réus presos já foi proferida sentença em primeiro grau de jurisdição.

Nesse sentido, observa-se que em julho de 2016 havia 29.973 processos de réus presos e que 15.878 já estavam sentenciados; o que leva a concluir que 52,97% dos processos de réus presos em tramitação já haviam sido julgados em primeiro grau de jurisdição. Esse quantitativo não inclui os processos em tramitação na Vara de Execuções Penais, portanto, trata-se apenas dos processos em que decretada a custódia cautelar, o que demonstra que a maioria dos processos de presos cautelares já foram julgados em primeiro grau de jurisdição.

Como se vê, os dados examinados revelam que os processos de réus presos são raros no universo de processos criminais em andamento na Justiça fluminense e que na maioria dos processos de réus presos as custódias cautelares são decorrentes de título prisional amparado em julgamento de cognição exauriente, no qual, ainda que mantida a prisão cautelar, já é possível à Vara de Execuções Penais apreciar a concessão de benefícios próprios da execução provisória, ao mesmo tempo em que também já é possível ao acusado (e ao Ministério Público) o acesso à via recursal para rediscutir o mérito e alcançar eventual aprimoramento da prestação jurisdicional, inclusive no tocante à proporcionalidade da custódia cautelar.

3 *Idem.*, p. 31., Tabela 10.

4 *Idem.*, p. 32., Tabela 12.

5 23.658 processos de réus presos em relação ao total de 195.823 processos em tramitação.

6 2.998 processos de réus presos em relação ao total de 18.311 processos.

Outrossim, apesar da relativa raridade das custódias cautelares no universo de processos criminais em tramitação, verifica-se que o número de ocorrências policiais em que houve prisões tem sofrido contínuo e consistente aumento no período de 2010 até 2015, visto que em 2010 houve 19.877 prisões e em 2015 esse número chegou a 41.374, portanto um aumento de 208%,⁷ e que no mesmo período o número de processos de réus presos teve um aumento de 50,1%, pois era de 18.133 em 2010 e passou a ser de 27.221 em 2015. Registre-se que, no período de 2005 a 2010, o crescimento do número de processos de réus presos havia sido da ordem de 15%, evoluindo de 15.741 em 2005 para 18.133 em 2010, como destacado.

Portanto, é exatamente no período imediatamente posterior à edição da Lei n.º. 12.403, de 04/05/2011 (que tornou mais rígidos os requisitos para decretação da prisão preventiva e instituiu diversas medidas cautelares alternativas à prisão) que houve o mais significativo crescimento do número de prisões e de processos de réus presos no Estado do Rio de Janeiro.

Essa paradoxal constatação corrobora a hipótese de que, em alguma medida, a restrição à decretação de prisões cautelares em crimes menos graves tem contribuído para o aumento de ocorrências por crimes mais graves, em que a prisão cautelar é cabível e acaba ocorrendo, agora em quantidades mais expressivas.

Isso porque, a despeito dos conhecidos efeitos nocivos do cárcere, é possível que a interrupção prematura da trajetória delituosa na ocasião do cometimento de crimes nos quais outrora era cabível a decretação da prisão preventiva contribuía para inibir o cometimento de outros crimes pelo mesmo agente e mitigar sua influência sobre outros indivíduos que, em razão do sentimento de impunidade, poderiam se encorajar à prática de delitos.

As hipóteses alternativas a esta, quais sejam, mera coincidência do aumento dos índices de criminalidade ou maior severidade dos juízes não se sustentam na medida em que, de um lado não houve transformações econômicas ou sociais de tamanho impacto negativo capazes de justificar por si sós o elevadíssimo aumento do número de prisões no período,⁸ nem incremento do rigor nos entendimentos jurisprudenciais relativos à decretação da custódia cautelar, aliás, muito ao contrário, estes tornaram-se mais brandos após a vigência da nova lei e a própria quantidade de processos de réus soltos em tramitação apurados no presente estudo demonstra que não há tendência judicial ao encarceramento cautelar no Estado do Rio de Janeiro.

Como se sabe, a Lei n.º. 12.403, de 2011, foi editada sob a premissa de que sendo evitado ao máximo o encarceramento cautelar ocorreria uma redução das prisões e dos efeitos criminógenos do cárcere, contribuindo para redução dos índices de criminalidade. Ocorre que a sua edição parece ter conduzido a efeitos opostos aos pretendidos, o que leva ao necessário questionamento dos fundamentos utilizados para justificar a inovação legal. Nesse sentido, parece ser necessário admitir a dura realidade: em muitos casos, o contexto social em que inseridos determinados

7 Instituto de Segurança Pública. *Op. cit.*, p. 35, tabela 20.

8 Registre-se que a deterioração da situação financeira do Estado do Rio de Janeiro apresentou seus impactos mais negativos no ano de 2016, cujos dados não foram considerados no presente estudo.

agentes de condutas delituosas pode ser ainda mais criminógeno do que o próprio cárcere, e estes mesmos agentes, em liberdade, contribuem para encorajar outros indivíduos à prática de crimes, de forma que a restrição à sua liberdade ambulatorial, outrora possível em ocorrências de menor gravidade, contribuía para redução do número e da gravidade de crimes praticados, resultando em menos prisões, contrariamente ao senso comum que levou à publicação da Lei, e ao aumento do número de prisões.

IV – A RESPOSTA PENAL. SENTENÇAS E DECISÕES TERMINATIVAS PROFERIDAS EM PROCESSOS CRIMINAIS

Os dados coletados também permitem uma avaliação da natureza da resposta oferecida pelo sistema de Justiça criminal aos casos que lhe são submetidos.

Considerando-se o ano de 2015, e diante de um universo de 197.141 sentenças ou decisões terminativas, foram proferidas 19.076 sentenças condenatórias, 11.116 sentenças absolutórias, 102.157 sentenças de extinção de punibilidade, 62.319 decisões de arquivamento de inquérito e 2.473 decisões de rejeição de denúncia.

Diante desse quadro, as sentenças condenatórias correspondem a 9,67% do total; as sentenças absolutórias correspondem a 5,63%; sentenças de extinção de punibilidade são 51,87% do total; decisões de arquivamento de inquérito correspondem a 31,61%; e decisões de rejeição de denúncia representam 1,25% do total.

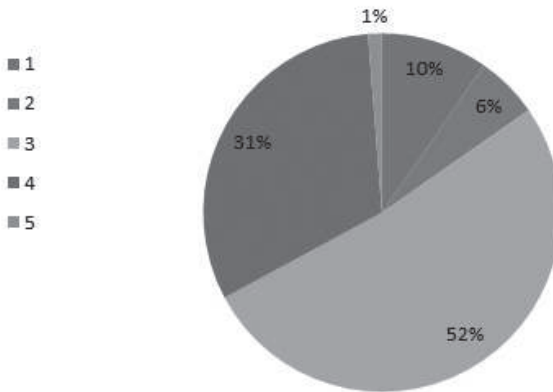
De outro lado, constata-se que sentenças em que é examinada a procedência ou improcedência da pretensão punitiva estatal representam tão somente 15,3% das decisões que encerram os processos. E, em consequência, constata-se que 84,7% dos feitos criminais são encerrados sem que essa análise seja necessária.

Como visto, os volumes mais expressivos correspondem às sentenças de extinção de punibilidade (51,87%), as quais são proferidas por diversas causas, porém de forma mais destacada diante da prescrição ou decadência, cumprimento de suspensão condicional do processo ou transação penal, ou ainda renúncia ao direito de queixa / representação, indicando que o conflito foi solucionado mediante alternativas legais à imposição de pena criminal, ou que o Estado (ou em certos casos a vítima) não diligenciou de forma a garantir o prosseguimento da ação penal em tempo hábil ao julgamento.

Em segundo lugar, vemos as decisões de arquivamento de inquérito (31,61%), indicando que em número muito relevante dos casos não foi possível a reunião de provas mínimas acerca da materialidade e autoria dos delitos em apuração.

E, por último, temos as decisões de rejeição de denúncia (1,25%), a indicar que, em que pese o Ministério Público ter entendido pela viabilidade da ação penal, esta não foi reconhecida em sede judicial, terminando-se prematuramente o processo sem exame acerca da pretensão punitiva estatal.

Para melhor compreensão desse quadro, convém apresentar o seguinte gráfico comparativo:



Obs.: O número 1 se refere à quantidade de Sentenças condenatórias; o nº 2, de Sentenças absolutórias; o nº 3, de Sentenças com extinção de punibilidade; o nº 4, de Decisões de arquivamento de Inquérito e o nº 5, de Decisões de rejeição de denúncia.

Do exame de todas as informações reunidas, podemos afirmar que, em 90,33% dos procedimentos encerrados em 2015, não houve imposição de pena criminal por sentença condenatória.

Isso ocorre porque diversas formas de composição dos conflitos alternativas à jurisdição tradicional têm sido praticadas no âmbito da Justiça criminal e, de outro lado, porque há imensa dificuldade dos órgãos de persecução penal no sentido de obtenção de provas e identificação de culpados em tempo hábil ao exercício eficaz da ação penal.

Vale dizer, o sistema como um todo tem operado de forma que a aplicação e cumprimento de penas criminais acontecem apenas em reduzido número de processos e como última e extrema alternativa diante dos fatos submetidos à Justiça. E, paralelamente, observa-se que os órgãos encarregados da persecução penal não têm conseguido desempenhar adequadamente a função de instruir e sustentar a pretensão punitiva estatal, o que acaba resultando no encerramento prematuro de grande número de procedimentos sem que qualquer resposta estatal ao fato criminoso seja possível.

Essa constatação é coerente com dados estatísticos apresentados pelo Instituto de Segurança Pública da Secretaria de Segurança do Estado do Rio de Janeiro, segundo o qual no primeiro semestre de 2015 apenas 19,67% das ocorrências de letalidade violenta tiveram suas investigações concluídas com êxito.⁹

⁹ Vide <http://www.isp.rj.gov.br>. É importante ressaltar que, conforme já apontado no presente estudo, apesar desse percentual, houve redução dos índices de letalidade violenta no Estado no período de 2003 a 2015.

O quadro revelado pelos números encontrados comprova que, em regra, o sistema de justiça criminal fluminense funciona de forma branda e tolerante. E, de outro lado, demonstra a ineficiência crônica dos órgãos de polícia judiciária na elucidação dos crimes e obtenção de provas capazes de assegurar o acolhimento da pretensão punitiva estatal. Por fim, a soma de ambos os fatores conduz à raridade da imposição de penas criminais e de custódias cautelares.

V – CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, podemos sintetizar as conclusões deste estudo da seguinte forma:

Os dados estatísticos coletados demonstram uma melhora significativa da eficiência de processamento e decisão em primeiro grau de jurisdição nas competências criminais de forma generalizada, visto que, apesar do aumento dos níveis de distribuição, o estoque de processos tem se reduzido em todas as competências, exceto nos juizados da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Os juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher têm enfrentado significativo aumento de demanda, que se tornou possível em razão da facilitação do acesso à justiça nessa competência.

A esmagadora maioria dos feitos criminais em tramitação constituem processos de réus soltos (94,64% do total). Mesmo nas competências especializadas em crimes graves, quais sejam, varas criminais comuns e varas com competência do júri, os processos de réus soltos representam 87,92% e 83,63%, respectivamente, do total em tramitação.

A maioria dos processos de réus presos cautelarmente já teve julgamento em primeiro grau de jurisdição (52,97%).

Considerando-se o universo de sentenças e decisões terminativas proferidas em 2015, constata-se que as sentenças condenatórias correspondem a 9,67% do total; as sentenças absolutórias correspondem a 5,63%; sentenças de extinção de punibilidade são 51,87% do total; decisões de arquivamento de inquérito correspondem a 31,61%; e decisões de rejeição de denúncia representam 1,25% do total. Em decorrência desse quadro, constata-se que em 90,33% dos procedimentos encerrados em 2015 não houve imposição de pena decorrente de condenação criminal.

A raridade na imposição de penas criminais decorre da utilização de métodos alternativos de composição dos conflitos e de benefícios legais, e também da ineficiência dos órgãos encarregados da persecução penal no sentido de assegurar o êxito da pretensão punitiva estatal.

A política legislativa de mitigação da resposta penal e de restrição legal ao uso de prisões cautelares, que contribuiu para o elevadíssimo percentual de processos de réus soltos em tramitação, parece ter sido levada ao seu ponto extremo sem que tenha sido possível observar redução do número de prisões ou queda dos índices de criminalidade não letal no Estado do Rio de Janeiro. Paradoxalmente, o número de ocorrências com prisões teve aumento de 208% entre 2010 e

2015, após a edição da Lei n.º. 12.403, de 04/05/2011, que tornou mais rígidos os requisitos para decretação da prisão preventiva e instituiu diversas medidas cautelares alternativas à prisão, o que corrobora a hipótese de que em alguma medida a restrição à decretação de prisões cautelares em crimes menos graves tem contribuído para o aumento de ocorrências por crimes mais graves, em que a prisão cautelar é cabível e acaba ocorrendo. Vale dizer, a opção legislativa parece estar produzindo efeitos contrários aos que foram cogitados como fundamento de sua adoção.

JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO INFANTIL, O TRABALHO DOS PROFESSORES E A QUALIDADE DA EDUCAÇÃO: RELAÇÕES POSSÍVEIS

CARLOS ROBERTO JAMIL CURY¹
LUIZ ANTONIO MIGUEL FERREIRA²

1. Introdução. 2. Judicialização da educação. 3. Relações firmadas entre a judicialização e a educação infantil. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas

Resumo: O presente artigo tem como objetivo discutir a judicialização da educação infantil e os reflexos que proporcionam nas condições de trabalho do profissional da educação. Tendo como foco o direito à educação e à discussão judicial de temas relacionados com as creches, busca traçar as consequências que as decisões judiciais acarretam para os professores, em especial no que diz respeito à falta de vagas e recesso ou férias. Proporciona, também, uma reflexão sobre a questão da qualidade da educação infantil e as consequências das decisões judiciais a respeito do tema.

INTRODUÇÃO

Num passado não muito remoto, a primeira etapa da educação infantil – creche – tinha um caráter assistencial que objetivava garantir o trabalho para as mães, ou seja, era considerado um direito da mãe trabalhadora, a ponto de a legislação trabalhista estabelecer a necessidade de creche em estabelecimentos em que trabalhassem trinta (30) ou mais mulheres de acordo com a redação original do art. 389 da Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei nº 5.452/1943.

Assim, as creches constituíam-se num modelo assistencial às crianças, mas tendo como foco a genitora. Por outro lado, a legislação educacional fazia breves e genéricas referências a escolas maternas ou jardins de infância em geral sob a rubrica de pré-primário como é o caso dos artigos 23 e 24 da Lei nº 4.024/61 e não o consignando como direito. Com o advento da Constituição Federal de 1988, ficou expressamente estabelecido que a educação infantil é um direito relativo à educação a que faz jus a criança de até 5 anos de idade, mediante o dever do Estado. Assinale-se que a educação infantil se distingue em creche (0 a 3 anos) e pré-escola (4 a 5 anos).

1 Professor Titular da UFMG (aposentado); Professor Adjunto da PUC Minas.

2 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Integrante do Grupo de Atuação Especial em Educação – GEDUC REGIÃO DE PRES. PRUDENTE. Mestre em Educação pela Unesp, novembro/2016.

Nesse sentido, pontua a Constituição Federal:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV - Educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 anos de idade.

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Verifica-se que a lei maior não apenas estabeleceu como dever do Estado a garantia da creche, como também do atendimento mediante programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência.

Porém, não obstante esta norma, o efetivo reconhecimento deste direito somente ocorreu quando do julgamento do RE 467255, em 22 de fevereiro de 2006, pelo Supremo Tribunal Federal, onde ficou decidido

CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

Consta expressamente da decisão:

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV),³ o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar -se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar,

³ Vale ressaltar que a redação original do artigo 208, IV, estabelecia o direito às crianças de zero a seis anos de idade. Porém, com a Emenda Constitucional nº 53, de 2006, tal direito ficou assegurado às crianças de zero a cinco anos de idade.

injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

“Cada vez mais, a Justiça está sendo acionada para discutir temas relacionados à educação, abrangendo uma variedade imensa de assuntos.”

Apontou o Supremo Tribunal Federal que a oferta de creche não se qualifica como um ato discricionário da Administração Pública e “nem se subordina às razões de puro pragmatismo governamental”. Os municípios “não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo artigo 208, IV, da Lei Fundamental da República, que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa”.

Posteriormente, com o advento da emenda constitucional nº 53/09 e da pressão de muitos educadores, a educação infantil foi contemplada com um percentual do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, cuja regulamentação se deu pela Lei nº 11.494/2007, no artigo 36.

Após esta decisão do STF e da Lei nº 11.494/2007, os reflexos foram sentidos por todos os interessados, ou seja, dos tribunais às prefeituras, isto porque, se a justiça anteriormente não reconhecia expressamente este direito,⁴ com a decisão do Supremo Tribunal Federal, passou a dar efetividade a tal comando, obrigando os municípios a ofertarem a creche a toda criança, desde que o pai ou responsável manifestasse interesse. Isto porque o pai não tem a obrigação de matricular o filho na creche, mas, sim, na educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade (Art. 208, I, da CF e Lei nº 13.005/2014). No entanto, a partir do momento que manifesta o desejo de colocar a criança na creche, surge, em contrapartida, a obrigação do Poder Público (município) de oferecê-la em quantidade e qualidade suficientes. Ademais, o município passou a receber um valor do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, para garantir este direito. Em síntese: reconheceu expressamente o direito à creche e garantiu-lhe o financiamento

Pois bem. Tendo a lei consagrado o direito à creche como um direito da criança de até 3 anos de idade, impondo a obrigação de sua oferta pelo município, é óbvio que esta mudança de paradigma proporcionou discussão no âmbito judicial, não somente em relação à oferta de vagas, mas também no tocante a outros temas como financiamento adequado, férias, qualidade da educação, alimentação, transporte e outros, proporcionando uma verdadeira judicialização da educação infantil.

O problema é que esta judicialização realizada no âmbito do poder judiciário acarreta consequências reais e imediatas não só em relação ao poder público (gestor), como também ao pro-

4 Antes dessa decisão, havia posicionamentos judiciais contrários ao direito da creche, fundamentando-se no sentido de que a creche não se enquadraria como direito público subjetivo, posto que não é considerada obrigatória e que o Poder Judiciário não poderia interferir na esfera da decisão discricionária do Poder Executivo, em face do princípio constitucional da separação dos poderes.

cesso pedagógico, envolvendo todos os servidores (com especial atenção ao professor-executor), crianças, pais e responsáveis.

Tendo como parâmetro tal situação, o presente artigo busca analisar as consequências da judicialização da educação infantil em relação ao professor, abordando alguns temas específicos e sugerindo uma reflexão sobre o problema que atinge grande número de municípios brasileiros, tendo como foco a questão da qualidade da educação.

JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO

É certo que o reconhecimento legal do direito à educação infantil – creche – por si só não traria tanta discussão no âmbito do Poder Judiciário, se não fosse a legitimação conferida pela lei ao Ministério Público e Defensoria Pública para buscar a garantia e efetividade do direito através de ações judiciais individuais e coletivas. Assim, além dos pais ou responsáveis, o Ministério Público e a Defensoria Pública também passaram a atuar para fazer valer os direitos previstos na Constituição Federal no que diz respeito à educação, e em especial, à educação infantil.

Com isso, como já afirmamos, “o Poder Judiciário passou a ter funções mais significativas na efetivação desse direito. Inaugurou-se no Poder Judiciário uma nova relação com a educação, que se materializou através de ações judiciais visando a sua garantia e efetividade. Pode-se designar este fenômeno como a judicialização da educação, que significa a intervenção do Poder Judiciário nas questões educacionais em vista da proteção desse direito até mesmo para se cumprir as funções constitucionais do Ministério Público e outras instituições legitimadas” (FERREIRA, L. A. M.; CURY, C. R. J. **A Judicialização da Educação**, 2010).

No mesmo sentido, ÁLVARO CHRISPINO e RAQUEL CHRISPINO apontam “a judicialização das relações escolares como aquela ação da Justiça no universo da escola e das relações escolares, resultando em condenações das mais variadas” (**A Judicialização das relações escolares e a responsabilidade civil dos educadores**, 2008).

Em síntese, a judicialização da educação está diretamente relacionada com o disposto no artigo 208 da Constituição Federal. Com efeito, estabelece o citado artigo:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Verifica-se que a Constituição Federal, impondo algumas obrigações para o Estado, o seu não cumprimento pode ensejar ações judiciais para garantir a sua concretização. É isso que vem ocorrendo com a educação. Cada vez mais, a Justiça está sendo acionada para discutir temas relacionados à educação, abrangendo uma variedade imensa de assuntos.

Por um lado, tem sido positiva esta judicialização, uma vez que os direitos consagrados constitucionalmente, em relação à educação, estão entrando na pauta de discussão dos poderes públicos e sendo garantidos, independentemente da vontade do órgão executor. Isso é relevante e apresenta-se como a efetivação do estado de direito. Na verdade, o Poder Judiciário está sendo levado a formular e implementar políticas públicas na área educacional para que não reste vulnerado o direito fundamental previsto constitucionalmente. Ademais, verifica-se, em âmbito nacional, uma procura pela especialização da matéria por aqueles que estão diretamente envolvidos, como Juízes, Promotores de Justiça, Defensores Públicos e Advogados, dado o caráter complexo da legislação educacional. É crescente o número de Promotorias de Justiça que vêm se especializando em educação.

No entanto, a judicialização traz consigo outra faceta, não muito positiva. Nas citadas carreiras jurídicas, existem profissionais que desconhecem os meandros da educação proporcionando equívocos judiciais com reflexos educacionais com suas ações ou decisões, embora com fundamentação jurídica legítima. E, muitas vezes, as consequências atingem diretamente a criança ou o adolescente, e, em outras ocasiões, os próprios professores. Esta realidade requer uma análise mais ampla a fim de possibilitar a perfeita fusão do pedagógico com o jurídico, de modo a se cumprir a lei, sem prejuízo da questão educacional. É o que se passa a analisar, especificamente, no que diz respeito à educação infantil.

RELAÇÕES FIRMADAS ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO E A EDUCAÇÃO INFANTIL

A judicialização da educação infantil tem abrangido vários aspectos, como: a) falta de vaga; b) férias escolares; c) período integral e parcial; d) merenda escolar; e) transporte escolar; f) material didático-pedagógico; g) inclusão do aluno com deficiência; h) adequação do prédio escolar; i) matrícula escolar; j) financiamento, entre outros

Constata-se que todos esses temas têm um reflexo direto para o professor, podendo atingir sua atuação docente. Por outro lado, guardam relação imediata com a qualidade da educação infantil, que, muitas vezes, é desconsiderada quando da judicialização. Vejamos, de forma exem-

plicativa, algumas situações que ocorrem na prática

Vagas nas creches:

Esta questão está pacificada na Justiça, no sentido de que a vaga na creche se trata de um direito indisponível e público subjetivo (quando ocorre a procura pelo pai ou responsável, de vez que esta etapa da educação infantil não é obrigatória), que não pode ficar a critério da conveniência ou oportunidade do município em oferecê-la. Existem até Súmulas dos Tribunais a respeito.⁵ Desta forma, o ingresso de uma ação judicial para obtenção de vaga em creche encontra respaldo no Poder Judiciário que confere efetividade ao que estabelece a Constituição Federal.

Por outro lado, este direito responde a uma situação sócio-antropológica muito real e nossas cidades, especialmente aquelas pautadas por uma metropolização complexa. As famílias, quaisquer que sejam seus desenhos, buscam a recomposição da renda. Neste sentido, os pais se veem obrigados a buscar nichos no mercado de trabalho. A escola vem sendo o lugar por excelência para deixarem seus filhos aos cuidados de educadores, pois ela é um *locus* permanente, sistemático e aberto a todos com apoio do Estado. Por outro lado, as famílias diminuíram seu tamanho, os vizinhos enfrentam situações similares e a rua tornou-se lugar de preocupação e mesmo de violência. Daí que a educação infantil tenha se tornado uma necessidade nascida das transformações pelas quais passam tanto as cidades como as famílias. O direito à educação infantil e o dever do Estado respondem a este contexto maior.

O problema é que não se pode analisar esta questão relacionando-a apenas ao direito individual ou coletivo. Há necessidade de se seguir parâmetros de qualidade, sob pena de transformar as creches em depósitos de crianças. Com efeito. As Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil – Resolução CNE/CEB nº 01, de 7/04/99; a revisão do Parecer nº 20/09; a Resolução nº 5, de 17/02/09 do CNE e Resolução nº 4, de 13/ 07/10 – definem as diretrizes curriculares nacionais gerais para a Educação Básica e estabelecem o número máximo de crianças por professor. Consta expressamente do Parecer nº 20/09 do CNE, devidamente homologado em 9/12/09, que a proporção a ser seguida é a seguinte:

O número de crianças por professor deve possibilitar atenção, responsabilidade e interação com as crianças e suas famílias. Levando em consideração as características do espaço físico e das crianças, no caso de agrupamentos com criança de mesma faixa de idade, recomenda-se a proporção de 6 a 8 crianças por professor (no caso de crianças de zero e um ano), 15 crianças por professor (no caso de criança de dois e três anos) e 20 crianças por professor (nos agrupamentos de crianças de quatro e cinco anos).

⁵ No Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça formulou duas súmulas a respeito da vaga em creches.

Súmula 63: É indeclinável a obrigação do município de providenciar imediata vaga em unidade educacional à criança ou adolescente que reside em seu território.

Súmula 65: Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transportes a crianças ou adolescentes.

Em síntese, a proporção é a seguinte:

- Um professor para cada 6 a 8 crianças de 0 a 1 anos de idade.
- Um professor para cada 15 crianças de 2 e 3 anos de idade.
- Um professor para cada 20 crianças de 4 a 5 anos de idade.

A decisão judicial que determina a colocação de uma criança na creche ou pré-escola, na maioria das vezes, não leva em consideração essa questão que acaba refletindo diretamente no professor e no processo pedagógico. E nem sempre considera que há uma inscrição das famílias na expectativa de serem atendidas pelo aumento planejado de vagas. Assim, da mesma forma que a vaga é um direito da criança, a educação de qualidade também é um direito consagrado, que deverá ser observado. Com efeito. Estabelece a Constituição Federal:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

(...)

VII - garantia de padrão de qualidade.

(...)

Art. 211. A União Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º - A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Idêntica determinação consta dos artigos 3º, IV, e 4º, IX, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394/1996. Aliás, o termo qualidade da educação é citado em inúmeros outros artigos e leis esparsas, reforçando a ideia de que não basta garantir vaga a uma criança na creche, tornando-se necessário garantir a qualidade do serviço ofertado. Porém, quando não há este questionamento no âmbito judicial, muitas vezes tornando a demanda na busca de vaga apenas um acesso, as consequências são sentidas pelos professores que são obrigados a suportar uma carga de alunos maior do que foi estabelecido para a garantia da qualidade da educação. Essa questão representa um exemplo claro de como a judicialização interfere no trabalho docente e, conseqüentemente, na educação das próprias crianças atendidas.

Dessa forma, reputa-se necessário não somente garantir a vaga, mas saber e acompanhar como a criança será inserida na escola. Na impossibilidade de pronto atendimento, por falta de professores em números suficientes, há necessidade de se aguardar a regularização desta situação. Essa solução apresenta-se pedagogicamente conseqüente ao ciclo da existência da criança em oposição ao acúmulo de crianças para um único professor em total prejuízo ao seu desenvolvimento. Trata-se de uma avaliação que deve ser feita para garantir a vaga e a qualidade da creche. A decisão judicial que garante a vaga deveria, como conseqüência lógica, garantir a qualidade da educação, com o acompanhamento do cumprimento da decisão no sentido de saber onde a criança foi matriculada e se há o respeito às Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil

com relação ao número de alunos por professores.

Ademais, há que se considerar a responsabilidade dos municípios em relação à educação obrigatória, ora estendida para as crianças desde os 4 anos e o orçamento disponível. Nesse sentido, cumpre trazer à questão dois pontos importantes. O primeiro se refere às responsabilidades dos entes federativos no apoio à educação infantil. Elas não são exclusivas dos municípios. De acordo com o artigo 23 e artigo 30 da Constituição Federal, essa responsabilidade deve ser compartilhada com os Estados e a União. É o que é reforçado pela Lei nº 13.005/2014 na primeira estratégia da Meta 1:

“É crescente o número de Promotorias de Justiça que vêm se especializando em educação.”

1.1) defini, em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, metas de expansão das respectivas redes públicas de educação infantil segundo padrão nacional de qualidade, considerando as peculiaridades locais.

O segundo se reporta ao alinhamento estabelecido pelo Plano Municipal de Educação em relação à Meta 1 e suas respectivas estratégias postas no Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/2014).

E tem ainda, como derradeiro, a questão do financiamento da creche que deve obedecer aos critérios estabelecidos no FUNDEB, não se concretizando o repasse de dinheiro de forma imediata com a matrícula da criança.

Em síntese, verifica-se que a garantia de uma vaga na creche envolve muitas outras questões que devem ser observadas, sob pena de prejudicar o desenvolvimento da criança e uma sobrecarga ao professor. A garantia de uma vaga se reflete em muitas outras crianças e afeta o trabalho docente, circunstâncias que não podem ser desconsideradas.

Férias escolares:

A Constituição Federal é clara no sentido de tratar a creche como educação. Nesse sentido estabelece:

Art. 208 – O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV - Educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

No mesmo sentido, detalha a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96) o dever do Estado, bem como os níveis e composição da Educação, inserindo as creches na educação infantil, uma das modalidades da Educação Básica.

Diz a lei:

Art. 30. A educação infantil será oferecida em:

- I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;
- II - pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade.

Diante da legislação supracitada só há uma conclusão: creche é educação. Nessa circunstância, sujeita-se às regras específicas da legislação educacional quanto aos dias de trabalho. Nesse sentido, pontua a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96):

Art. 31. A educação infantil será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:

- I - avaliação mediante acompanhamento e registro do desenvolvimento das crianças, sem o objetivo de promoção, mesmo para o acesso ao ensino fundamental;
- II - carga horária mínima anual de 800 (oitocentas) horas, distribuída por um mínimo de 200 (duzentos) dias de trabalho educacional;
- III - atendimento à criança de, no mínimo, 4 (quatro) horas diárias para o turno parcial e de 7 (sete) horas para a jornada integral;
- IV - controle de frequência pela instituição de educação pré-escolar, exigida a frequência mínima de 60% (sessenta por cento) do total de horas;
- V - expedição de documentação que permita atestar os processos de desenvolvimento e aprendizagem da criança.

Logo, as creches devem ter o recesso ou férias escolares por imposição legal, pois integrando o calendário anual, a sua proposta de trabalho educacional inclui o recesso. O objetivo é claro: a) de um lado, garantir à criança o direito à convivência familiar e comunitária prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 19 do ECA: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família...”); b) proporcionar aos profissionais que trabalham na creche – professores – o tempo necessário para o descanso e planejamento da operacionalização do projeto político pedagógico da escola.

Não é por outra razão que a Câmara de Educação Básica aprovou o voto da Conselheira Relatora MALVINA TÂNIA TUTTMAN (Parecer nº 23/2012 – Processo nº 23001.000049/2011-19, devidamente homologado pelo Ministro da Educação, conforme publicação no DOU de 19/03/2013), assim estabeleceu:

1. As creches e pré-escolas constituem-se em estabelecimentos educacionais públicos ou privados que educam e cuidam de crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos de idade, por meio de profissionais com a formação específica legalmente determinada, a habilitação para o magistério superior ou médio, refutando assim funções de caráter meramente assistencialista, embora mantenha a obrigação de assistir às necessidades básicas de todas as crianças.
2. Nas creches e pré-escolas mostra-se adequada uma estrutura curricu-

lar que se fundamente no planejamento de atividades durante um período, sendo normal e plenamente aceitável a existência de intervalo (férias ou recesso), como acontece, aliás, na organização das atividades de todos os níveis, etapas e modalidades educacionais. Tal padrão de organização de tempo de operacionalização do projeto político-pedagógico, com inclusão de intervalos, não constitui obstáculo ou empecilho para a consecução dos objetivos educacionais, ao tempo em que contribui para o atendimento de necessidades básicas de desenvolvimento das crianças relacionadas à convivência intensiva com suas famílias e a vivências de outras experiências e rotinas distintas daquelas organizadas pelas instituições de educação.

Não obstante toda esta sistemática legal, o Poder Judiciário tem se posicionado no sentido da não interrupção do atendimento na creche, ou seja, da impossibilidade de férias ou recesso, sendo que, em determinados julgados, ainda se manifesta pelo caráter assistencial da creche. Esta lição pode ser extraída da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação nº 022152290.2009.8.26.0000, em que figura como apelante o Município de São Paulo e apelada a Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Consta do acórdão:

Caráter pedagógico e assistencial da educação infantil, que, ao proporcionar aos pais meios para obter o sustento da família, contribui para a realização dos fundamentos da República Brasileira consubstanciados na dignidade humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, III, IV, da Constituição Federal). Serviço público essencial, que deve ser prestado continuamente sem a possibilidade de restrição de caráter infraconstitucional, inviabilizando, também, a adoção do sistema de plantão ou a limitação aos estabelecimentos da rede direta de ensino.

Em decisão mais recente, o referido Tribunal reiterou a impossibilidade de férias ou recesso nas creches:

COMINATÓRIA - Obrigação de fazer - Propositura em face do Município de Salto/SP - Dever do Poder Público de fornecer educação básica, obrigatória e gratuita a criança em unidade de educação infantil próxima à sua residência, no período integral, observado o período de recesso - Pedido procedente - Serviço essencial que deve ser prestado ininterruptamente, até nos recessos de férias - Possibilidade, entretanto, de o Poder Público promover eventual redirecionamento das crianças que utilizarão creche neste período, com a garantia de atendimento de toda a demanda, providenciando o necessário transporte em caso de transferência para local distante a mais de dois quilômetros da residência da criança - Recurso do Município parcialmente provido para este fim. Salto - Câmara Especial - Relator PINHEIRO FRANCO (Pres. Seção de Direito - 05/10/2015 - Votação: Unânime - Voto nº 29702).

Com isso a questão das férias ou do recesso da educação infantil – creche –, quando judi-

cializada, não encontra respaldo legal, refletindo diretamente no profissional da educação que se encontra tolhido de tal direito. O professor da creche é tão professor como o da pré-escola. Muitas vezes, ocupam o mesmo prédio. Porém, quando do recesso escolar, um goza das férias e o outro não. Cabe ressaltar que o trabalho do professor da creche, às vezes, é mais cansativo que o de outras modalidades de ensino, em face da idade das crianças.

A justiça nesses casos, a pretexto de contribuir com os pais ou responsáveis para garantir o sustento da família (sendo que os pais trabalhadores têm direito a férias) sobrecarrega o professor. Questiona-se nessa situação, não apenas o direito do professor trabalhador, mas também a qualidade do ensino. Aliás, esse ponto tem o mesmo fundamento da questão da vaga. A pretexto de se garantir um serviço de forma ininterrupta, compromete-se a sua qualidade. E as crianças que seriam as beneficiadas pelo serviço contínuo acabam sendo prejudicadas pelo ensino ministrado.

Essa situação revela apenas que há necessidade de se pensar a creche como educação dando-lhe o tratamento jurídico que lhe é reservado pela Constituição Federal.

O recesso, como apontado no parecer do Conselho Nacional de Educação, não impede a utilização do prédio por outras secretarias municipais para o desenvolvimento de atividades extra-curriculares. Trata-se de uma questão de política intersetorial para a infância e não educacional.⁶ Consta expressamente do parecer:

Considera-se que muitas famílias necessitam de atendimento para suas crianças em períodos e horários que não coincidem com os de funcionamento regular dessas instituições educacionais, como o horário noturno, finais de semana e em períodos de férias e recesso. Contudo, esse tipo de atendimento, que responde a uma demanda legítima da população, enquadra-se no âmbito de “Políticas para a Infância”, devendo ser financiado, orientado e supervisionado por outras áreas, como assistência social, saúde, cultura, esportes e proteção social. O sistema de ensino define e orienta, com base em critérios pedagógicos, o calendário, os horários e as demais condições para o funcionamento das creches e pré-escolas, o que não elimina o estabelecimento de mecanismos para a necessária articulação que deve haver entre a educação e outras áreas, como a saúde e a assistência, a fim de que se cumpra, do ponto de vista da organização dos serviços nessas instituições, o atendimento às demandas das crianças. Dessa forma, instalações, equipamentos, materiais e outros recursos, sejam das creches e pré-escolas, sejam dos outros serviços, podem e devem ser mobilizados e articulados para o oferecimento de cuidados e atividades às crianças que delas necessitem durante o período de férias e recesso das instituições educacionais.

Dessa forma, seria muito mais adequado planejar de modo intersetorial junto ao municí-

6 Afora a legislação educacional propriamente dita, pode-se verificar esta intersetorialidade na CLT, art. 389, § 2º. Nada impede que esta intersetorialidade, também prevista no ECA, seja expandida à luz da LDB. O recente Decreto nº 8.869, de 5 de outubro de 2016, que instituiu o Programa Criança Feliz, que tem entre os seus objetivos a promoção e o desenvolvimento humano a partir do apoio e do acompanhamento do desenvolvimento infantil integral na primeira infância, estabeleceu que a sua implantação ocorrerá “a partir da articulação entre as políticas de assistência social, saúde, educação, cultura, direitos humanos, direitos das crianças e dos adolescentes, entre outros (art. 5º), reforçando assim a necessidade da colaboração recíproca, não somente entre os poderes, mas também no âmbito administrativo.

pio programas alternativos para as crianças de modo a atendê-las em férias escolares. Até porque, a prioridade que se deve dar à criança e ao adolescente engloba a precedência na formulação e na execução das políticas sociais públicas, conforme expressamente previsto no artigo 4º, parágrafo único, “c”, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nos moldes da “escola da família” seria interessante a criação de programa social “escola em férias” que não abrangeria apenas as crianças em idade para creche, mas com outras idades e cujos pais também precisam trabalhar. Com isso, cumprir-se-ia a lei e não sobrecarregaria o professor. E a qualidade da educação estaria garantida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face destas considerações, pode-se afirmar em relação à questão da ausência de vagas e do recesso ou férias escolares na educação infantil que as ações judiciais ingressadas têm por fundamento o disposto no artigo 208, III, do ECA, que trata da proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos, que estabelece:

Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:

I - (...);

II - (...);

III – de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade;

Assim, quando se almeja a vaga em creche é porque o serviço não está sendo oferecido a todos. Quando se busca o trabalho contínuo do professor de creche, mesmo no recesso ou férias escolares, a ação está fundamentada também na ausência de oferecimento do serviço durante este período.

Contudo, o que se propõe a refletir neste estudo é que garantir a matrícula da criança, sem levar em consideração o número de alunos por professor ou a ausência de férias ou recesso das creches, caracteriza uma oferta irregular do serviço público, também passível de questionamento judicial. No fundo, o que se busca é a garantia do ensino de qualidade, que passa por esses problemas. A lei deve ser interpretada em sua integralidade, ou seja, analisando o não oferecimento ou a oferta irregular. O problema é que a análise judicial dessas questões tem se centrado apenas na questão do não oferecimento. É hora de mudar o foco e garantir a vaga na creche com qualidade e o recesso ou férias escolares também como fundamento da qualidade do ensino ministrado.

Ressalta-se que esses dois problemas decorrentes da judicialização da educação infantil tem uma ligação direta com o professor e sua atividade docente. Mas, outros efeitos também são sentidos pela administração de um modo geral em face dessa judicialização e que merecem análise. Trata-se da questão referente à data da matrícula da criança em creche e a sua consequente judicialização. Nesse caso, dois problemas são levantados:

Pode-se estabelecer data de corte etário para o ingresso na creche? A Lei fala em creche e

educação infantil às crianças até 5 anos de idade.⁷ Logo, a criança ao nascer já tem direito à creche e deve o município ofertar a vaga. Porém, a Constituição Federal estabelece no artigo 6º, como direito social “a proteção à maternidade e à infância”. Também garante no artigo 227, o direito da criança à convivência familiar. A Lei nº 13.257/2016 que estabelece as políticas públicas para a primeira infância destaca a convivência da criança com os pais como forma de favorecer a criação de vínculos afetivos e de estimular o desenvolvimento integral da criança. Para a mãe trabalhadora é garantida a licença gestante (CF, art. 7º, “XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;”). Como a justificativa judicial para a garantia da vaga na creche é a questão do trabalho dos pais ou responsáveis, apresenta-se razoável, diante da legislação citada, a possibilidade de se estabelecer um corte etário para o ingresso na creche, que coincidiria com os quatro meses da licença gestante. Contudo, deve-se levar em consideração, à vista do trabalho informal crescente, em que pessoas trabalham sem carteira de trabalho assinada, que muitos pais carecem dessa proteção direta da legislação citada. Assim, esse tema requer uma análise mais criteriosa pelos operadores do direito, sob pena de penalizar a criança ao invés de lhe garantir um direito. Volta-se à questão da compatibilização do direito ao trabalho dos pais ou responsáveis com o direito da criança à educação infantil e à convivência familiar.

Há período preestabelecido a ser obedecido para a matrícula nas creches? Esta é a outra questão que traz reflexos diretos para a administração e que merece apreciação. A rede pública de educação como um todo estabelece, através de resoluções, critérios e procedimentos para a implantação do processo de atendimento da demanda escolar. Há um calendário a ser obedecido que serve para orientação dos pais, bem como da própria administração, para efeito de planejamento. Com as creches, essa situação não se verifica, principalmente quando é judicializado esse direito. Isso porque, independentemente do dia ou mês, a decisão judicial impõe a matrícula, sem levar em consideração um eventual planejamento. Esse tema acarreta reflexos diretos às crianças, aos pais e à administração pública e também requer uma atenção especial. Ressaltem-se, no caso, as estratégias 1.3 e 1.4 do Plano Nacional de Educação, respectivamente:

1.3) realizar, periodicamente, em regime de colaboração, levantamento da demanda por creche para a população de até 3 (três) anos, como forma de planejar a oferta e verificar o atendimento da demanda manifesta

1.4) estabelecer, no primeiro ano de vigência do PNE, normas, procedimentos e prazos para definição de mecanismos de consulta pública da demanda das famílias por creches;

Diante de todas essas observações, constata-se que a judicialização da educação, e em especial da educação infantil na modalidade de creche, requer dos operadores do direito uma visão mais alargada, posto que, a pretexto de cumprir a lei, acabam por estabelecerem situações que mais prejudicam a criança, do que a beneficiam. Também se vislumbra dessas considerações a importância de uma maior especialização dos operadores do direito na seara educacional, que tem suas peculiaridades e especificidades.

7 Diferente da redação original do artigo 208, IV, da CF, que citava o “atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”.

Por fim, resta firmar o posicionamento jurídico e educacional quanto à qualidade da educação infantil (principalmente quando judicializada). Isto porque a vaga deve ser garantida na creche, mas sem desmerecer a qualidade. Tanto que, entre as estratégias previstas para a Meta 1 do Plano Nacional de Educação, está a 1.6 que impõe a implantação da “avaliação da educação infantil, realizada com base em parâmetros nacionais de qualidade, a fim de aferir a infraestrutura física, o quadro de pessoal, as condições de gestão, os recursos pedagógicos, a situação de acessibilidade entre outros indicadores relevantes”. Segundo o estudo Impacto do Desenvolvimento na Primeira Infância sobre a Aprendizagem, realizado pelo Núcleo Ciência Pela Infância (NCPI),⁸ pesquisas evidenciam que essa qualidade da creche pode ser conferida por uma série de fatores, dentre eles:

- Profissionais com bom nível de formação, atentos e responsivos às necessidades das crianças e engajados em promover o desenvolvimento pleno.
- Turmas pequenas com número reduzido de crianças por educadores.
- Currículo adequado à faixa etária com atividades e programa pedagógico bem estruturados.
- Ambiente estimulante e voltado para a participação ativa da criança.
- Infraestrutura segura.
- Rotinas de higiene e cuidado pessoal.
- Modelo de atendimento associado a atividades para apoiar e orientar os pais.

O que se almeja é uma escola de qualidade para todos. Até porque creches de baixa qualidade impactam de forma negativa o desenvolvimento regular da criança e os operadores do direito não podem desconsiderar tal questão.

Resta, ainda, a efetiva aplicação do princípio da colaboração recíproca posto no art. 211 da Constituição Federal, que implica todos os poderes públicos. Como decorrência desse princípio e do da gestão democrática, a melhor saída, além dos parâmetros estabelecidos pela Lei nº 13.005/2014, é o estabelecimento de um diálogo entre os poderes, sem desmerecer a especialização dos operadores do direito quanto às questões educacionais.

5) REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. (Coleção Saraiva de Legislação).

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente: promulgado em 13 de julho de 1990**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. (Coleção Saraiva de Legislação).

BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Lei nº 9394 promulgada em 20 de dezembro de 1996. São Paulo: Roma Victor Editora, 2007.

Comitê Científico do Núcleo Ciência pela primeira infância (2014). Estudo nº 1. “O impacto do Desenvolvimento na primeira infância sobre a aprendizagem”. Disponível no site: www.ncpi.org.br.

⁸ Disponível no site: www.ncpi.org.br.

CHRISPINO, Álvaro; CHRISPINO, Raquel S. P. “A Judicialização das relações escolares e a responsabilidade civil dos educadores”. http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-40362008000100002&script=sci_arttext&tIng=pt - Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação. ISSN 0104-4036: Aval. Pol. Públ. Educ., vol. 16, nº 58. Rio de Janeiro, jan./mar. 2008 - 10.1590/S0104-40362008000100002.

CURY, C.R.J; FERREIRA, L.A.M. “A judicialização da educação”. *IN*: FERREIRA, A.M.F. **Temas de Direito à Educação**. São Paulo: Imprensa Oficial: Escola Superior do Ministério Público, 2010.

GOTTI, Alessandra. “A Qualidade Social da Educação Brasileira nos Referenciais de Compromisso do Plano e do Sistema Nacional de Educação”. São Paulo, 2016. http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=41851-estudo-processos-judicializacao-temas-tratados-normas-da-ceb-cne-pdf&category_slug=maio-2016-pdf&Itemid=30192.

A CLÁSSICA E A CONTEMPORÂNEA EXECUÇÃO CIVIL *LA CLASSICA E CONTEMPORANEA ESECUZIONE CIVILE*

ERIC CESAR MARQUES FERRAZ,

Advogado, Graduado e Pós-graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo. Procurador do Município de SBC-SP.

Resumo:

O escopo do presente artigo é abordar, em linhas gerais, o Processo de Execução, o qual é matéria de enorme importância prática. Há, hoje, milhares de ações condenatórias e executivas. Numa sociedade de consumo, é muito comum que as pessoas contraiam créditos e não consigam pagá-los. Neste contexto, tentamos dar um panorama doutrinário sobre o processo de Execução, partindo das clássicas lições do Professor ENRICO TULLIO LIEBMAN, lembrando as abalizadas lições históricas do Professor VICENTE GREGO FILHO, para adentrarmos na doutrina contemporânea dos ilustres Professores LUIZ FLÁVIO YARSHELL e MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONÍCIO, e em seguida discorreremos sobre os Delineamentos Básicos para qualquer Processo de Execução, o que nada mais é do que uma sucinta abordagem sobre a teoria geral da execução, bem como, em breves linhas, os meios de impugnação das mesmas e, por fim, analisamos brevemente a fase expropriatória prevista no NCPC, das quais fazem parte a penhora, a avaliação e a expropriação em cotejo com as lições do consagrado Professor MOACYR AMARAL DOS SANTOS.

Sommario:

La scopo di questo articolo è quello di affrontare in termini generali il processo di esecuzione, che è una questione di grande importanza pratica. Ora ci sono migliaia di azioni schiaccianti ed esecutivo. In una società dei consumi, è molto comune per le persone a contrarre crediti e non li può pagare. In questo contesto, cerchiamo di dare una visione dottrinale del processo di esecuzione, basato sul classico lezioni del professor ENRICO TULLIO LIEBMAN, notando le autorevoli lezioni storiche del professor VICENTE SON GRECA, si entra nella dottrina contemporanea di distinto professori LUIZ FLÁVIO YARSHELL e MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONÍCIO e poi discorreremo sui disegni di base per qualsiasi processo di esecuzione, che non è altro che un approccio sintetico per la teoria generale di esecuzione, nonché in poche righe la impugnação ha lo stesso significato e, infine, passiamo in rassegna brevemente la fase di esproprio di cui NCPC che fanno parte dell'allegato, la valutazione e l'esproprio in confronto con le lezioni del maestro dedicata MOACYR AMARAL DOS SANTOS.

Palavras-chaves:

Processo de Execução. Cumprimento da Sentença. Sincretismo Processual. Fase Expropriatória. Novo CPC.

Parole chiave:

Procedura di Implementazione. Adempimento dela Sentenza. Sincretismo di Procedura. Esproprio Fase. Nuovo CPC.

INTRODUÇÃO

O presente escrito teve por objetivo o estudo e a pesquisa científica, através de diversos artigos, livros de consagrados professores e legislação processual, acerca da execução civil, que é a forma pela qual conseguimos satisfazer o credor. Dessa forma, é matéria de enorme importância prática. Há, hoje, milhares de ações condenatórias e executivas, numa sociedade de consumo, e é muito comum que as pessoas contraiam créditos e não consigam pagá-los. Há uma série de indezizações, prejuízos, e tudo isso gira em torno do que nós chamamos de crise de inadimplência, ou crise de inadimplemento: uma série de obrigações de pagar que não são cumpridas. Isso desaba no processo civil e vai para a execução. Na execução civil, pelo menos 90% (noventa por cento) dos casos dizem respeito às obrigações de pagar. Talvez 5 ou 10% (cinco ou dez por cento) digam respeito a obrigações de fazer ou não fazer, uma minoria.

As obrigações de pagar, portanto, são aquelas de maior recorrência. A forma pela qual vamos dar execução às obrigações de pagar vai ser o que analisaremos mais detidamente neste trabalho. Já sabemos que se não tivermos nada em mãos, apenas provas, precisamos de um processo de conhecimento e chegaremos a uma condenação. A condenação é um título executivo judicial. Esse título executivo judicial, chamado condenação, permite a execução imediata da dívida. Aquele que for condenado na justiça a pagar já deve pagar essa dívida logo após o trânsito em julgado. Esta ideia de pagamento automático existe porque não existe diferença entre o processo de conhecimento e o processo de execução. Ambos são um único processo – conhecimento e execução. Se estivéssemos há 10 (dez) anos, defenderíamos o oposto: conhecimento e execução seriam processos diversos. No momento atual, a partir de 2006, acontece que aquele que for condenado a pagar fará isso de forma automática, dentro do mesmo processo, por meio do cumprimento da sentença previsto no artigo 523 e seguintes do NCPC, sem a necessidade de iniciar um processo novo. A isso damos o nome de processo sincrético. O que não ocorre no processo de execução quando o título é extrajudicial, que nesta situação teremos a clássica formação autônoma do processo de execução previsto no art. 771 do NCPC.

É importantíssimo que se entenda que não há uma solução de continuidade entre conhecimento e execução. Tudo caminha automaticamente. Isso é importante para a celeridade e efetividade do processo. Porque um processo feito dessa forma é um processo mais ágil. Nesse momento, distanciamos-nos das nossas matrizes europeias. No sistema europeu, continua havendo diferença entre execução e conhecimento. O réu tem de ser citado novamente para dar início a outro processo. Temos aqui, hoje, um processo que dispensa a nova citação do réu para chegar à fase executiva.

Neste contexto, tentamos dar um panorama doutrinário sobre o processo de execução, partindo das clássicas lições do Professor ENRICO TULLIO LIEBMAN, lembrando as abalizadas lições do Professor VICENTE GREGO FILHO, para adentrarmos na doutrina contemporânea dos renomados Professores LUIZ FLÁVIO YARSHELL e MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONÍCIO, para em seguida discorrermos sobre os Delineamentos Básicos para qualquer Processo de Execução, nada mais que uma sucinta abordagem sobre a teoria geral da execução, bem como brevemente tratamos dos meios de impugnação das mesmas e, por fim, analisamos a fase expropriatória prevista no NCPC, da qual fazem parte a penhora, a avaliação e a expropriação,

em cotejo com as lições do consagrado Professor MOACYR AMARAL DOS SANTOS.

“Sem dúvida, as obrigações de pagar são aquelas de maior recorrência em nosso judiciário.”

DESENVOLVIMENTO

A Clássica e a Contemporânea Doutrina do Processo Executivo

Neste tópico nos dedicamos a dar um panorama doutrinário sobre o processo de Execução, partindo das clássicas lições do Professor ENRICO TULLIO LIEBMAN, lembrando as abalizadas lições do Professor VICENTE GREGO FILHO, para adentrarmos na doutrina contemporânea dos renomados Professores LUIZ FLÁVIO YARSHELL e MARCELO MAGALHÃES BONÍCIO, em obra conjunta específica sobre o tema intitulada **Execução Civil - Novos Perfis**, na qual os mesmos abordam as reformas processuais do CPC de 73, que incluíram o cumprimento de sentença. Temos consciência acerca da dicotomia entre a clássica e a contemporânea doutrina do processo executivo, ainda mais com o advento do NCPC, que corrobora pelo sincretismo processual, haja vista que quando ocorrer título executivo judicial sua execução dar-se-á através de uma nova fase do processo, chamada cumprimento de sentença, e, quando houver título extrajudicial, o processo de execução continuará autônomo, motivo pelo qual adotaremos a mesma nomenclatura adotada no magistério dos renomados Professores¹ das Arcadas FLÁVIO LUIZ YARSHELL e MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONÍCIO, ou seja, simplesmente execução, haja vista que concordamos com os mesmos argumentos trazidos pelos referidos professores, abaixo transcritos:

Apresentamos ao público esta obra dedicada ao que entendemos por bem denominar de “nova execução civil”. Ela se ocupa, em sua maior parte, das alterações trazidas ao sistema processual civil pela Lei 11.232/05 que, como sabido, introduziu regras sobre o “cumprimento da sentença”.

Ainda assim, preferimos a nomenclatura antes mencionada por razões que o leitor poderá extrair do texto, mas que podem ser resumidas na ideia de que, nada obstante as modificações introduzidas, a eventual situação de inadimplemento continua a exigir a atuação da sanção secundária, com a prática de atos matérias de invasão da esfera jurídica do devedor para, contra sua vontade, satisfazer o credor. A isso, nada obstante a nova terminologia legal, continuamos a chamar de execução (...).

O Professor ENRICO TULLIO LIEBMAN,² na década de quarenta, dedicou-se ao tema, ministrando aulas aqui, no Brasil, no Largo São Francisco, em São Paulo, das quais nasceu a obra intitulada **Processo de Execução**, da qual transcrevemos algumas de suas clássicas lições sobre execução civil do seu sempre atual magistério:

1 BONÍCIO, Marcelo José Magalhães; YARSHELL, Flávio Luiz. **Execução Civil - Novos Perfis**, Editora RCS, 2006, São Paulo, “Introdução”.

2 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. Notas de atualização, nos termos do Código de Processo Civil de 1973, pelo Professor Joaquim de Munhoz de Mello. 4ª edição, Saraiva, São Paulo, 1980.

Os Livros Jurídicos têm vida bastante breve. A sociedade humana caminha e se desenvolve, e o Direito deve adequar-se a esse movimento. As próprias leis, os próprios códigos mudam, mas - mesmo durante o tempo em que permanecem em vigor – são interpretados e aplicados de um modo novo, segundo as exigências emergentes da vida social. Assim os livros, que neles se inspiravam perdem todo o interesse a não ser, o eventualmente, histórico.³ (...)

A nossa vida desenvolve-se em todas as suas manifestações, numa atmosfera jurídica; tudo o que fazemos é considerado pelo direito como coisa permitida, ou proibida, como fatos que dão lugar a consequências jurídicas. A esse conjunto de regras, que regem a vida de todos nós e as consequências de nossos atos, é que chamamos de ordem jurídica.

Ela é formada pelo conjunto das disposições das leis vigentes, dos costumes que têm eficácia jurídica e das tradições e práticas que completam as regras propriamente ditas de direito positivo. O conteúdo de todas essas regras consiste em imperativos que, prevenindo alguma hipótese que pode verifica -se no futuro, ordenam às pessoas que façam ou não alguma coisa. (...)

Mas todos sabemos, nem sempre os homens cumprem as suas obrigações e obedecem aos imperativos decorrentes do direito, de maneira que a ordem jurídica não seria completa, nem eficaz se não contivesse em si própria aparelhamento destinado a obter coativamente a obediência de seus preceitos.

Daí a razão das sanções, que são as medidas, cuja imposição é estabelecida pelas leis como consequência da inobservância dos imperativos jurídicos. Sua finalidade é dupla: de um lado elas procuram restabelecer o equilíbrio perturbado pelo comportamento ilícito da pessoa obrigada, mediante a consecução por outros meios do mesmo resultado prático visado pelo imperativo primário que não foi obedecido ou mediante a realização de alguma medida que represente uma compensação jurídica da transgressão; de outro lado a existência das sanções opera como meio de pressão psicológica para induzir as pessoas obrigadas a cumprir espontaneamente suas obrigações.(...)

Há várias espécies de sanções: a distinção fundamental as classifica em sanções penais e civis. Quando a inobservância de um imperativo é produzida por ato ou omissão que a lei qualifica como crime, a sanção chama-se penal: é a pena. Quando ao contrário, o ato ilícito não é qualificad como

3 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. Notas de atualização, nos termos do Código de Processo Civil de 1973, pelo Professor Joaquim de Munhoz de Mello. 4ª edição, Saraiva, São Paulo, 1980, Prefácio à Quarta Edição, p. XV, Milão 1980.

crime, corresponde-lhe a sanção civil, que consiste na satisfação coativa.

A pena não se propõe restabelecer as coisas como deveriam ser e como seriam se não tivesse havido a transgressão, mesmo porque frequentemente isso não poderia ser conseguido. Não existe, por exemplo, pena que possa devolver a vida a quem foi assassinado. A pena, em seu sentido amplo, consiste na imposição de medida punitiva ao transgressor, que o direito considera como compensação jurídica ao ato que infringiu a ordem por ele estabelecida.

Bem diferente é a sanção civil: visa ela anular os efeitos do ato ilícito, isto é, conseguir por outros meios o mesmo resultado, ou pelo menos outro, o quanto mais possível equivalente ao que teria decorrido da espontânea observância do imperativo originário. Sua finalidade é reparatória, satisfativa: propõe-se restabelecer e satisfazer à custa do responsável, o direito subjetivo que o ato ilícito violou. Isso nem sempre é materialmente possível; mas a sua tendência tem sempre esta direção e todo o esforço é feito para atingir tal resultado. O restabelecimento da ordem jurídica mediante a satisfação integral do direito violado, conseguido com todos os meios ao alcance dos órgãos judiciários, eis o escopo da sanção; este é justamente um dos fins máximos do processo civil.(...)

A efetivação das medidas que constituem a sanção civil, no sentido esclarecido acima, é confiada aos órgãos judiciários e representa parte importante da função judiciária ou jurisdicional. Esta função não consiste só em julgar, isto é, declarar qual seja a regra jurídica concreta estabelecida pelo direito para regular o caso submetido a julgamento, mas também em realizar praticamente a regra sancionadora decorrente da inobservância daquela primeira regra, isto é, do inadimplemento do obrigado.

A atividade desenvolvida pelos órgãos judiciários para dar atuação à sanção recebe o nome de execução civil; em especial, execução civil é aquela que tem por finalidade e conseguir por meio do processo, e sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida.

Esta atividade se desdobra numa série de atos que formam em conjunto o processo de execução.

O conhecimento e o julgamento da lide (processo de cognição) e atuação da sanção (processo de execução) são duas formas igualmente importantes da atividade jurisdicional, que se complementam, estando uma a serviço da outra. Julgamento sem execução significaria proclamação do direito em concreto sem sua efetiva realização prática; e, por sua vez, execução sem cognição poderia resultar no arbítrio mais evidente.

A execução é feita para atuação de uma sanção justificada pelos fatos ocorridos entre as partes, isto é, para satisfazer direito efetivamente existente. Por isso não pode proceder-se à execução senão depois de verificada legalmente a existência dos fatos que a justificam e que constituem a sua causa em sentido jurídico. Não se pode, pois, começar pela execução.

Mas isso também não quer dizer que a todo processo de cognição se segue necessariamente o processo de execução, pois em muitos casos, com a prolação da sentença, o assunto termina definitivamente e não há lugar para a execução como será explicado em seu tempo devido.⁴

Leciona ainda o lendário Professor ENRICO TULLIO LIEBMAN⁵ sobre a natureza jurídica do **Processo de Execução**:

Como todo processo judicial, também o processo de execução, além de ser uma série de atos coordenados pela finalidade comum que visam atingir, é também uma relação jurídica. Este conceito exprime o conjunto de situações jurídicas subjetivas que ligam entre si as pessoas envolvidas no processo ou melhor, a sua unidade. É naturalmente relação de direito público, caracterizada pelo fato de ir-se desenvolvendo progressivamente desde a proposição até a terminação do processo. (...)

O primeiro destes poderes subjetivos processuais é o de constituir a relação processual mediante a petição inicial; todos os outros derivam da pendência desta relação. Do lado oposto encontramos a situação da parte de não poder impedir que aquela atividade se desenvolva eventualmente em prejuízo de seus interesses: é a posição de sujeição. Figura intermediária é a de alguns poderes subjetivos que são ao mesmo tempo ônus, porque o exercício do poder é necessário para evitar consequência prejudicial no processo: por exemplo, compete à parte o direito de apresentar provas que a favoreçam; mas se forem provas cujo ônus lhe incumbe, a não apresentação das mesmas produz decisão desfavorável do juiz. Exemplo desta situação, no processo de execução, é o direito e o ônus do executado de nomear bens à penhora, se quiser evitar que sejam penhorados os que se lhe encontrarem (CPC, art. 981 [art. 652]). A situação de sujeição consiste, ao invés, na necessidade de suportar algum prejuízo decorrente do exercício da função jurisdicional, sem que qualquer coisa possa ser feita para impedi-la; por exemplo, transcorrido o prazo para a nomeação, o executado nada pode fazer para evitar que a penhora seja feita sobre seus bens; do mesmo modo, ele não pode impedir que se realize a praça, a arrematação dos bens penho-

4 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. Notas de atualização, nos termos do Código de Processo Civil de 1973, pelo Professor Joaquim de Munhoz de Mello. 4ª edição, Saraiva, São Paulo, 1980, pp. 1 a 5.

5 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. Notas de atualização, nos termos do Código de Processo Civil de 1973, pelo Professor Joaquim de Munhoz de Mello. 4ª edição, Saraiva, São Paulo, 1980, pp. 50 e 54.

rados, a entrega do preço aos credores etc.

Vejam agora as profícuas lições do Professor VICENTE GRECO FILHO⁶ e seu excelente esboço histórico sobre o tema ainda sob a égide do CPC de 73 e antes das suas reformas e do advento da nova legislação falimentar:

Esboço Histórico – No direito romano antigo, a execução tinha o conteúdo de atividade privatística, porque a atuação do magistrado consistia não em tomar medidas executivas, mas em liberar a atividade do credor, aliás, como já se repetiu no estudo dos institutos do processo de conhecimento, o magistrado não pertencia a um organismo público; era um jurisconsulto ao qual as partes concordavam em submeter suas questões.

Conta a história que a execução mais antiga se fazia na pessoa do devedor, *per manum injectionem*, podendo o devedor ser vendido pelo credor fora da cidade, *trans Tiberim*. Consta, até, que o devedor poderia ser esartejado, *partes secanto*, não se sabendo se tal ato seria real ou simbólico. O devedor que chegasse a tal situação perdia a condição de cidadão romano, *status civitatis*, a de membro de uma família, o *status familiae*, e a condição de liberdade, *status libertatis*, transformando-se em coisa, *res*.

O primeiro processo referido de execução patrimonial foi a *pignoris capio*, apreensão de bens como pena, podendo o credor, se desejasse, até destruir a coisa (CELSE NEVES, **Arrematação de real a real**, pp. 24-5). Era aplicável, primitivamente, a certos créditos especiais, como o dos publicanos, por imposto ou débitos de militares. O devedor podia livrar-se da execução pelo pagamento ou nomeação de um *vindex* que aceitasse o débito. Essa forma de execução já era considerada um privilégio de certas categorias sociais em contraste com a execução geral, comum e pessoal, que acarretava a perda da liberdade. Após a condenação ou confissão da dívida perante o magistrado, o devedor tinha trinta dias para pagar. Passado esse tempo (*tempus judicati*) sem o pagamento ou sem que se alegasse razão de direito em favor do devedor, era ele levado à presença do magistrado, que liberava a execução pessoal, já que a ideia era a incindibilidade entre o patrimônio e a pessoa, a qual era acompanhada da infâmia. A execução era, portanto, sempre universal.

No período formulário (a partir da *Lex Aebutia*, de cerca de 114 a.C.) começam a surgir as formas de execução patrimonial. Primeiro a *missio in bona*, apreensão universal e infamante de todos os bens do devedor, seguida *venditio bonorum*, aparecendo um comprador, o *bonorum emptor*, este era considerado sucessor do devedor. Posteriormente, foi admitida a *bonorum distractio*, em favor de certas autoridades, sem infâmia, e de bens

6 GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, vol. 3, Editora Saraiva, ano 2000, pp. 7-13.

suficientes dentro do limite dos créditos, com a possibilidade da *bonorum cessio* para se efetuar o pagamento, livrando-se o devedor das demais consequências da execução (WENGER, *Procedura civile romana*, p. 33).

No terceiro período do direito processual romano ocidental, chamado de período da *cognitio extra ordinem*, com a maior intervenção oficial decorrente da força do império, passou a ser utilizada a figura chamada *pignus in causa judicati captum*, que era a apreensão de bens para serem vendidos até o limite do crédito, mas a venda ainda era feita pelo credor (EMILIO BETTI, *Diritto romano*, p. 682.). Já nessa época, se mais de um credor estivesse executando o devedor, tinha preferência o que apreendesse primeiro os bens, segundo o princípio *prior temporis potior jure* (D. 20.4.10). A execução só podia ser individual e limitada a certos bens.

É preciso observar que, por falta de um sistema oficial de execução, o credor propunha a *actio judicati*, que não visava à prática pelo magistrado de medidas executivas, mas à nova condenação (agora em dobro) e finalmente, à liberação do desforço físico a ser exercido pelo próprio credor, considerado justo dada a redução do devedor à condição de escravo.

De qualquer forma, predominou a ideia, no direito romano primitivo, de que a execução tinha a finalidade de coagir a vontade do devedor para constrangê-lo a solver sua dívida (ALFREDO BUZAID, **Do concurso de credores no processo de execução**, nº 9) e não a finalidade de satisfazer o crédito, objeto que predomina no direito moderno.

No direito que dominou a Europa após a queda de Roma do Ocidente, chamado também de direito intermédio, os meios executivos eram violentos e de coação real e psicológica sobre o devedor, inexistindo distinção entre responsabilidade civil e penal (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, **Execução Civil**, p. 29) e entre cognição e execução. Não eram conhecidos, também, meios de conversão de bens em dinheiro. Ao credor cabia a disposição da pessoa do devedor, cabendo à Assembleia apenas a decisão da admissibilidade da execução em curso, sem se pronunciar previamente sobre sua legitimidade. No período, a execução voltava a ser sempre universal. Com a revivescência do direito romano, especialmente por meio da influência das universidades, após o ano 1000, restaurou-se a prioridade temporal da cognição sobre a execução, a qual ficava dependendo, como no direito romano ocidental, de um pronunciamento formal sobre a validade do crédito pretendido. Sem a cognição “*non est inchoandum ab executione*” (BARTOLO) (LIEBMAN, *Le Opposizione*, cit. nº 31).

Renasce, então, a *actio judicati* para a execução por juros posteriores à sentença ou para a execução de sentença ilíquida; no caso de sentença líquida, a execução se fazia por ordem do juiz per *officium iudicis*, como comple-

mento da própria cognição.

A essa época, LIEBMAN (*Le opposizione*, nº 31) atribui o nascimento do título executivo, que era a sentença e que criava a situação de *executio parata*, execução aparelhada, que se fazia por ordem do juiz. Posteriormente, houve a equiparação de negócios com confissão e os *instrumenta guaranteegiata* à condição de títulos com execução aparelhada. No direito romano clássico havia, também, certos negócios que admitiam diretamente a *actio per manum injectionem*, como o *nexus*, mas tal força decorria do vínculo civil por ele instituído.

Em Portugal, no período das **Ordenações**, a execução era estatal, sobe o patrimônio do devedor mantida a precedência de quem primeiro penhorava (*potior iure prior temporis* (ALFREDO BUZAID, **Do concurso**, cit. nº 61). Não eram conhecidos os títulos extrajudiciais, de modo que a execução era sempre precedida do processo de conhecimento, fazendo-se a execução *per officium iudicis*.

Alguns negócios tinham certa presunção de validade, com o privilégio da “assinação de dez dias”, que levava a uma cognição sumária que vigorou também no Brasil e que é pela doutrina tratada como forma de execução (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, **Execução Civil** cit., p. 42).

O regulamento nº 737, nosso primeiro diploma processual, além da “assinação de dez dias” e da *executio parata* de sentença, tinha a ação executiva de certos títulos decorrentes de atos de comércio (art. 308, §§ 1º a 3º). O Regulamento 738 disciplinou o processo de execução coletiva do devedor comerciante, a falência.

O Código de 1939 previa a ação executiva para títulos executivos extrajudiciais e a ação executória de sentença, além do concurso de credores no processo de execução sob duas modalidades. A ação executiva iniciava-se com citação para pagar em 24 horas, sob pena de penhora, mas depois se desenvolvia como processo de conhecimento, proferindo-se sentença sobre o título extrajudicial. O processo de falência sempre foi tratado em diploma à parte. No Código de 1939, desapareceu a precedência do credor que primeiro penhorava; a segunda penhora transformava o processo de execução em concurso de credores, que podia ser parcial ou universal.

No Código vigente, a execução é processo autônomo em relação ao processo de conhecimento, e aos títulos judiciais se equiparam os extrajudiciais, existindo apenas uma ação de execução, que não se distingue pela natureza do título. A natureza da obrigação contida no título impõe uma diversidade de procedimentos e medidas executivas, como também a situação de insolvência do devedor. Recompôs o Código vigente a precedência do credor

que primeiro penhorar, preferência essa que desaparece, dando lugar à igualdade entre credores de igual categoria perante a lei civil (*par conditio creditorum*), se for decretada sua insolvência, como aliás acontece na falência.

“No sistema europeu, continua havendo diferença entre execução e conhecimento. O réu tem de ser citado novamente para dar início a outro processo.”

Para algumas sentenças, que têm força executiva, não há necessidade de processo de execução, porque se cumprem por ordem do juiz, *per officium iudicis*. Tais sentenças, também chamadas de sentenças “de força” ou sentenças executivas, por exemplo, a de despejo ou a possessória, se cumprem em execução imprópria, dado o tratamento especial a elas outorgado pela legislação processual específica

Nas abalizadas palavras do Professor FLÁVIO LUIZ YARSHELL,⁷ o qual traz lições contemporâneas sobre a execução civil, ainda sobre a vigência do CPC de 73, mas enfrentando doutrinariamente suas reformas, escoradas na mais consagrada doutrina nacional e internacional dos Professores HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE e ÍTALO ANDOLINA:

Nos anos que precederam a edição da Lei federal 11.231, de 22.12.2005 (publicada no Diário Oficial), avolumaram-se as críticas na doutrina processual civil brasileira dirigidas ao nosso modelo de tutela de direitos no âmbito executivo, pela incapacidade de, adequada e eficazmente, atingir os escopos do processo e da jurisdição que no momento da atuação prática do comando contido na sentença, são esperados. A esses reclamos, talvez de forma menos sistemática mas igualmente genuína, somou-se a insurgência dos operadores de direito, todos eles prejudicados, de alguma forma, pela situação descrita.

Essa ineficiência – escassez de recursos humanos e matérias à parte – deveu-se talvez menos à autonomia que, entre nós, vinha sendo conferida ao processo de execução, na generalidade dos casos, e mais à existência de mecanismos aptos a impedir a própria execução, pelo efeito suspensivo dos remédios admitidos pelo sistema. De um lado o sistema – ou menos tardava – a proporcionar ao credor a fruição do bem da vida que ao mesmo foi reconhecido no comando judicial; e, de outro lado, o mesmo sistema, de forma paradoxal, resiste – ou, mais uma vez, resistia – em liberar o emprego dos

7 YARSHELL, Flávio Luiz; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Execução Civil - Novos Perfis*, Editora RCS, 2006, São Paulo, pp. 3-7.

meios executivos e a consequente satisfação do credor enquanto a decisão judicial correspondente ainda for passível de modificação

Paradoxo dessa ordem pode ser, ao menos parcialmente, explicado pela relativa contraposição que há na busca do escopo social do processo e da jurisdição, de um lado, e na busca do escopo jurídico, de outro lado: aquele clamando por presteza, para eliminar a controvérsia e restabelecer a paz social; o outro exigindo tempo, para conhecer adequadamente e, portanto, garantir que o comando judicial seja o mais fiel possível aos desígnios do direito objetivo.

Certo é que, nesse campo a legislação avançou: para não ir muito longe, a Lei 10.444/02 alterou a disciplina da chamada execução provisória, permitindo a prática de atos que importem alienação de domínio ou mesmo que gerem grave dano ao executado, desde que haja prestação de caução idônea por parte do exequente. Além disso, a mesma lei superou o conceito de “execução” da tutela antecipada – fórmula outrora constante do parágrafo 3º do art. 273 do CPC – para introduzir no sistema positivo o conceito de “efetivação” daquela mesma tutela.

Os efeitos dessa segunda alteração, ao que tudo indica, não ficaram – e não poderiam mesmo ficar – limitados à seara da antecipação da tutela. É que o modo de atuar praticamente o comando contido em provimento antecipatório há que guardar coerência com o modo de dar atuação prática ao comando contido em provimento final; sob pena de grave incoerência do próprio sistema. Para usar a terminologia trazida pela citada Lei 11.232/05, é preciso harmonizar as formas de “cumprimento” do comando contido em decisão antecipatória, de um lado, em decisão final, de outro lado

A propósito, nem mesmo o argumento de que o provimento antecipatório se funda normalmente na urgência justifica tratamento diferenciado, atribuindo-se um grau de efetividade superior para aquele, se comparado ao provimento final. Primeiro, nem sempre a antecipação se funda na urgência, sabido que, além do abuso do direito de defesa, o sistema também admite a antecipação quando houver parte incontroversa da demanda (CPC, art. 273, inciso II e parágrafo 6º, respectivamente). Segundo, o provimento final está normalmente fundado em cognição mais aprofundada do que aquela verificada para edição do provimento antecipatório e, nesse contexto, nada justifica que o processo seja fonte de dano (“marginal”, para usar a terminologia da doutrina italiana clássica) para quem ostenta um direito reconhecido na sentença (muitas vezes inclusive transitada em julgado).

Por outras palavras, a introdução do conceito de “efetivação” da tutela antecipada, ainda que essa não tenha sido a intenção do Legislador, parece ter dado impulso que faltava para se prosseguir na revisão conceitual da tutela

de direitos no âmbito executivo. A partir do referido conceito, ficou posto o desafio de buscar, se não um regime unitário, um regime que discipline de forma coerente a prática de atos executivos no que diz com decisões antecipatórias, com as finais e também com os títulos executivos extrajudiciais.

Mas, mais do que isso, a ideia de “efetivação” trouxe consigo a semente para a superação da autonomia do processo de execução, superação essa que, como se verá, é um dos mais importantes fundamentos das alterações trazidas pela Lei 11.232/05.

Delineamentos Básicos da Execução Civil

Encontramos, na Parte Especial do NCPC, o Livro I intitulado do Processo de Conhecimento e do Cumprimento da Sentença, e, no Título II, do Cumprimento da Sentença, seis Capítulos deste título que são respectivamente: Disposições Gerais (arts. 513 a 519); Do cumprimento Provisório da Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Pagar Quantia Certa (arts. 520 a 522); Do Cumprimento Definitivo da Sentença que Reconhece a Exigibilidade de Obrigação de Pagar Quantia Certa (arts. 523 a 527); Do Cumprimento da Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Prestar Alimentos (arts. 528 a 533); Do Cumprimento da Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Pagar Quantia Certa (arts. 534 a 535), e, por fim, o Capítulo VI, que dispõe sobre Cumprimento de Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Fazer, de não Fazer ou de Entregar Coisa (arts. 536 a 538).

Sem dúvida, as obrigações de pagar são aquelas de maior recorrência em nosso judiciário. Se não tivermos nada em mãos, apenas provas, precisamos de um processo de conhecimento e chegaremos a uma condenação. A condenação é um título executivo judicial. Esse título executivo judicial, chamado condenação, permite a execução imediata da dívida. No caso de títulos executivos judiciais, ambos são um único processo – conhecimento e execução. Se estivéssemos há dez anos, defenderíamos o oposto: conhecimento e execução seriam processos diversos. No momento atual, a partir de 2006, acontece que aquele que for condenado a pagar fará isso de forma automática, dentro do mesmo processo. É a execução civil por meio do cumprimento da sentença, sem a necessidade de iniciar um processo novo. A isso damos o nome de processo sincrético.

No sistema europeu, continua havendo diferença entre execução e conhecimento. O réu tem de ser citado novamente para dar início a outro processo. Temos aqui, hoje, um processo que dispensa a nova citação do réu para chegar à fase executiva. É uma melhora considerável no sistema que o deixa mais ágil. Se nós estamos falando de cumprimento de sentença, de execução de título judicial, temos de ir ao artigo 523 do novo código de processo civil.

No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado a pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver. O § 1º do art. 523 dispõe que não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do *caput*, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento. Já o parágrafo segundo diz que, efetuado o pagamento parcial no prazo previsto

no *caput*, a multa e os honorários previstos no § 1º incidirão sobre o restante. Por fim o parágrafo terceiro do art. 523 regulamenta que se não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação.

A execução de sentença não começa de ofício, se fará uma petição – conforme artigo 523 – dirigida ao juiz, na qual se fará uma atualização da dívida (memória de cálculo). Nesta atualização da dívida, informa-se ao juiz a quanto o débito corresponde atualmente. Em seguida a esta petição, o executado é intimado a pagar o débito no prazo de 15 dias acrescentado de custas, se houver. É a última parte do art. 523.

No que tange à prescrição do direito de executar uma dívida, reportamo-nos à Súmula 150 STF: “Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”. Dessa forma, a prescrição ocorre no mesmo prazo que o autor teria para propor a ação de conhecimento. Ou seja, se a ação de conhecimento exigia três anos de prazo prescricional, a execução também exigirá. A prescrição da execução é a mesma prescrição da ação de conhecimento, é senso comum e unificado na jurisprudência que seja assim realizado.

O requerimento do artigo 523, conforme o 524, deve seguir uma formalidade que será apresentada ao juiz. O requerimento previsto no art. 523 será instruído com demonstrativo discriminado e atualizado do crédito, devendo a petição conter: I - O nome completo, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente e do executado, observado o disposto no art. 319, §§ 1º a 3º; II - O índice de correção monetária adotado; III - Os juros aplicados e as respectivas taxas; IV - O termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados; V - A periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso; VI - Especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados; VII - Indicação dos bens passíveis de penhora, sempre que possível.

Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do *caput*, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento. O débito, portanto, pode ser acrescido de multa. Se o devedor não faz o pagamento voluntário no prazo de 15 dias, há o acréscimo no seu débito de ao menos 20% - uma multa sobre o valor principal e os honorários de advogado: 10% de honorários e 10% de multa processual. Independentemente de dolo ou culpa, essa multa incide. Podem-se ter devedores que não têm dinheiro para pagar e mesmo assim sofrem essa multa e devedores que têm dinheiro, mas que maliciosamente não queiram pagar.

Se o devedor quiser, ele pode apresentar impugnação à execução, conforme previsto no artigo 525 do CPC/15. Esse momento é extremamente importante para o executado. É uma maneira de se opor à execução, caso tenha decorrido o prazo prescricional, acordo, ou pagamento parcial da dívida. Transcorrido o prazo previsto no art. 523, sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação alegando: I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia; II - ilegitimidade de parte; III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; IV - penhora incorreta ou avaliação errônea; V - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; VI - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução; VII - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento,

novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.

No processo civil, não existe análise de dolo ou culpa, vale o que está posto, se o artigo fala que a preclusão alcança o que aconteceu antes do trânsito em julgado da sentença. Então não adianta a parte querer criar uma teoria de enriquecimento sem causa, ou qualquer outra coisa para impugnar a execução, alegando algum fato novo que ocorreu antes do trânsito em julgado da sentença. Nesse caso a impugnação não surtirá efeito e a dívida será cobrada do mesmo jeito. O fato novo que pode ser alegado para impedir a execução da dívida deve ter ocorrido depois do trânsito em julgado.

A preclusão impede a prescrição de pagamentos antigos. O recibo não pode desfazer a coisa julgada. Começa a contar, mais ou menos, um novo título executivo, uma nova prescrição. A prescrição da execução. Na fase de execução de título judicial, fato novo não pode ser alegado porque a coisa julgada impede que isso ocorra. O que não é aplicável à execução dos títulos executivos extrajudiciais. É possível impugnar sem que ocorra a garantia do juízo, que era *conditio sine qua non* e sem ela não se podia impugnar. A penhora é um ato construtivo que permite ao Estado congelar determinado bem que está no patrimônio do executado. Ao realizar uma penhora, garante-se o juízo. Isso é importante porque a garantia do recebimento da dívida não é condição para o nosso devedor se defender. Já foi objeto de muitas discussões no passado e felizmente a lei pacificou esse entendimento.

Portanto, atenção ao artigo 525 em seu aspecto de “independentemente de penhora”: isso significa dizer que a defesa do executado se faz mesmo sem garantias do recebimento da dívida. Faz-se a impugnação independentemente de garantia do juízo.

A garantia do juízo é a possibilidade de efetivamente receber a dívida nesse caso. Artigo 831 do CPC/15 dispõe que a penhora deverá recair sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios.

A penhora é possível quando o devedor, no cumprimento de sentença, não faz a impugnação. Ou, já tendo feito a impugnação, é possível chegar à penhora. Essa observação é do ponto de vista do credor. O desejo do credor é receber a dívida, e ela já está acrescida de 20% em relação ao valor inicial. A penhora é o primeiro e muito veemente indicio de que a dívida será paga. Não é uma absoluta certeza, mas é um começo dessa perspectiva e dessa possibilidade. A penhora é extremamente interessante ao credor.

No que tange à execução de título extrajudicial, encontramos no NCPC, no Livro II, intitulado do Processo de Execução, e no Título I, da Execução em Geral, nos artigos 771 a 796, as disposições gerais sobre o Processo de Execução, tratando o novo diploma legal pontualmente em seus cinco Capítulos deste Título que são respectivamente: Disposições Gerais (arts. 771 a 777); Das Partes (arts. 778 a 780); Da Competência (arts. 781 a 782); Dos Requisitos Necessários para Realizar Qualquer Execução (arts. 783 a 788) e Da Responsabilidade Patrimonial (arts. 789 a 796).

O Livro II regula a execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processu-

ais a que a lei atribuir força executiva. Para tanto o juiz terá os poderes previstos nos artigos 772 e 773. O exequente tem o direito de desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva.

“Numa sociedade de consumo, é muito comum que as pessoas contraiam créditos e não consigam pagá-los.”

Pode promover a execução forçada o credor a quem a lei confere título executivo. A execução pode ser promovida contra: o devedor, reconhecido como tal no título executivo; o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor; o novo devedor que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo; o fiador do débito constante em título extrajudicial; o responsável titular do bem vinculado por garantia real ao pagamento do débito; o responsável tributário, assim definido em lei

O exequente pode cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, quando o executado for o mesmo e, desde que para todas elas seja competente o mesmo juízo, é idêntico o procedimento.

A execução fundada em título extrajudicial será processada perante o juízo competente, observando-se o seguinte: a execução poderá ser proposta no foro de domicílio do executado, de eleição constante do título ou, ainda, de situação dos bens a ela sujeitos; tendo mais de um domicílio, o executado poderá ser demandado no foro de qualquer deles; sendo incerto ou desconhecido o domicílio do executado, a execução poderá ser proposta no lugar onde for encontrado ou no foro de domicílio do exequente; havendo mais de um devedor, com diferentes domicílios, a execução será proposta no foro de qualquer deles, à escolha do exequente; a execução poderá ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou em que ocorreu o fato que deu origem ao título, mesmo que nele não mais resida o executado.

A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível. São títulos executivos extrajudiciais: a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque; a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal; o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução; o contrato de seguro de vida em caso de morte; o crédito decorrente de foro e laudêmio; o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas; a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei; todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exi-

gível consubstanciada em título executivo. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

São sujeitos à execução os bens: do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória; do sócio, nos termos da lei; do devedor, ainda que em poder de terceiros; do cônjuge ou companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida; alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução; cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores; do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica. O art. 833 do CPC de 2015 por sua vez trata dos bens impenhoráveis. O Art. 835 traz a ordem preferencial da penhora a ser observada na execução. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; II - títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado; III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; IV - veículos de via terrestre; V - bens imóveis; VI - bens móveis em geral; VII - semoventes; VIII - navios e aeronaves; IX - ações e quotas de sociedades simples e empresárias; X - percentual do faturamento de empresa devedora; XI - pedras e metais preciosos; XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia; XIII - outros direitos.

Tem-se, nos artigos 914 e seguintes, a figura dos embargos à execução, meio de defesa do executado em execuções fundadas em títulos executivos extrajudiciais, na qual o executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá se opor à execução por meio de embargos, no prazo de quinze dias, o qual não terá efeito suspensivo ressalvada as hipóteses do art. 919 e seus incisos do CPC/15.

Por fim, de acordo com o art. 921 e seguintes do CPC/15, suspende-se a execução: I - nas hipóteses dos arts. 313 e 315, no que couber; II - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução; III - quando o executado não possuir bens penhoráveis; IV - se a alienação dos bens penhorados não se realizar por falta de licitantes e o exequente, em 15 (quinze) dias, não requerer a adjudicação nem indicar outros bens penhoráveis; V - quando concedido o parcelamento de que trata o art. 916.

Convindo as partes, o juiz declarará suspensa a execução durante o prazo concedido pelo exequente para que o executado cumpra voluntariamente a obrigação. Suspensa a execução, não serão praticados atos processuais, podendo o juiz, entretanto, salvo no caso de arguição de impedimento ou de suspeição, ordenar providências urgentes.

Já no art. 924 do NCPC, extingue-se a execução quando: I - a petição inicial for indeferida; II - a obrigação for satisfeita; III - o executado obtiver, por qualquer outro meio, a extinção total da dívida; IV - o exequente renunciar ao crédito; V - ocorrer a prescrição intercorrente. Sendo que a extinção só produz efeito quando declarada por sentença.

Fase Expropriatória

Intitulamos de fase expropriatória para fins exclusivamente didáticos para o presente tex-

to, englobando na mesma a penhora, a avaliação e a expropriação. A penhora é ato construtivo, execução direta (porque atinge diretamente o patrimônio do executado) e este ato só pode ser realizado pelo juiz por ter várias consequências. A primeira e mais evidente é a de deixar aquele bem penhorado à disposição do juiz da execução. É como se o Estado lançasse a sua mão sobre o bem e dissesse que aquele bem está sob o seu controle. Permite até mesmo que o juiz remova esse bem da posse do executado. Agora, pela ótica do executado, a penhora tem o efeito de suspender um dos direitos da propriedade: o de livremente dispor do bem sob a ótica do proprietário. É um atributo inerente da propriedade. É também atributo da propriedade usufruir desse bem. A penhora diz não a esses dois atributos da propriedade. Não é mais possível alienar esse bem – se alienado, essa alienação será tida como inexistente, e não apenas inválida. Ninguém pode alegar boa-fé já tendo sido intimado da penhora. É um ato típico do processo de execução.

Não existe penhora na fase de conhecimento, embora, na fase de conhecimento, seja possível ao juiz dar uma liminar ou, agora, uma tutela provisória semelhante à penhora. O juiz pode dar uma liminar ou tutela provisória de indisponibilidade dos bens do réu. Isso gera um efeito parecido com o da penhora, mas não se trata de penhora. Não há exceções a essa regra: a penhora só ocorre no processo de execução. A penhora também tem um efeito de cunho processual muito interessante: é o marco inicial da fase expropriatória do processo de execução. Enquanto, no processo de conhecimento, a fase instrutória dá início à produção de provas, no processo de execução, a fase de penhora dá início ao momento expropriatório da execução. Iniciamos uma fase de execução destinada à retirada dos bens. Parte da doutrina chama essa fase de instrutória da execução – mas é importante lembrar que não há produção de provas na execução. O bem penhorado só está posto à disposição da justiça para que ele possa ser devidamente retirado do patrimônio do executado.

Vejamos as lições do consagrado Professor MOACYR AMARAL DOS SANTOS⁸ sobre penhora:

Os bens do devedor respondem por suas dívidas. Sobre eles recai a responsabilidade executória. Pela penhora se separam do patrimônio do devedor, e se apreendem bens quantos bastem para assegurar a execução.

É o primeiro ato executório e coativo do processo de execução por quantia certa. Sem que se efetive a penhora não se prossegue a execução. (...)

A penhora se caracteriza por ser ato específico da execução por quantia certa contra devedor solvente. É assim, ato de execução, ato executório, pois produz modificação jurídica dos bens sobre os quais incide, e se destina aos fins da execução, a qual o de preparar a desapropriação dos mesmos bens para pagamento do credor ou credores.

Sobre quais sejam as modificações jurídicas na condição dos bens penhorados, isto é, quais sejam os efeitos da penhora, larga foi e ainda perdura

⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, vol. 3, 26ª ed., atualizada por Maria Beatriz Amaral Santos Kohonen, pp. 272-273 e 276. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

a controvérsia.

Segundo uns, presos à orientação privatística, conquanto com fundamentos diferentes, a penhora gera a indisponibilidade dos bens sobre que recai, donde ficar impedido o executado de dispor deles por qualquer forma. A penhora estaria compreendida no campo dos direitos de garantia e teria o caráter de penhor. Para outros, ainda apegados àquela orientação, enfraquece-se o poder de disposição dos bens penhorados, pela circunstância da posse destes, pela penhora, passar para o Estado, na pessoa do depositário.

A doutrina moderna, entretanto, vê na penhora apenas um ato executório, e, portanto, um ato processual, cuja função é fixar a responsabilidade executória sobre os bens por ela abrangidos. A apreensão dos bens e sua retirada do poder do devedor não acarretam, para este, a perda do domínio ou posse em relação aos mesmos, mas apenas vinculam os bens ao processo, sujeitando-os ao poder sancionatório do Estado para satisfação do credor (LIEBMAN). Significa que os direitos do executado sobre os bens penhorados permanecem intactos, mas com o vínculo processual que os destina, como objeto da responsabilidade executória, a satisfazer o direito do credor. Em tais condições, não está o devedor impedido, propriamente, de dispor desses bens, mas os atos que nesse sentido praticar carregam consigo aquele vínculo, tornando-os ineficazes em relação ao credor. “A compra e venda de bens penhorados não é nula, nem anulável; é apenas ineficaz, não se pode opor ao exequente” (PONTES DE MIRANDA). Em linhas gerais essa é a doutrina que, com algumas variações de ordem secundária, tomou foros de dominante (LIEBMAN, CARNELUTTI, REDENTI, PUGLIATTI etc., e, entre nós, PONTES DE MIRANDA, GABRIEL DE REZENDE FILHO, BONUMÁ, LUIZ EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, ALFREDO BUZAID, FREDERICO MARQUES etc.) Conforme a doutrina, a penhora produz o efeito processual de imprimir a responsabilidade nos bens penhorados, vinculando-os à execução, ainda quando o executado deles disponha.

Penhora, na definição de FREDERICO MARQUES, “é o ato inicial de expropriação do processo de execução, para individualizar a responsabilidade executória mediante a apreensão material, direta ou indireta, de bens do patrimônio do devedor”. Ou, conforme definição mais ou menos generalizada, “é o ato pelo qual são apreendidos e depositados tantos bens do executado quantos bastem para a segurança da execução” (GABRIEL DE REZENDE FILHO).

Um percentual muito pequeno das execuções consegue achar bens para executar a dívida, pois normalmente quem não paga a dívida é porque não tem bens para pagar. A penhora não retira a propriedade do executado. O bem continua sendo de sua propriedade, mas o bem deixa de ficar disponível ao devedor – ele não pode usufruir do bem nem pode ser transferido a terceiros.

A penhora deve recair sobre tantos bens quantos bastem. A penhora, no nosso sistema é protetiva ao devedor, pois não pode reduzir a qualidade de vida do nosso executado. Preserva-se o mínimo indispensável à sobrevivência e à qualidade de vida do executado, para que ele não seja reduzido a uma condição miserável e humilhante. Ao mesmo tempo que dispara o mecanismo para retirar bens, também estabelece limites éticos e morais que respeitam as condições de dignidade do devedor.

No que diz respeito à avaliação, segundo o art. 870 do NCPC, a mesma será realizada pelo oficial de justiça. Se forem necessários conhecimentos especializados e o valor da execução o comportar, o juiz nomeará avaliador, fixando-lhe prazo não superior a 10 (dez) dias para entrega do laudo.

A avaliação realizada pelo oficial de justiça constará de vistoria e de laudo anexados ao auto de penhora ou, em caso de perícia realizada por avaliador, de laudo apresentado no prazo fixado pelo juiz, devendo-se, em qualquer hipótese, especificar: I - os bens, com as suas características, e o estado em que se encontram; II - o valor dos bens.

Realizadas a penhora e a avaliação, o juiz dará início aos atos de expropriação do bem. É também uma fase importante à execução, sendo subsequente à penhora. Será feita inicialmente por um oficial de justiça e ao final, o juiz fixa o preço do bem penhorado. O problema da avaliação está quando se necessita de conhecimentos específicos, que o oficial de justiça não tem. Assim, provavelmente se necessitará de um corretor de imóveis, de algum profissional especializado, o que torna o processo dispendioso.

Segundo a doutrina do ilustre Professor MOACYR AMARAL DOS SANTOS,⁹ ainda sobre a vigência do CPC de 73, do qual muito foi aproveitado nesta área específica do direito processual, vejamos suas lições sobre avaliação:

Consiste a avaliação na estimação em dinheiro dos bens penhorados.

Sua finalidade é a de fazer conhecido o valor, em dinheiro, dos bens penhorados, para que sirva de base à sua alienação. Dada sua finalidade, é ato indispensável do processo de execução por quantia certa. A transferência dos bens penhorados tem por pressuposto o conhecimento do valor deles.

Ainda como pela avaliação se faz conhecido o valor dos bens penhorados, será com fundamento nela que se permitem ampliações ou reduções da penhora ou sua substituição ou transferência por outros ou para outros bens. (Cód. Proc. Civil, art. 685. Ver n° 933).

Tem importância também como ensina BARBOSA MOREIRA:

⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, vol. 3, 26ª ed. atualizada por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen, pp. 363-364. São Paulo: Saraiva, 2013.

- “a) fixar o preço mínimo a ser oferecido pelo exequente que requerer a adjudicação dos bens penhorados (Cod. cit., art. 685-A, *caput*, introduzido pela Lei n° 11.382);

- b) dar ensejo à alienação pelo maior lance, nos termos do art. 686, *caput*, VI (na redação da Lei n° 8.953), se nenhum houver na hasta pública, superior ao montante em que se avaliou o bem;

- c) autorizar a dispensa da publicação de editais relativos à hasta pública (art. 686, § 3°, na redação da Lei n° 11.3820);

- d) determinar, nesse caso, o limite mínimo do preço a ser pago pelo arrematante (*idem*);

- e) estabelecer o limite mínimo da proposta a ser feita pelo interessado em arrematar imóvel a prestações (art. 690, § 1°, na redação da mesma lei);

- f) fixar o *quantum* mínimo pelo qual se poderá alienar em praça imóvel pertencente a incapaz, a saber, 80% do montante estimado, adiantando-se a alienação se não houver oferta bastante (art. 701, *caput*);

- g) determinar o valor da caução a ser prestada por qualquer pretendente, durante o prazo do adiamento, a fim de que o juiz ordene a volta do imóvel à praça (art. 701, § 1°);

- h) servir de base de cálculo da multa de 20% a ser imposta pelo órgão judicial em benefício do incapaz, ao pretendente que se arrepender (art. 701, § 2°)”.

Finalmente, através da expropriação a penhora produzirá o efeito de retirar o bem do patrimônio do devedor. Por isso que o sistema é excessivamente cauteloso. É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer que lhe sejam adjudicados os bens penhorados. Caso o bem ou os bens não sejam adjudicados pelo credor, segundo art. 879 do NCPC, far-se-á a alienação por iniciativa particular; ou por leilão judicial eletrônico ou presencial.

A alienação depende de requerimento do credor. O juiz não fará nada de ofício. Quando for o caso de alienação por iniciativa particular, compete ao próprio credor buscar meios de alienar um bem a terceiros. Nesse caso, deverá procurar *v.g.* uma imobiliária e colocar o bem para alienar na imobiliária. A grande maioria opta pelo leilão judicial. Para isso ocorrer, ingressa-se no procedimento previsto nos artigos 881 do CPC/15 e seguintes. O novo CPC dá o meio eletrônico como meio preferencial para a execução de bens por meio de leilão e somente quando não for possível, o leilão será presencial. O art. 883 e seguintes passa a determinar como será feito o leilão público, que é o leilão presencial desse bem, porque a grande maioria dos casos vai a leilão presencial. O juiz da execução também estabelecerá o preço mínimo, as condições de pagamentos e as garantias pelo arrematante. O leilão será precedido de publicação de editais. Esses editais são publicados

nos jornais, na comarca onde ocorre o leilão.

O art. 890 também nos traz algo de suma importância. Versa sobre quem pode oferecer lance no leilão. Pode oferecer lance quem estiver na livre administração dos seus bens: maior e capaz. Não podem oferecer lance no leilão tutores e administradores sob os bens que estão sob a sua administração. Os servidores públicos em geral da pessoa jurídica. Também o advogado das partes. É uma proteção à imparcialidade daqueles envolvidos no processo - caso contrário, geraria uma situação bastante estranha.

O lance vil não poder ser aceito também e é algo muito considerado na doutrina, como sendo aquele inferior a 50% do valor da avaliação. O artigo 894 também merece atenção, pois quando um imóvel admitir cômoda divisão, é lícito levar a leilão apenas parte do imóvel penhorado que seja suficiente para satisfazer o crédito. Isso também acontece quando o devedor é casado em comunhão de bens, então se for possível, o ideal é alienar o bem apenas na parte que lhe cabe, pois o cônjuge não responde pela dívida. O novo CPC (artigo 895) também permite que interessado em adquirir o bem penhorado em prestações possa apresentar por escrito proposta de parcelamento.

Os embargos de segunda fase terão o objetivo único de evitar que a arrematação aconteça (art. 903 do NCPC). A expedição da carta de arrematação equivale a um registro. Antes da expedição dessa carta, podem-se utilizar os embargos de segunda fase. Após a expedição, tem-se de mover ação autônoma. Nosso sistema é garantístico até o fim. Por último, temos a satisfação do crédito (art. 904, CPC/15), que ocorre quando há entrega do dinheiro. E também pela adjudicação dos bens penhorados.

Vejamus a doutrina do Ilustre Professor¹⁰ MOACYR AMARAL DOS SANTOS acerca da expropriação:

Os bens penhorados se destinam à satisfação do direito do credor.

Mas o título executório lhe atribui o direito de receber, em dinheiro, quantia certa. Recaindo a penhora em dinheiro, este dinheiro se destinará ao pagamento do exequente. Porém, se outros forem os bens penhorados, abrem-se novas vias de satisfação ao credor. O credor pode se dispor a receber em pagamento os próprios bens apreendidos, caso mais de um tenha sido necessário para tinger o valor do crédito, ou pelo menos um ou alguns deles, o que a lei lhe autoriza sob certas condições (adjudicação); pode, ainda ser-lhe conferida a fruição do bem apreendido, a fim de que se reembolse, durante o tempo necessário (usufruto do móvel ou imóvel). Salvo esses casos, a satisfação importará no recebimento do valor em dinheiro, que só será possível pela alienação dos bens a terceiros (em alienação por iniciativa particular ou por arrematação).

¹⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, vol. 3, 26ª ed., atualizada por Maria Beatriz Amaral Santos Kohonen, pp. 367-370. São Paulo, Editora Saraiva, 2013.

Em todas essas situações, o Estado, no exercício da função jurisdicional, disporá dos bens do devedor, caso outro não responda pela execução, retirando-os do patrimônio do proprietário, ou subtraindo do proprietário faculdades sobre o bem.

Surtem assim, dois tipos de expropriação: a) total, no caso do bem adjudicado ou alienado a terceiro; b) parcial, quando se constitui usufruto sobre o móvel ou imóvel.

Uma das chances de evitar-se a expropriação dá-se pela remição. Ocorre quando o devedor, ou qualquer das pessoas legitimadas a pagar, antes de adjudicados ou alienados os bens, paga a importância devida, mais juros, custas e honorários advocatícios (Cód. cit., art. 651).

A transferência forçada dos bens penhorados, de ordinário, faz-se a terceiro, e ao ato dá-se o nome de arrematação.

A ora denominada alienação em hasta pública consiste na tradicionalmente conhecida arrematação, cuja denominação foi alterada pela Lei nº 11.382, de 6-12-2006).

CONCLUSÃO

Numa sociedade de consumo, é muito comum que as pessoas contraiam créditos e não consigam pagá-los. Neste contexto, tentamos dar um panorama doutrinário sobre o processo de Execução, partindo das clássicas e sempre atuais lições do Professor ENRICO TULLIO LIEBMAN, lembrando as abalizadas lições sobre o histórico do processo de execução do Professores VICENTE GREGO FILHO, para adentrarmos na doutrina contemporânea dos renomados Professores LUIZ FLÁVIO YARSHELL e MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONÍCIO, para em seguida discorrermos sobre os Delineamentos Básicos para qualquer Processo de Execução, o que nada mais é do que uma sucinta abordagem, de acordo com o CPC/15, sobre a teoria geral da execução, bem como breves linhas sobre os meios de impugnação das mesmas e por fim analisamos singelamente a fase expropriatória prevista no NCPC das quais fazem parte a penhora, a avaliação e a expropriação em cotejo com as Lições do consagrado Professor MOACYR AMARAL DOS SANTOS.

Percebe-se que o CPC de 2015, absorveu bem as reformas do legislador que introduziu a fase do cumprimento de sentença no CPC/73, bem como aos anseios da sociedade contemporânea permitindo dar mais celeridade ao processo de execução de títulos executivos judiciais, todavia o mesmo ainda traz arraigado em seu corpo traços do clássico processo de execução civil, para títulos executivos judiciais. Em que percebe-se um sistema híbrido e algumas vezes paradoxal, que o legislador perdeu uma boa oportunidade de dar tratamento unificado ao tema, evitando confusões, dicotomias e terminologias para o que de fato seriam as duas faces de uma mesma moeda. Enfim, o novo Código está em vigor, ainda o mesmo vai se chocar com a realidade, e veremos quais os problemas que enfrentará, especialmente no tocante à execução civil por meio eletrônico,

que é a satisfação propriamente da pretensão do autor que muitas vezes acaba por não ocorrer, por questões práticas, culturais, de política pública e não só eminentemente processuais. Acreditamos que muito ainda temos que evoluir principalmente na fase de expropriação de bens, mas pensamos que a Tutela de urgência já é uma forte luz para este caminho espinhoso para um processo mais justo e eficiente, assim como o foram as reformas que introduziram a fase do cumprimento da sentença, o sistema da penhora *on-line*, o processo judicial eletrônico etc.

BIBLIOGRAFIA:

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Introdução ao processo civil moderno**. 1ª ed. São Paulo: Lex Editora, 2010.

DIDIER Jr., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha; JORGE, Flávio Cheim. **A terceira etapa da reforma do CPC**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**, 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, vol. 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. Notas de atualização, nos termos do Código de Processo Civil de 1973, pelo Professor Joaquim de Munhoz de Mello, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1980.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, vol. 3, 26ª ed., atualizada por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. São Paulo: Saraiva, 2013.

YARSHELL, Flávio Luiz; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Execução Civil - Novos Perfis**, São Paulo: Editora RCS, 2006.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**, 2ª edição, Editora Dpj.

PROBLEMÁTICA INTRODUZIDA PELO DECRETO Nº 8.172, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2013, EM RELAÇÃO AO INDULTO DE MULTA

BRUNO JOVINIANO DE SANTANA SILVA *

Sumário: 1. Introdução. 2. Inaplicabilidade de cláusula de limitativa para incidência do indulto de multa. 3. Conclusão. 4. Referências.

Resumo

O presente artigo aborda as implicações introduzidas pelo Decreto nº 8.172, de 24 de dezembro de 2013, em relação ao indulto de multa.

Palavras-chave: Indulto. Crises Legalidade. Ato Infralegal. Competência Regulamentar.

Abstract

This article focuses on the implications introduced by Decree No. 8172 of 24 December 2013 for the pardon.

Keywords: *Pardon. Legality Crisis. Infralegal Act. Regulatory Competence.*

1. Introdução

Há casos em que, a despeito da extinção da pena privativa, remanesce a pena de multa imposta cumulativamente com aquela. Assim, o apenado é instado a pagá-la, cujo inadimplemento resulta no encaminhamento desta ao Fisco, seguindo, a partir daí, as regras da execução fiscal. Exaure-se, portanto, a jurisdição da execução penal, sem prejuízo deste juízo analisar a prescrição ou hipossuficiência do apenado, como forma de extinguir a pena e evitar o encaminhamento à Fazenda Pública. O inadimplemento da pena de multa cumulativa não pode importar na sua conversão em pena privativa, tampouco impede a extinção da punibilidade. Nesse sentido, é o precedente do STJ:

(...) A jurisprudência desta Corte de Justiça firmou compreensão de que, transitada em julgada a condenação, a pena pecuniária se converte em dívida de valor, devendo ser cobrada por meio de execução fiscal, pela Fazenda Pública, nos casos de inadimplemento.

2. Cumprida a pena privativa de liberdade, correta a decisão agravada em declarar a extinção da punibilidade do réu, independentemente do adimplemento da pena de multa (...).

O Decreto nº 8.172, de 24 de dezembro de 2013, inovou, quanto aos requisitos para se obter o perdão da pena de multa criminal. Senão, vejamos.

Dispõe o art. 1º, inciso X, do Decreto nº 8.172, de 24 de dezembro de 2013, *in verbis*:

X - condenadas a pena de multa, ainda que não quitada, independentemente da fase executória ou juízo em que se encontre, aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade cumprida até 25 de dezembro de 2013, desde que não supere o valor mínimo para inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, estabelecido em ato do Ministro de Estado da Fazenda, e que não tenha capacidade econômica de quitá-la;

“A dúvida normativa, ou eventual atecnia do legislador, não pode ser considerada em prejuízo do apenado, que em nada contribuiu para a confusão normativa.”

Nesse enfoque, a hipótese extintiva de punibilidade incide sobre as pessoas condenadas a pena de multa, ainda que não quitada, independentemente da fase executória ou juízo em que se encontre, aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade cumprida até 25 de dezembro de 2013, desde que não supere o valor mínimo para inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, estabelecido em ato do Ministro de Estado da Fazenda, e que não tenha capacidade econômica de quitá-la. Vejamos o referido ato normativo:

Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012

(...) Art. 1º Determinar:

I - a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e;

§ 1º Os limites estabelecidos no *caput* não se aplicam quando se tratar de débitos decorrentes de aplicação de multa criminal (...).

A teor do art. 1º, parágrafo 1º, da Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012, o valor mínimo atinente à inscrição da Dívida Ativa da União não se aplica às multas criminais.

Surge-se daí interessante problemática, isto é, a aplicação de indulto, em relação às multas criminais, quando a norma remetida, de forma expressa, nega sua aplicação nesses casos.

2. Inaplicabilidade de cláusula delimitativa para incidência do indulto de multa

Passo analisar a situação, com mais vagar.

Como conciliar disposições antagônicas, sobretudo na seara penal, onde vige o primado da inocência e a dúvida é sempre sopesada em favor do acusado.

Assim, por óbvio, sob pena de se fazer do indulto letra morta e consagrar a odiosa e proscrita interpretação em prejuízo do apenado, *in malam partem*, conclui-se que o indulto natalino

de multa, ao condicionar a concessão da benesse ao preenchimento de requisitos constantes em ato normativo infralegal e este, por sua vez, expressamente, ao excluir a multa criminal, de seu âmbito de incidência, torna-se forçoso reconhecer que não há limites para concessão da benesse, em se tratando de multas criminais, por ser este um entendimento que se amolda à interpretação *in bonam partem*, que veda a adoção de juízos, em desfavor do apenado, na hipótese de dúvidas objetivas.

O que se vê, no caso em tela, é que o indulto, ao tentar impor um teto para a concessão da benesse fiscal, terminou mesmo por derrubar todas as barreiras dessa proibição, uma vez que a vedação de aplicação do benefício fiscal, constante da norma remetida, não pode ser tido por inenunciável, ao ponto de, impedir a aplicação do indulto de 2013, sobretudo, quando se vislumbra a presente questão, sob uma ótica teleológica e sistêmica.

Digo isto, pois a razão de ser do indulto é extinguir a pena daqueles que se enquadrem em suas disposições, é um perdão do Rei.

A situação vertida é bem complexa, pois a norma referida (Portaria do Ministro da Fazenda) expressamente veda a aplicação da benesse fiscal às multas criminais

Nesse caso, ou se nega totalmente a incidência do indulto, algo inconcebível, sobretudo, quando se tem em vista a hierarquia normativa, qual seja, o indulto sobrepe-se à uma Portaria, editada esta, por um auxiliar do “Rei”, o que torna claro que não pode obstar norma superior de produzir seus efeitos. Ademais, o indulto é norma complementar direta da CF/88, a qual autorizou expressamente a sua elaboração, sem interpolação normativa, sendo um verdadeiro mandado de extinção de pena criminal, em contraposição aos mandados de criminalização, que esta, também, previu.

O conflito entre Lei e regulamento é um típico caso de crises de legalidade, em que se deve afastar a norma inferior, por inobservar preceito de norma superior, ou por contradizê-lo. Não é demais ressaltar que uma norma de hierarquia superior não pode revogar norma inferior, pois há âmbitos de incidências diversos. Falta à norma regulamentadora pertinência temática, pois foi criada previamente à situação e, não para regular situações criminais, tanto é que, expressamente, retirou sua incidência dos feitos criminais não podendo, dessa forma, contradizer a norma superior, tampouco ser aplicada a casos penais.

Dito isto, torna-se claro que não se pode negar o direito ao apenado, pois este foi assegurado, por norma de cunho superior. Igualmente, a concessão do benefício não pode estar limitada a um teto, pois a Portaria não prevê sua aplicação às multas criminais. Discute-se aqui, também, a possibilidade de um indulto ser complementado por outra norma, como se norma penal em branco fosse. Sabe-se que a norma penal em branco é uma forma do direito de acompanhar as constantes mudanças da vida. Em que pesem as críticas contra esse estilo normativo, por violação da legalidade, taxativamente, e reserva legal, tal estilo normativo tem sido aceito pelas Cortes Superiores.

A norma penal em branco é aquela em que seu conteúdo, ou essência, qual seja, parte do seu preceito primário, é oco e vazio sendo complementado por outra norma, oriunda da mesma fonte

normativa ou de diversa. Explico. A norma prevê que determinada conduta é criminosa, porém, as características desta conduta estão previstas em outra norma. Acontece que a elaboração de normas penais é de competência normativa da União, por meio do Congresso Nacional. O Poder Executivo não detém a competência de elaborar norma penal *stricto sensu*.

Todavia, o indulto é norma penal em sentido amplo, por tratar de extinção de punibilidade, excepcionalmente elaborada pelo Poder Executivo, conforme franquia Constitucional.

Por sua vez, o “Decreto Perdoador” não poderia fazer remissão a outra norma infralegal para que esta completasse seu conteúdo, pois apenas leis em sentido estrito, isto é, aquelas elaboradas pelo Poder Legislativo, poderiam ter seu conteúdo complementado por outras normas, sob pena de malferir preceito constitucional autorizativo. Ademais, essa remissão não poderia agravar a situação do apenado, por violação clara do princípio da legalidade e burla ao mandamento constitucional.

As normas penais, por dizerem respeito ao direito de locomoção dos indivíduos, devem obedecer à legalidade estrita. Assim, nem mesmo o Poder Legislativo pode elaborar norma penal, mediante ato infralegal, com dispositivos sem complementação, remetendo o aplicador a normas infralegais, para fins de colmatação, em clara infração ao princípio da legalidade (taxatividade, certeza e clareza).

É cristalino que o Executivo não pode agravar a situação do apenado, tampouco, pode estabelecer requisitos para extinção da pena, com remissão a ato normativo infralegal, que havia sido elaborado para regulamentar outro normativo, pois seria uma verdadeira teratologia jurídica. A Portaria do Ministro da Fazenda é ato de caráter eminentemente tributário, atrelado finalisticamente às normas legais tributárias, não suscetíveis de serem empregadas na seara penal, por falta de pertinência temática.

Essa norma regulamentar não possui pertinência temática com o indulto que visa regular, devendo ser afastada aplicando-se, assim, o indulto, sem qualquer remissão a essa norma, e, portanto, limites pecuniários. As normas regulamentares de lei material penal devem guardar pertinência temática, se é que é possível admissão dessas. Assim como o indulto não pode versar sobre requisitos do título de crédito, é inviável norma regulamentar de leis tributárias ser aplicada para regulamentar lei penal, a qual demanda norma específica e pertinência temática, em obséquio ao princípio da legalidade.

Ademais, ainda conforme a Portaria acima citada, há uma distinção entre valor para inscrição e valor para execução. Ocorre que este pressupõe o primeiro. Ou seja, é inviável a execução fiscal, mesmo havendo valor inscrito, se for inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Dessa forma, o juízo da execução penal, ao analisar a multa imposta, deve verificar se esta excede o montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), pois se for inferior seria inútil a remessa da multa à esfera da Fazenda Pública, pois esta não seria executada, devendo a decisão amoldar-se à razoabilidade, efetividade e praticidade da atuação jurisdicional.

Outra questão bastante relevante é atinente à competência de juízo estadual para apreciar

questão que envolve ato normativo federal. Ao analisar a legalidade ou constitucionalidade de Portaria federal, esse juízo estaria usurpando competência de outro órgão judicial, pois envolveria interesse direto da União, dívida ativa da União, caso a multa seja destinada ao Fundo Nacional Penitenciário.

3. Conclusão

Desse modo, quando o Judiciário atua como legislador positivo viola o princípio da separação de Poderes, que assegura o monopólio da produção normativa ao Legislativo.

Assim, não é dado ao juiz elaborar a norma e aplicá-la, arbitrariamente, pois termina por violar o equilíbrio entre os Poderes. Não pode o magistrado dizer que aplica o indulto, mas limitado a um teto, quando este limite máximo está fixado para dívidas de natureza não criminal, não podendo servir de parâmetro às multas criminais.

Dessa forma, por todo o exposto, não há outra solução, senão a aplicação do indulto, sem levar em consideração qualquer redutor, de forma a consagrar as interpretações sistemática e teleológica que rechaçam quaisquer entendimentos violadores dos princípios da razoabilidade, isonomia material e ressocialização.

A dúvida normativa, ou eventual atecnia do legislador, não pode ser considerada em prejuízo do apenado, que em nada contribuiu para a confusão normativa. Este, na verdade, está sendo cercado em gozar de um direito que lhe fora concedido pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional, sendo um odioso *bis in idem*, pois está sendo duplamente punido.

Portanto, é de se espocar que, na dúvida, indulta-se, pois, noutra sentido, deve-se, desde já, decretar a falência do referido inciso, pois este é manifestamente inaplicável, caso não se aplique uma interpretação consentânea com a literalidade na norma.

Notas

* Bruno Joviniano de Santana Silva - Defensor Público do Estado do Maranhão. Ex-advogado da Petrobras. Ex-Analista Judiciário do TJDFT. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera Uniderp.

Brasil. STJ. AgRg no REsp 1457589 / SP. Relator(a) Ministro GURGEL DE FARIA. Data do Julgamento 19/05/2015.

4. Referências

AGRA, Walber de Moura. “O sincretismo da jurisdição constitucional brasileira”. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008. pp. 211-232.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos**

fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil.** 7ª edição. São Paulo, São Paulo: Saraiva, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 7ª ed. rev. e atual. de acordo com a emenda constitucional nº 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARDOSO, Oscar Valente. **Controle abstrato de constitucionalidade: aspectos subjetivos.** Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2011.

CARDOSO, Oscar Valente. “Controle preventivo de constitucionalidade: entendimento do STF”. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, nº 3661, 10 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24916>>. Acesso em: 2 jun. 2015.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional.** 17ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

COSTA JÚNIOR, Dijosete Veríssimo da. “Anistia, graça e indulto. Renúncia e perdão. Decadência e prescrição”. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 2, nº 11, 20 abr. 1997. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/970>>. Acesso em: 2 jun. 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática.** 6ª ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JR., Fredie. “O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro”. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional.** Salvador: Juspodivm, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo.** 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Gustavo Henrique Comparim. “Controle de constitucionalidade: doutrina e jurisprudência”. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, nº 3668, 17 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24839>>. Acesso em: 2 jun. 2015.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo - Noções e Críticas.** 2ª edição. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José GIACOMOLLI. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado / Pedro Lenza**. 16ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coordenares). **Tratado de direito constitucional**. v. 1, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO FILHO, João Aurino de. “Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado”. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, nº 1753, 19 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11158>>. Acesso em: 2 jun. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Rafael de Souza. “Excesso de execução”. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, nº 2370, 27 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14077>>. Acesso em: 27 maio 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OTTOBONI, Mário. **Ninguém é irrecuperável**. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Cidade Nova, 2001.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

PESSOA, Robertônio Santos. “Controle de constitucionalidade: jurídico-político ou político-jurídico?”. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, nº 56, 1º abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2882>>. Acesso em: 2 jun. 2015.

SARMENTO, Daniel. “Eficácia Temporal do Controle de Constitucionalidade das Leis (O Princípio da Proporcionalidade e a Ponderação de Interesses)” *in*: **Revista de Direito Administrativo**. Nº 212. Rio de Janeiro: Renovar.

O ESTADO INTERVÉM PARA QUEM?

ALLEN DOS SANTOS PINTO DA SILVA FILHO¹

RESUMO: A Cide é uma forma de o Estado intervir no mercado para manter a primazia dos princípios elencados no artigo 170 da Constituição de 1988. No entanto, apesar de legítima, a intervenção nem sempre atinge sua finalidade prática, visto o desvirtuamento que alguns agentes públicos impõem para instituir a Cide.

PALAVRAS-CHAVES: Brasil. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico. Cide. Desenvolvimento. Constituição. Livre Iniciativa. Limitação Constitucional.

ABSTRACT: *Cide is a way for the State to intervene in the market to maintain the primacy of the principles listed in Article 170 of the 1988 Constitution. However, although legitimate, intervention does not always reach its practical objective, given the distortion that some public agents impose to establish Cide.*

KEYWORDS: *Brazil. Contribution of Intervention in the Economic Domain. Cide. Development. Constitution. Free Initiative. Constitutional Limitation.*

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal promulgada em 1988 prevê uma série de princípios, bem como é fundada na valorização da livre iniciativa, sendo assegurado o direito do livre exercício de qualquer atividade econômica desde que obedecidas as normas legais.

Esta livre iniciativa deve ser regulada pelo Estado para evitar abusos no exercício da atividade econômica desenvolvida pelo empresário. Para tanto, o Estado se utiliza da contribuição social, de intervenção no domínio econômico, artigo 149, CF, de forma instrumental para atender a uma finalidade predeterminada, qual seja a intervenção da União na economia do país, na forma regulamentar, assim, evitando abuso pela livre iniciativa.

O Brasil vive uma das suas piores crises políticas. A Operação Lava Jato vem demonstrando a fragilidade de algumas Instituições Estatais. No entanto, como dizem os religiosos das coisas ruins temos que extrair o melhor.

Em recente depoimento, o Sr. Marcelo Oderbrecht demonstrou como funcionam os artigos

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Candido Mendes. Assessor de Órgão Julgador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: allen.silva@gmail.com. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/3795533161389506>

149, 170 e 173, da Constituição Federal, ao pleitear ao Ministro da Fazenda o retorno da Cide-combustível.

Aqui se pretende esmiuçar como esse trecho da delação do empresário demonstra como a positividade constitucional tem a função de propor um programa racional e um plano de desenvolvimento da sociedade, enquanto vincula os órgãos executores na função de garantir os princípios jurídicos ou regras de jogo da sociedade estabelecida.

1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A população brasileira sufocada pela rigidez da ditadura militar, iniciada em 31 de março de 1964, sofreu ainda mais com o Ato Institucional nº 5, instituído em função da negativa da Câmara dos Deputados do pleito de licenciamento do Deputado Márcio Emanuel Moreira Alves, para que fosse julgado pelo discurso proferido no Congresso no início de 1968, no qual estimulava o boicote ao militarismo:²

ATO INSTITUCIONAL Nº 5, DE 13 DE DEZEMBRO DE 1968.

São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências.³

Com esta norma em vigor e diante de tamanha brutalidade nos direitos civis, a população brasileira se organiza em protestos, inclusive, incitados por políticos através dos seus discursos no Congresso.⁴

Diante disso, resta claro que o AI-5 foi a norma fundamental para que a população, ou a quem interessava, fortalecesse a disposição em acabar com a ditadura militar.

Desse modo, após uma tentativa frustrada em 1984, me valendo da expressão de KELSEN, em que a primeira constituição histórica deriva de revolução na ordem jurídica, tendo em vista que não encontra suporte nessa ordem, mas inaugura uma nova,⁵ e que o Brasil estava sob a égide do AI-5, em outubro de 1988 foi promulgada a Constituição Federativa pelos:

representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmo-

2 Documentário “Discurso de Marcio Emmanuel Moreira Alves – 1968”.

3 Ementa do Ato Institucional nº 5.

4 Dramatização do discurso do Dep. Mário Covas no dia 12/12/1968, às vésperas do AI-5.

5 FÁBIO ULHÔA COELHO. **Para entender Kelsen**, p. 15.

nia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...) ⁶

“(...) estando o Estado diante de um abuso econômico (...), deve intervir normatizando de forma a regulamentar a situação oposta aos preceitos constitucionais (...)”

1.1. A Constituição dirigente

No ímpeto de direcionar a sociedade ao desenvolvimento, no Capítulo I do Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, o constituinte estabeleceu princípios que visam a harmonia entre o empresário, mercado e consumidor:

TÍTULO VII

Da Ordem Econômica e Financeira

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

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.

Tais princípios, nos moldes das Constituições do México e Weimar, se consubstanciam no cunho social que permeia a Constituição de 1988, que diante da falência da ditadura militar, se inspirou no movimento de que deve o Poder Público intervir no seio da coletividade para, mediante ação positiva, promover a igualdade material e permitir que todos exerçam, em iguais oportunidades, todos os direitos previstos em sede constitucional:⁷

⁶ Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁷ Pinheiro, Maria Cláudia Bucchianeri, p. 104. **Revista de Informação Legislativa**: v. 43, nº 169 (jan./mar. 2006).

Art. 171. (Revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

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

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º Lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em coo-

perativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

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.

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

§ 2º É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 3º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

§ 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte,

por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

II - as condições de contratação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional. (Renumerado de § 2º para 3º pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

§ 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

I - a alíquota da contribuição poderá ser: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) diferenciada por produto ou uso; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

II - os recursos arrecadados serão destinados: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

c) ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e

terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1995)

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 7, de 1995)

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Art. 180. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico.

Art. 181. O atendimento de requisição de documento ou informação de natureza comercial, feita por autoridade administrativa ou judiciária estrangeira, a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no País dependerá de autorização do Poder competente.

Para tanto, a União ganha poderes constitucionais para intervir no mercado, quando a atividade econômica sobrepujar os princípios trazidos na nova norma constitucional, quais sejam, a livre iniciativa, a defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente e demais incisos contidos no artigo 170 da Constituição Federal.

Dessa forma, estando o Estado diante de um abuso econômico ou alguma norma jurídica que infrinja os supracitados princípios, deve intervir normatizando de forma a regulamentar a situação oposta aos preceitos constitucionais, nesse sentido o trecho do voto do jurista EROS GRAU, enquanto Ministro do STF:

A realidade nacional evidencia que nossos conflitos são trágicos. A sociedade civil não é capaz de solucionar esses conflitos. Não basta, portanto, a atuação meramente subsidiária do Estado. No Brasil, hoje, aqui e agora - vigente uma Constituição que diz quais são os fundamentos do Brasil e, no artigo 3º, define os objetivos do Brasil (porque o artigo 3º fala da República Federativa do Brasil, está dizendo que ao Brasil incumbe construir uma sociedade livre, justa e solidária) – vigentes os artigos 1º e 3º da Constituição, exige-se, muito ao contrário do que propõe o voto do Ministro relator, um Estado forte, vigoroso, capaz de assegurar a todos a existência digna. A proposta de substituição do Estado pela sociedade civil, vale dizer, pelo mercado, é incompatível com a Constituição do Brasil e certamente não nos conduzirá a um bom destino.⁸

⁸ Voto do Ministro do STF, EROS GRAU, no julgamento da ADPF 46 no Tribunal Pleno, no dia 15/06/2005, p. 92.

Nesse sentido, o constituinte fez a previsão da contribuição social, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - poderão ter alíquotas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) *ad valorem*, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

§ 3º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

§ 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002)

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o *caput*, na fatura de consumo de energia elétrica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002)

Logo, a contribuição é o método do Estado (União) intervir no mercado com fito de controlar eventual desequilíbrio dos princípios previstos no artigo 170, da Constituição Federal.

Considerando que “o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece,

nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo”,⁹ bem como que na última colaboração premiada o Sr. Marcelo Odebrecht mencionou a Cide-combustível, passaremos a sua análise como exemplo de intervenção do Estado na atividade econômica.

3. A INTERVENÇÃO ESTATAL QUE PREJUDICA A LIVRE INICIATIVA

No Brasil, a passagem do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito trouxe consigo uma grande dificuldade: conciliar a liberdade econômica e de iniciativa com a possibilidade de interferência dos entes públicos em esferas antes pertencentes à iniciativa privada.¹⁰

A Lei nº 10.336/2001, instituiu a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível – Cide-combustível –, com fito de assegurar

- I – pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, de gás natural e seus derivados e de derivados de petróleo;
- II – financiamentos de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; e
- III – financiamento de programas de infraestrutura de transportes¹¹

Segundo a Confederação Nacional de Transporte (CNT) de 2002 e 2012, a Cide arrecadou R\$ 76 bilhões, dos quais R\$ 37,6 bilhões foram investidos em infraestrutura de transporte, e desse total arrecadado, 20% dos recursos são desvinculados, de acordo com o instrumento Desvinculação de Receitas da União (DRU), 29% são destinados aos estados e municípios e 51% são investidos conforme determina a lei.¹²

Pois bem, considerando tais dados, não resta dúvida, quanto à aparência que, a Cide-combustível obedece à norma constitucional no que tange a sua finalidade, no entanto, demonstra-se que durante alguns anos o Governo desvirtuou a Cide-combustível.

O Governo brasileiro constatou que tinha nas mãos uma poderosa ferramenta para intervir no mercado na hora e forma que fosse conveniente e com a força impositiva de um tributo, nos termos do julgamento do STF.¹³

Cabe lembrar que no último debate antes das eleições presidenciais de 2002, o então candidato Anthony Garotinho perguntou a opinião o candidato Lula sobre “a Cide”, sem explicações adicionais. Desprevenido, o petista começou a esboçar uma resposta tratando da sigla como se

9 Voto do Ministro do STF, EROS GRAU, no julgamento da ADPF 46 no Tribunal Pleno, no dia 15/06/2005, p. 91.

10 Basso, Maria Elisa. **As contribuições de intervenção no domínio econômico: parâmetros para concretização de suas finalidades**, p. 1.

11 Artigo 1º, §1º, I, II e III, da Lei nº 10.336/2001.

12 Cide. Disponível em: <<https://goo.gl/16YagF>>. Acesso em: 15 abril 2017.

13 Recurso Extraordinário n. 146.733-9/SP

fosse referente a um órgão.¹⁴

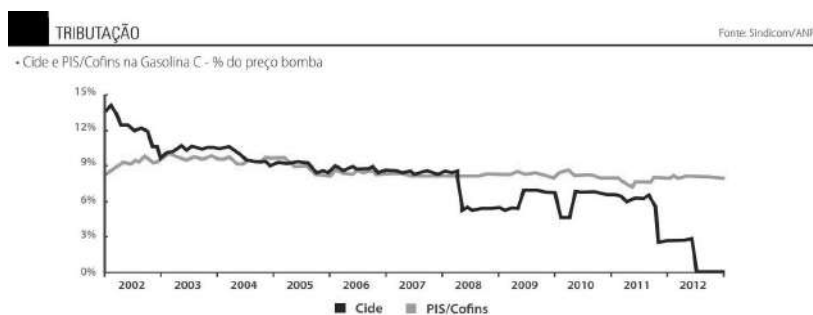
Infelizmente, tal desconhecimento não demorou muito para se transformar em conhecimento.

Passada a eleição, Lula teve um intenso sobre a Cide-combustível e instituiu o Decreto nº 6.683 em dezembro de 2008, no qual estabeleceu que:

§ 1º Para os efeitos do *caput*, a produção residual de gasolina ou diesel, a partir de nafta petroquímica¹⁵ importada ou adquirida no mercado interno por centrais petroquímicas, não caracteriza destinação para formulação desses combustíveis.

Até então a Cide-combustível continuava com sua finalidade constitucional, mas estava desvirtuada na sua essência, porque visava garantir benefícios de individuais ou de determinado conglomerado empresarial, contrariando a norma constitucional, conforme foi declarado por Marcelo Odebrecht e Alexandrino Alencar nas suas colaborações premiadas, ambos ex-executivos da sociedade empresária Odebrecht.

Portanto, fica cada vez mais evidente como a finalidade da Cide-combustível foi se perdendo durante os anos a ponto de chegar à alíquota zero em 2012 (gráfico abaixo elaborado pelo Sindicom/ANP), como parte do pacote que contribuía para aquisição de automóvel pela população:



Desse forma, a Cide-combustível não vem obedecendo ao princípio da legalidade na acepção de preservação da segurança, mas, tão somente, na forma positiva, ou seja, cumpre a lei no papel, mas, na prática, é desvirtuada em prejuízo dos princípios previstos no artigo 170 da Constituição Federal.

¹⁴ Governo desvirtua uso da Cide e prejudica etanol. Disponível em: <<https://goo.gl/7wlnNU>>. Acesso em: 15 abril 2017.

¹⁵ Explica-se que nafta petroquímica é um derivado de petróleo utilizado principalmente como matéria-prima da indústria petroquímica, inclusive para produção de gasolina.

4. CONCLUSÃO

Como resta demonstrado a Constituição Federal, dentro do seu programa, estabeleceu normas, que visam à perfeita harmonia na atividade econômica. No entanto, o Brasil vem sofrendo com a má ocupação dos cargos públicos, o que ocasiona a aplicação desvirtuada das normas constitucionais e, por conseguinte, regulação do mercado não para garantir a livre iniciativa, e, sim, o monopólio do mercado.

Com base no texto constitucional, identificamos as características fundamentais das contribuições de intervenção no domínio econômico, a finalidade de sua instituição e a existência de um grupo ou setor identificado com a intervenção e a arrecadação destinada a custear ou ser a própria intervenção.

Nas palavras de MARCO AURÉLIO GRECO,¹⁶ as contribuições de intervenção no domínio econômico são figuras voltadas para o futuro: o legislador, ao instituí-las, quer modificar uma realidade. Por meio de sua instituição, busca-se alcançar determinados objetivos.

Com isso, apesar de a Constituição ter um relevo prático no modelo da constituição programa, de nada adiantará, ou contribuirá para o desenvolvimento almejado à época da sua promulgação em 1988, enquanto a gestão pública não seguir uma moralidade administrativa no exercício da sua função, visto que a lei continuará a ser utilizada para intervir na economia em benefício individual e não como forma de contribuir no desenvolvimento econômico, tornando ainda mais *sui generis* a contribuição de intervenção no domínio econômico – Cide.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <<https://goo.gl/37QxG7>>. Acesso em: 17 abril 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/044zZC>>. Acesso em: 15 abril 2017.

_____. Lei nº 10.336, de 19 de dezembro de 2001. Diário Oficial da União, de 20/12/2001. Disponível em: <<https://goo.gl/gH17EN>>. Acesso em: 15 abril 2017.

_____. Decreto nº 6.683, de 9 de dezembro de 2008. Diário Oficial da União, 10/12/2008. Disponível em: <<https://goo.gl/kdLK4b>>. Acesso em: 15 abril 2017.

Lava Jato: “Marcelo Odebrecht usava rede de influências para favorecer setor de etanol”. Disponível em: <<https://goo.gl/1yaHNe>>. Acesso em: 15 abril 2017.

CASTRO, Carlos José Figueirêdo. “Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico (Cide)”. Disponível em: <<https://goo.gl/4PzzvI>>. Acesso em: 15 de abril 2017.

¹⁶ GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições: uma figura *sui generis***, p. 30.

Cide. Disponível em: <<https://goo.gl/j3Vy9W>>. Acesso em: 15 abril 2017.

“O que você precisa saber sobre transferências constitucionais e legais”. Ministério da Fazenda – Secretaria do Tesouro Nacional – STN Disponível em: <<https://goo.gl/92uey0>>. Acesso em: 15 abril 2017.

“Cide-combustíveis (Contribuição de intervenção no domínio econômico incidente sobre as operações realizadas com combustíveis)”. Subsecretaria de Tributação e Contencioso. Disponível em: <<https://goo.gl/wSdpsD>>. Acesso em: 15 abril 2017.

“Cide – TECNOLOGIA”. Disponível em: <<https://goo.gl/kDw4F1>>. Acesso em: 15 abril 2017.

“Governo brasileiro não avalia no momento elevar Cide para gasolina”. Reuters. Disponível em: <<https://goo.gl/yVGHne>>. Acesso 15 abril 2017.

“O problema do etanol se chama Cide, diz CEO da Odebrecht”. Disponível em: <<https://goo.gl/VyKSmf>>. Acesso em: 15 abril 2017.

MOREIRA, Talita. “TCU e projetos centralizados pelo governo atrapalham, diz Odebrecht”. **Jornal Valor Econômico**. Disponível em: <<https://goo.gl/R0T2cY>>. Acesso em: 15 abril 2017.

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do estado no domínio econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 97, n° 874, pp. 70-100, ago. 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Marco Aurelio. **Contribuições (uma figura sui generis)**. São Paulo: Dialética, 2000.

MARTINEZ, Ana Paula. A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais. São Paulo: **Revista de Direito do Consumidor**, v. 13, n. 52, pp. 7-36, out.-dez. 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PETTER, Lafayette Josué. **Direito econômico**. 5ª ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, 461 p. (Série Concursos)

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. “A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917”. Disponível em: <<https://goo.gl/BLfYW3>>. Acesso em: 17 abril 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Documentário “Discurso de Marcio Emmanuel Moreira Alves – 1968”. Disponível em: <<https://goo.gl/k01j5K>>. Acesso em 17 abril 2017.

Documentário “Dramatização do Discurso do Dep. Mário Covas no dia 12.12.1968, às vésperas do AI-5”. Disponível em: <<https://goo.gl/TWRMPt>>. Acesso em: 17 abril 2017.

XAVIER, Alberto. **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.459.555 - RJ (2014/0139034-0)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCES- SUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. OCOR- RÊNCIA. ASSISTÊNCIA TÉCNICA. FORNECEDOR. INTERMEDIÇÃO. DESNECESSIDADE. ARTIGO 18, § 1º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSU- MIDOR. OBSERVÂNCIA.

1. Há julgamento *extra petita* quando decidida a causa fora dos contornos da lide, que são estabelecidos a partir do exame da causa de pedir eleita pela parte autora da demanda e dos limites do pedido veiculado em sua petição inicial.

2. Ausência de norma cogente no CDC, que confira ao consumidor um direito po- testativo de ter o produto trocado antes do prazo legal. Não se colhe dos autos nenhum comportamento abusivo da empresa recor- rente, que permite a troca da mercadoria no prazo de 3 (dias) para beneficia o consumi- dor diligente.

3. Na hipótese, não sendo reparado o vício pela assistência técnica no prazo de 30 (trinta) dias, o consumidor poderá exigir do fornecedor, à sua escolha, as três alternati- vas constantes dos incisos I, II e III do § 1º do artigo 18 do CDC.

4. No caso concreto, o Tribunal local, ao determinar que a empresa, a fim de sanar suposto vício, tivesse que enviar, de forma direta e autônoma, o produto supostamen- te viciado à assistência técnica, bem como retirar os produtos de difícil remoção da residência do consumidor ou onde se encon- trasse a mercadoria, encaminhando, se ne- cessário, técnico ao local, de fato extrapolou

os limites do pedido.

5. A Terceira Turma já concluiu que a disponibilização de serviço de assistência técnica, de forma eficaz, efetiva e eficiente, na mesma localidade do estabelecimento do comerciante, afasta o dever do fornecedor de intermediar o serviço, sob pena de acar- retar delongas e acréscimo de custos.

6. Recurso especial da Lojas America- nas S.A. provido, prejudicado o recurso es- pecial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, de Recurso Especial Nº 1.459.555 - RJ (2014/0139034-0), em que são Recorrentes Lojas Americanas S.A. e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, e Recorridos os mesmos, decide a Terceira Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso es- pecial e julgar prejudicado o recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros MARCO AURÉLIO BELLIZZE (Presidente), MOURA RIBEIRO, NANCY ANDRIGHI e PAULO DE TARSO SANSEVERINO votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Trata-se de dois recursos especiais interpostos em apelação em ação civil pública promovida pelo Ministé- rio Público do Estado do Rio de Janeiro contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL

PÚBLICA. TROCA OU REPARO DE PRODUTO VICIADO.

O Ministério Público pretende seja reprimida a prática de loja varejista de limitar prazo de troca a três dias.

O artigo 26 da Lei nº 8.078/90 estabelece prazos de 30 e 90 dias para resolução do vício do produto.

Solidariedade entre fornecedor e fabricante, que, no entanto, não impõe ao primeiro a obrigação de troca.

A pretensão de indenização aos consumidores, individual ou coletivamente, não merece acolhida.

Parcial provimento do recurso” (e-STJ f. 276).

Cuida-se, na origem, de ação civil pública proposta pelo Parquet (e-STJ f. 2-13) contra Lojas Americanas S.A. em virtude da limitação de troca dos produtos adquiridos no estabelecimento pelos consumidores a apenas 3 (três) dias corridos, contados da data da emissão da nota fiscal, informando que, após o transcurso desse prazo, incumbiria à assistência técnica credenciada a verificação de eventual vício e possível reparação do produto, eximindo-se, a partir de então, da responsabilidade perante terceiros.

Em sua inicial, o órgão ministerial afirma que tal conduta representaria “latente abusividade” (e-STJ f. 4) à luz dos arts. 18 e 26 do Código de Defesa do Consumidor, que preveem o prazo de 30 (trinta) dias para o vício ser sanado, a solidariedade entre os fornecedores, bem como o prazo decadencial para reclamação dos infortúnios.

Ao final, requer

(i) a condenação da ré, em caso de produto viciado, dentro do prazo legal exposto no art. 26 do CDC, a sanar o vício no prazo de 30 (trinta) dias e, não o fazendo, a conferir ao consumidor a escolha de uma das opções contidas

no art. 18, § 1º, do CDC, sob pena de multa no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais);

(ii) a condenação da ré a efetuar a troca de seus produtos duráveis dentro do prazo legal de 90 (noventa) dias (art. 26, II, do CDC), visto que comercializa produtos essenciais (art. 18, § 3º, do CDC), sob pena de multa no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais);

(iii) a condenação da ré a indenizar, da forma mais ampla possível, os danos materiais e morais causados aos consumidores individualmente considerados, como estabelece o art. 6º, VI, do CDC, e

(iv) a condenação da ré a reparar os danos materiais e morais causados aos consumidores, considerados em sentido coletivo, no valor mínimo de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), corrigidos e acrescidos de juros, cujo valor reverterá ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados mencionado no art. 13 da Lei nº 7.347/1985.

A sentença proferida pela 3ª Vara Empresarial da Capital do Estado do Rio Janeiro (e-STJ, f. 187-195) julgou improcedente a pretensão porque a rotina de troca de produtos adotada pela empresa ré, limitando-a em seu estabelecimento ao prazo de 3 (três) dias, não excluiria a possibilidade de o consumidor realizá-la também na forma do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, como se afere do seguinte trecho da sentença:

“(…) cuida-se de demanda coletiva embasada na alegação de que a ré oferece prazo de três dias para troca em suas lojas de produtos adquiridos em vício com o intuito de não cumprir com suas obrigações, em especial a do art. 18 do CDC.

Pelas provas dos autos, em especial o depoimento pessoal do representante legal da ré e documentos de f. 110/124, verifica-se que a política de troca da ré não exclui a possibilidade de o consumidor realizar a troca, na forma do art. 18 do CDC.

As respostas das reclamações realizadas no sítio eletrônico www.reclameaqui.com (f. 110/124) demonstram que a ré efetua a troca dos produtos mesmo após o prazo de três dias.

Ademais, em seu depoimento, o chefe de departamento de operações da empresa ré informou que, dentro do prazo de trinta dias, em caso de defeito técnico atestado de modo legítimo, quando há negativa de troca pelo fabricante, a loja efetua a troca e que em virtude de a ré não ter como diferenciar mau uso de vício de fabricação, necessita do contato anterior com o fabricante, salvo nos casos em que a própria empresa detecta lotes anteriores com defeitos técnicos do produto (f. 133).

Pelo exposto, julgo improcedente a pretensão autoral” (e-STJ f. 194-195).

O Ministério Público estadual apresentou apelação (e-STJ f.197-227) na qual reiterou que a conduta da apelada de condicionar a troca de produto viciado ao prazo de 3 (três) dias, descumprindo prazo legal de garantia estabelecido no art. 26 do CDC, já é capaz de lesionar o consumidor e legitimar a tutela coletiva.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acolheu em parte o recurso para condenar a ré na obrigação de receber e encaminhar à assistência técnica os produtos não duráveis e duráveis viciados, respectivamente, nos prazos de 30 (trinta) e 90 (noventa) dias, sob pena de multa de R\$ 50,00 (cinquenta reais) para cada recusa indevida, mantendo a improcedência da pretensão indenizatória (e-STJ f. 275-281).

Extrai-se do acórdão:

“(…) Logo, restou incontroverso que a Ré se recusava a receber os produtos viciados depois de três dias apesar de o artigo 26 da Lei nº 8.078/1998 estabelecer prazos de 30 e 90 dias.

Como se sabe, o fornecedor tem responsabilidade solidária ao fabricante e, embora não tenha obrigação de trocar o produto, tem a de sanar o vício nesses períodos (...)

Mas a recusa indevida, *in casu*, não configurou conduta apta a provocar danos aos consumidores, sejam individuais, sejam coletivos (...)” (e-STJ f. 280-281).

Lojas Americanas S.A. opôs embargos de declaração alegando que:

“(…) o Ministério Público Estadual, em sua Ação Civil Pública, apenas requereu que a Embargante fosse condenada nas seguintes obrigações:

de sanar eventuais vícios de mercadoria (‘b’, f. 12); de trocar os produtos dentro de determinados prazos (‘c’, f. 12); indenizar eventuais danos materiais e morais causados (‘d’, f. 12); reparar danos materiais e morais causados (‘e’, f. 12) e pagar ônus de sucumbência (‘h’, f. 12).

Assim é que, tendo restado completamente silente quanto ao intento de condenar a Embargada no dever de ‘encaminhar à assistência técnica os produtos’, tal encargo não poderia ser imposto, por ato próprio, pelo Poder Judiciário.

Como é cediço, é encargo da parte autora arrolar de forma expressa e taxativa todos os pedidos que intenta com a sua demanda, em atendimento ao artigo 282, IV do CPC/73” (e-STJ f. 288-289).

Por sua vez, o Ministério Público estadual também opôs embargos de declaração (e-STJ f. 294-299) ao fundamento de que o acórdão proferido pelo Tribunal de origem teria sido omissivo quanto aos artigos da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor pertinentes ao pedido de indenização por danos morais e materiais, individuais e coletivos.

Os embargos da empresa foram parcialmente acolhidos e os aclaratórios do Ministério Público estadual foram rejeitados, nos termos da seguinte ementa:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

Demanda ajuizada a fim de que a Ré fosse condenada na obrigação de trocar produtos defeituosos no prazo legal e na de indenizar danos materiais e morais. A responsabilidade do comerciante é solidária à do fabricante, que, nos prazos do Código de Defesa do Consumidor, é de efetuar o reparo do produto.

A condenação da Ré na obrigação de encaminhar o bem à assistência técnica não representa decisão *extra petita*, mas sim, adequação da pretensão à legislação.

Deve ser aclarada, no entanto, a decisão para estabelecer que ‘receber’ o produto significa, nas hipóteses daqueles de difícil remoção, o encaminhamento de técnico ao local ou a retirada do produto na residência.

Da mesma forma, deve restar consignado que se a Ré entender se tratar de caso de troca do produto, em vez de encaminhamento à assistência técnica, pode fazê-lo de plano.

A pretensão do *Parquet* de manifestação expressa sobre violação a artigos constitucionais e infraconstitucionais não encontra amparo jurisprudencial.

Parcial provimento do recurso da ré, desprovido o do autor” (e-STJ, f. 303-304).

Inconformadas, as partes interpuseram recursos especiais.

Lojas Americanas S.A., em suas razões, aponta (e-STJ - f. 313-322), com base no artigo 105, inciso III, letra “a”, da Constituição Federal, ofensa aos artigos 128, 293, 459, 460 e 515 do Código de Processo Civil de 1973, porque condenada em obrigação nunca requerida pelo Ministério Público estadual, o que caracterizaria, a seu ver, julgamento *extra petita* pelo Tribunal de origem.

O Ministério Público estadual aponta em suas razões (e-STJ f. 329-342), com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional, viola-

ção dos artigos 458, II, e 535, II, do Código de Processo Civil de 1973, asseverando a falta de fundamentação, pela Corte estadual, para rejeitar a condenação da empresa em dano moral coletivo.

Sustenta a existência de contrariedade aos artigos 6º, VI e VII, 83, 95 e 97 do Código de Defesa do Consumidor para defender que a conduta omissa da empresa enseja a obrigação de reparar danos morais coletivos a fim de inibir a adoção de condutas semelhantes por outras fornecedoras, citando precedente desta Corte (REsp nº 1.269.494/MG). Afirma, em suma, ser

“(…) forçoso reconhecer que a conduta da recorrida em abster-se de receber os produtos defeituosos em seu estabelecimento comercial, orientando os consumidores a procurarem a assistência técnica autorizada, quando o produto ainda se encontra dentro do prazo de garantia, acarreta dano moral coletivo aos consumidores, pois expostos a práticas comerciais abusivas” (e-STJ f. 341).

Com as contrarrazões (e-STJ, f. 349-358 e 359-367), a Terceira Vice-Presidente do Tribunal de origem admitiu o recurso especial da ré e não admitiu o recurso especial do autor (e-STJ, f. 371-380).

Inconformado (e-STJ, f. 392-400), o Ministério Público interpôs recurso de agravo no qual aponta a existência de omissão no julgado local e a violação de dispositivos processuais, ressaltando existir questão federal de mérito que não desafiou a incidência das Súmulas nº 282 e 284 do Supremo Tribunal Federal e nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar por meio do seu representante legal, o Subprocurador-Geral da República Humberto Jacques de Medeiros, opinou pelo não pro-

vimento do recurso especial da ré e pelo conhecimento do agravo do Ministério Público estadual e provimento do respectivo recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

“Constitucional. Processo Civil. Direito do Consumidor. Ação civil pública. Troca ou reparo de produto viciado. Cadeia de fornecimento. Limitação do prazo legal de troca. Responsabilidade solidária esquecida. Ilegalidade. Condenação. Obrigação de fazer. Cumprimento da sistemática consumerista. Princípio da coextensão. Solução jurisdicional permitida. Dano moral coletivo. Enfeixamento. Boa-fé objetiva. Lealdade e cooperação. Caráter educativo. Possibilidade.

A obrigação de fazer definida pelo acórdão atacado não desalinha do pedido exposto na inicial de sanar, conferir e trocar mercadorias viciadas. O pedido entrelaçado com seus fundamentos acolhe a prestação jurisdicional fincada em regra jurídica material em menosprezo. Não há quebra ao princípio da coextensão.

A Corte Estadual não proferiu sentença *extra petita* (fora do pedido do demandante) ou *ultra petita* (além daquilo que foi pedido), pois os artigos 18 e 26 do Código de Defesa do Consumidor fundamentam a obrigação determinada, vazada do pedido em prestação jurisdicional.

A condenação da empresa na obrigação de assumir sua responsabilidade solidária perante os consumidores em cadeia de fornecimento de mercadorias transparece cumprimento dos deveres de lealdade e de cooperação em relações de comércio.

O abandono do consumidor, que possui prazo legal adequado para troca de mercadorias, e, na satisfação da prestação comercial assumida, tanto pelo vendedor, como pelo fabricante, em responsabilidade solidária, permite não apenas a condenação no cumprimento de obrigação vertida da legislação social de aplicação como a condenação na reparação do dano moral coletivo pelo abuso que transmuda

em ausência de proteção ao cidadão, no agir irresponsável, gerando insegurança.

O dano moral coletivo não necessita de prova da dor provocada aos consumidores.

Há lesão, hánexo, quando se desvirtua a proteção veiculada no normativo de regência para o consumidor, afetando uma massa de cidadãos.

A condenação em danos morais detém efeito preventivo, educativo e reparador porque inibe a perpetuação de condutas viciadas em detrimento de cada cidadão consumidor, formador de uma sociedade capitalista, solidária e democrática. E não poderia ser diferente porque as relações jurídicas caminham para uma massificação, e a lesão aos interesses de massa não podem ficar sem reparação sob pena de criar-se litigiosidade contida que levará ao fracasso do direito como forma de prevenir e reparar os conflitos sociais (Recurso Especial nº 1.269.494/MG).

A cadeia de fornecimento torna responsável aos fornecedores que lhe integram perante o consumidor. Há responsabilidade solidária para a qual adotar política de minoração de sua participação na cadeia retrata ilicitude que deve ser banida. Não se buscava a efetividade do direito do consumidor, em ver os vícios dos produtos adquiridos celeremente vencidos, mas, se retirar da cadeia de responsabilização, diminuindo o campo de defesa do cidadão. Esquecidos restaram os deveres e a função social valorada pelo sistema pátrio na proteção constitucional do direito do consumidor.

Daí que o fulminar de princípios e regras que norteiam o direito do consumidor possui o condão de firmar dano moral coletivo, o qual transborda da ilegalidade perpetrada pela empresa ré em prática desleal.

Criar regramento particular que esmaece a legitimidade de normativo de proteção de direito social afeta uma massa de cidadãos em suas relações de consumo.

Parecer pelo não provimento do recurso especial da ré e pelo provimento do agravo e

recurso especial do autor” (e-STJ f. 433-434).

O agravo em recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro foi reatuado como recurso especial, conforme decisão de f. 454-459 (e-STJ).

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Passa-se à análise dos recursos especiais.

Recurso especial interposto por Lojas Americanas S.A: do julgamento extra petita.

O recurso merece prosperar.

O Ministério Público estadual ingressou em juízo narrando suposta conduta ilegal da empresa recorrente ao conceder apenas 3 (três) dias para troca de produtos defeituosos, a contar da emissão da nota fiscal, impondo ao consumidor, após tal prazo, a procura de assistência técnica credenciada junto ao fabricante do produto para que realize a análise quanto à existência do vício. Essa é a causa de pedir eleita pela parte: a oferta de prazo exíguo para troca de bem como meio de se eximir da obrigação de responder pelo vício do produto.

Ao final, formula pedido que vai além da causa de pedir, qual seja, que a empresa recorrente observe o teor do art. 18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, apesar de não demonstrar, em nenhum momento, que a ré descumpra o mandamento legal.

Não há no CDC norma cogente que confira ao consumidor um direito potestativo de ter o produto trocado antes do prazo legal de 30 (trinta) dias. A troca imediata do produto viciado, portanto, embora prática sempre recomen-

dável, não é imposta ao fornecedor.

A despeito da regra, a recorrente, presumindo a boa-fé objetiva do consumidor, assume ônus que não lhe é sequer exigível por lei, permitindo a troca do produto em 3 (três) dias, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico.

Na inicial, o Ministério Público estadual reputa ofensivo ao sistema que não haja a troca do produto em 3 (três) dias e pretende, por meio da ação civil pública, que o CDC seja cumprido. Visa, por vias indiretas, apenas ratificar a lei em abstrato, a fim de ver a regra do art. 18 do mencionado diploma confirmada. Registre-se, por óbvio, ser desnecessária uma decisão judicial para confirmar que uma lei federal está em vigor, prática, aliás, que deve ser evitada pelo *Parquet*, pois não é a finalidade da sua atuação.

Não se colhe dos autos comportamento abusivo da empresa ré, ora recorrente. Como se afere da sentença proferida a f. 187-195 (e-STJ), o prazo de 3 (três) dias para a troca da mercadoria é um plus oferecido pela empresa, um benefício concedido ao consumidor diligente, que, porém, não é obrigatório.

Ademais, “pelas provas dos autos, em especial o depoimento pessoal o representante legal da ré e documentos de f. 110/124, verifica-se que a política de troca da ré não exclui a possibilidade de o consumidor realizar a troca, na forma do art. 18 do CDC” (e-STJ f. 194).

O juízo sentenciante, ao julgar improcedente o pedido, esclareceu que a ré, ora recorrente, efetua a troca de seus produtos de acordo com a previsão legal:

“(…) Ademais, em seu depoimento, o chefe de departamento de operações da empresa ré informou que, dentro do prazo de trinta dias, em caso de defeito técnico atestado de modo

legítimo, quando há negativa de troca pelo fabricante, a loja efetua e que em virtude de a ré não ter como diferenciar mau uso de vício de fabricação, necessita do contato anterior com o fabricante, salvo nos casos em que a própria empresa detecta lotes anteriores com defeitos técnicos do produto (f. 133)” (e-STJ f. 195).

A empresa recorrente, no apelo nobre, não se conforma com sua condenação em segunda instância porque, no seu entender, a obrigação de fazer imposta teria sido diversa daquela solicitada pela parte autora, o que redundaria em ferimento a preceitos processuais relacionados ao vício de decisão *extra petita*.

No caso concreto, houve julgamento *extra petita*, pois o Tribunal de origem exorbitou do pedido formulado na inicial ao determinar que a empresa, a fim de sanar o eventual vício, tivesse que enviar, de forma direta e autônoma, o produto supostamente viciado à assistência técnica, bem como retirar os produtos de difícil remoção da residência do consumidor ou onde se encontrasse a mercadoria, encaminhando, se necessário, técnico ao local. Essa obrigação de fazer destoa tanto da pretensão como da lei.

Registre-se que o tema já foi tratado nesta Corte quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.411.136/RS (DJe de 10/03/2015), de relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, no qual se discutiu acerca da responsabilidade do comerciante quanto à sua obrigação de interceder perante a assistência técnica em favor do consumidor. A Terceira Turma, por unanimidade, concluiu que, “disponibilizado serviço de assistência técnica, de forma eficaz, efetiva e eficiente, na mesma localidade do estabelecimento do comerciante, a intermediação do serviço apenas acarretaria delongas e acréscimo de custos, não justificando a imposição pretendida na ação coletiva”.

Eis a ementa do supracitado voto:

“DIREITO DO CONSUMIDOR E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEVER DE PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA. INTERMEDIÇÃO PELO COMERCIANTE. ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS. DIREITO DOS FORNECEDORES E EQUIPARADOS. JUROS DE MORA. TERMO *A QUO*. CITAÇÃO NA DEMANDA COLETIVA. PRECEDENTES.

1. Demanda em que se discute a responsabilidade do comerciante de intermediar a relação entre consumidor e assistência técnica disponibilizada pelo fornecedor.

2. A boa-fé objetiva, alçada à condição de princípio geral de direito, transita incessantemente em duplo sentido, exigindo a conduta leal e cooperada, na relação de consumo entre consumidores e fornecedores.

3. A assistência técnica é caracterizada pela especialização do serviço prestado, com finalidade de correção de vícios de produtos comercializados.

4. Sua organização eficaz e eficiente concretiza a proteção do consumidor em razão de produtos viciados postos no comércio, bem como o direito de reparação do vício no prazo legal de 30 dias garantido aos fornecedores e seus equiparados.

5. Disponibilizado serviço de assistência técnica, de forma eficaz, efetiva e eficiente, na mesma localidade do estabelecimento do comerciante, a intermediação do serviço apenas acarretaria delongas e acréscimo de custos, não justificando a imposição pretendida na ação coletiva.

6. “(...) 7. Recurso especial parcialmente provido” (REsp 1.411.136/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 24/02/2015, DJe de 10/03/2015).

Ademais, de acordo com a legislação pátria, que deve ser aplicada à espécie, incumbe a Lojas Americanas S.A., observados os prazos do art. 26 do CDC, cumprir o mandamento constante do artigo 18, § 1º, do Código de

Defesa do Consumidor, o qual prescreve que se o vício do produto não for sanado no prazo máximo de 30 (trinta) dias pelo fornecedor, o consumidor poderá exigir, alternativamente e ao seu arbítrio, as seguintes opções:

- a) substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;
- b) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, ou
- c) o abatimento proporcional do preço.

Portanto, constatado o defeito, concede-se a oportunidade de o vício ser sanado no prazo máximo de 30 (trinta) dias. O acórdão, ao determinar que a empresa se valesse da assistência técnica ou assumisse o ônus de buscar a mercadoria na residência do consumidor, extrapolou do pedido formulado na inicial.

É que, como estabelecido pelo precedente desta Corte, não sendo reparado o vício pela assistência técnica, o consumidor poderá exigir do fornecedor, à sua escolha, as três alternativas constantes dos incisos I, II e III do § 1º do artigo 18 do CDC.

Ora, o § 1º do art. 18 do CDC impõe, como primeira opção, que seja sanado o vício de qualidade no prazo máximo de 30 (trinta) dias, o que, de modo geral, é realizado por meio da assistência técnica, motivo pelo qual houve o alegado vício de julgamento, tendo em vista constar dentre os pedidos de f. 12 a formulação de que a ré seja condenada a sanar o vício dentro dos prazos legais.

A exegese do artigo é clara: constatado o defeito, concede-se primeiro a oportunidade de sanar-se o vício no prazo máximo de 30 (trinta) dias, sendo certo que a assistência técnica possui melhores condições para buscar a reparação do vício.

No caso dos autos, o Tribunal local, ao

impor que a empresa assumisse, de pronto, os encargos inerentes à assistência técnica, extrapolou os liames do pedido posto na inicial, da legislação de regência e ainda deixou de se alinhar a precedente específico desta Corte.

Extrai-se ainda dos autos que “a política de troca da ré não exclui a possibilidade de o consumidor realizar a troca, na forma do art. 18 do CDC” (sentença f. 194 - e-STJ). Portanto, após buscar a assistência técnica, caso não seja solucionado o problema, o consumidor poderá exigir, à sua escolha, as alternativas constantes no dispositivo supramencionado.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial de Lojas Americanas S.A. para restabelecer a sentença de f. 187-195 (e-STJ), restando prejudicado o recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.185 - RJ (2015/0250646-0)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS. DISTINÇÃO. HONORÁRIOS PERICIAIS. SUCUMBÊNCIA.

1. Recurso especial interposto em 29/06/2015 e atribuído ao gabinete em 25/08/2016.

2. É adequada a inclusão dos honorários periciais em conta de liquidação quando o dispositivo da sentença com trânsito em julgado condena o vencido, genericamente, ao pagamento de custas processuais.

3. Quem tem razão não deve sofrer prejuízo pelo processo.

4. Surpreender o vencedor da demanda

com a obrigação de arcar com os honorários periciais apenas e tão somente porque a sentença condenava o vencido genericamente ao pagamento de “custas” e não “despesas” representa medida contrária ao princípio da sucumbência e até mesmo à própria noção da máxima eficiência da tutela jurisdicional justa.

5. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Especial nº 1.558.185 - RJ (2015/0250646-0), em que são Recorrentes Rubens Cavalini, e outros, e Recorrida Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros PAULO DE TARSO SANSEVERINO, RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, MARCO AURÉLIO BELLIZZE e MOURA RIBEIRO votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2017.
(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator): Cuida-se de recurso especial interposto por Rubens Cavalini e outros, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional.

Recurso especial interposto em:
29/06/2015.

Atribuído ao Gabinete em: 25/08/2016.

Ação: de cumprimento de sentença, ajuizada por Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI, em face dos recorrentes, no qual requer o pagamento das despesas processuais (custas e honorários periciais) e honorários advocatícios decorrentes da sentença com trânsito em julgado.

Decisão interlocutória: rejeitou exceção de pré-executividade oposta pelos recorrentes.

Acórdão: manteve decisão unipessoal do Relator que negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelos recorrentes, nos termos da seguinte ementa:

DIREITO PROCESSUAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO. PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DOS HONORÁRIOS DO PERITO E DO ASSISTENTE TÉCNICO. NÃO INCLUSÃO NA SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. DESINFLUÊNCIA. CONSECTÁRIO LÓGICO DO PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA. DESPROVIMENTO. 1. Recurso de agravo com fundamento no artigo 557, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, contra decisão da relatoria que negou seguimento a recurso de agravo de instrumento contra decisão que em cumprimento de sentença rejeitou impugnação apresentada, com a qual se pretendia a exclusão dos honorários do perito e do assistente técnico, determinando o prosseguimento da execução com a expedição de mandado de pagamento. 2. Recurso com argumento de que os valores questionados não se inseririam no conceito de despesas processuais, os quais não teriam sido condenados a pagar, com vistas ao dispositivo da sentença transitada em julgado. 3. A inclusão dos honorários do perito e do assistente técnico não implica violação à coisa julgada, mesmo não tendo o dispositivo da sentença exequenda feito a eles referência, haja vista ser decorrência lógica do princípio da sucumbência.

Embargos de declaração: opostos pelos recorrentes, foram rejeitados.

Recurso especial: alegam violação dos arts. 20, §2º, 467, 469, 473, 475-G, do CPC/73, bem como dissídio jurisprudencial. Aduzem que a sentença condenou os recorrentes ao pagamento apenas de custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa. Afirmam que não se confundem os conceitos de custas processuais com despesas processuais, razão pela qual não devem suportar o pagamento dos honorários periciais, pois se trata de obrigação alheia àquela contida na sentença com trânsito em julgado.

Admissibilidade: o recurso foi admitido pelo TJ/RJ.

É o relatório.

Voto

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

1. Dos limites da controvérsia no presente recurso especial A controvérsia cinge-se a determinar se o dispositivo de sentença com trânsito em julgado que condena o vencido ao pagamento apenas de custas processuais abrange as despesas referentes aos honorários periciais.

2. Da distinção conceitual entre custas e despesas processuais na doutrina e na jurisprudência.

A distinção entre despesas e custas processuais, em sede doutrinária, foi bem trabalhada há bastante tempo nos precisos ensinamentos de ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, para quem: “as custas são espécies do gênero “despesas”, sendo essas mais amplas (abrangendo, V.g., honorários de advogado) e aquelas mais restritas à retribuição aos serventuários ou aos demais auxiliares da justiça. Despesas são os

gastos necessários para a formação e andamento de um processo (de jurisdição contenciosa e, em acepção ampla, de jurisdição voluntária)”.

Em seguida, o doutrinador acrescenta: “despesas são os gastos necessários decorrentes de processo. O termo está empregado em sentido amplo, abrangendo as custas do escrivão e demais auxiliares; taxas; honorários de advogado, peritos, assistentes técnicos, intérpretes; indenização e testemunhas, enfim tudo que é despendido para que a atividade jurisdicional se possa desenvolver” (*in: Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 204 e p. 234).

Nessa linha de compreensão, o STJ possui precedentes no sentido de que é indevida a inclusão dos honorários periciais em conta de liquidação quando o dispositivo da sentença com trânsito em julgado condena o vencido apenas ao pagamento de custas processuais. Nesse sentido: AgRg no AREsp 718.020/RJ, Terceira Turma DJe de 22/10/2015; REsp 1124166/PR, Primeira Turma DJe 10/03/2010; REsp 516.343/RS, Primeira Turma, DJ de 15/12/2003; REsp 1039604/MG, Segunda Turma, DJe de 12/12/2008.

3. Da interpretação do art. 20, §2º, do CPC/73 de acordo com a lógica processual moderna. A interpretação do art. 20, §2º, do CPC/73 deve ser realizada de maneira sistemática com a própria lógica processual civil moderna, de modo a superar o destemperado apego formalista, em prestígio da solução justa da crise de direito material levada ao Judiciário.

Nessa ordem de ideias, não se pode perder de vista que o processo é instrumento voltado à solução de problemas, já o disse CHIOVENDA em célebre frase formulada em 1903 que “o processo deve dar a quem tem direito

tudo aquilo e precisamente aquilo a que tem direito”.

Justamente nesse sentido que na hipótese de o pedido autoral ser julgado improcedente, não se pode imaginar que o réu seja compelido a arcar com custas ou despesas de um processo para cuja formação não deu causa.

Surpreender o vencedor da demanda com a obrigação de arcar com os honorários periciais apenas e tão somente porque a sentença condenava o vencido ao pagamento de “custas” e não “despesas” representa medida contrária ao princípio da sucumbência e até mesmo à própria noção da máxima eficiência da tutela jurisdicional justa.

Em poucas palavras: quem tem razão não deve sofrer prejuízo pelo processo.

É o que afirma com propriedade EDUARDO TALMINI ao ressaltar que “a imputação das verbas de sucumbência à parte que não tem razão na lide funda-se também no princípio da responsabilidade. Cada sujeito de direito deve responder por seus atos, assumindo as consequências de suas escolhas”. E, adiante, pontua: “a perspectiva de responder futuramente por seus atos na medida em que não tenha razão, torna cada sujeito mais ponderado, previdente, razoável, na escolha de suas condutas” (“Os fundamentos constitucionais dos honorários de sucumbência”. *In: A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, pp. 73-97, out./dez. 2015).

Nesse contexto, é adequada a inclusão dos honorários periciais em conta de liquidação quando o dispositivo da sentença com trânsito em julgado condena o vencido, genericamente, ao pagamento de “custas processuais”, por ser decorrência lógica do princípio da sucumbência.

4. Da solução da lide na presente hipótese

O comando judicial que deu origem ao cumprimento de sentença foi fixado nos seguintes termos: “julgo improcedente o pedido formulado. Condene os autores ao pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa”.

A partir desse título, a recorrida incluiu na memória de cálculos da fase de cumprimento de sentença, além das custas processuais e honorários advocatícios, o valor dos honorários do perito e do assistente técnico, o que foi deferido pelo Juízo de origem.

Ao se insurgirem contra a inclusão da despesa processual, os recorrentes interpuseram agravo de instrumento que não foi provido pelo TJ/RJ, sob o fundamento de que “a inclusão dos honorários do perito e do assistente técnico não implica violação à coisa julgada, mesmo não tendo o dispositivo da sentença exequenda feito a eles referência, haja vista ser decorrência lógica do princípio da sucumbência” (e-STJ f. 61).

O acórdão recorrido aplicou o direito à espécie em sintonia com a legislação infraconstitucional, por esta razão deve ser mantido.

Forte nessas razões, nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.655.430 - RJ (2017/0013667-6)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE ADMINISTRADOR. EMPRESA NÃO REGISTRADA NO ÓRGÃO. REEXAME DO

**CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO.
SÚMULA Nº 7/STJ.**

1. O critério legal de obrigatoriedade de registro no Conselho profissional é determinado pela atividade básica da empresa ou pela natureza dos serviços prestados.

2. O Tribunal de origem, ao analisar o objeto social descrito no estatuto da empresa, reconheceu expressamente que suas atividades - “serviços de operação e fornecimento de equipamentos para transporte e elevação de cargas e pessoas para uso em obras” - não estariam sujeitas a registro no CRA. Assim, tal decisão, que levou em consideração o suporte fático-probatório dos autos, não pode ser revista pelo Superior Tribunal de Justiça, ante a vedação de sua Súmula nº 7/STJ.

3. Recurso Especial parcialmente conhecido nessa parte não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de Recurso Especial nº 1.655.430 - RJ (2017/0013667-6), em que é Recorrente Conselho Regional de Administração do Rio de Janeiro, e Recorrido Viga Gaspar Logística Ltda – EPP, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça:

“A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros OG FERNANDES, MAURO CAMPBELL MARQUES e ASSUSETE MAGALHÃES (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO.”

Brasília, 28 de março de 2017(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN(Relator): Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, “a”, da CF) interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. ATIVIDADE EMPRESÁRIA DIVERSA DA DE ADMINISTRADOR. NÃO SUJEIÇÃO AO PODER DE POLÍCIA. MULTA. ILEGALIDADE. ARTIGO 1.º DA LEI N.º 6.839/80. RECURSO IMPROVIDO. 1. Cuida-se de apelação cível atacando sentença que extinguiu o processo, sem resolução do mérito, em ação executiva fiscal ajuizada pelo CRA/RJ colimando a cobrança de multa em virtude da ausência de registro da atividade empresarial da executada, junto ao órgão competente. 2. O critério legal para a obrigatoriedade de registro perante os conselhos profissionais, bem como para a contratação de profissional específico, é determinado pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados pela empresa (artigo 1.º da Lei n.º 6.839/80). 3. Seja da leitura da exordial e dos documentos que a instruíram, seja das razões recursais, verifica-se que o recorrente não procedeu à juntada aos autos do contrato social da executada, de modo a se aferir o enquadramento do objeto social com as hipóteses legais de exigibilidade de registro perante o CRA. 4. Contudo, infere-se do número do registro da empresa executada no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ), que a atividade econômica por ela desempenhada é a de “serviços de operação e fornecimento de equipamentos para transporte e elevação de cargas e pessoas para uso em obras”. 5. Desse modo, a atividade básica ou preponderante da sociedade não diz respeito, propriamente, à atividade de administrador, não se enquadrando, portanto, nas hipóteses legais de exigibilidade de registro perante o CRA (artigos 2.º

e 14 da Lei n.º 4.769/65). Precedentes. 6. Apelação conhecida e improvida. (f. 67, e-STJ)

O recorrente sustenta ter ocorrido violação do art. 2º do CPC, dos arts. 2º, 8º, 15 e 16 da Lei n.º 4.769/1965 e do art. 1º da Lei n.º 6.839/1980)

Alega:

O *decisum* ora combatido tem por fundamento, em suma, que a atividade básica e primordial exercida pela Recorrida não é de administração de empresas, entendendo assim pela não obrigatoriedade, em razão de sua atividade preponderante, a ser registrada no Conselho Regional de Administração.

Entretanto, de acordo com a documentação apresentada pela Recorrida no processo administrativo de fiscalização concluiu-se que a Recorrida tem como atividade básica atividades inerentes à ciência da administração, razão pela qual foi solicitado o registro da Recorrida no cadastro da Recorrente. (f. 75, e-STJ)

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 21/03/2017.

A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que o critério legal para a obrigatoriedade de registro nos conselhos profissionais, bem como para a contratação de profissional específico, é determinado pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados pela empresa.

O acórdão recorrido consignou:

7. Compulsando os autos, verifica-se

que o Conselho Regional de Administração não informou a atividade econômica principal exercida pela sociedade empresária autuada, seja pelos documentos adunados à exordial (f. 01/08), seja nas razões de apelação (f. 40/48).

Contudo, é possível aferir do n.º do CNPJ (36.450.328/0001-57), que o objeto social que a atividade econômica principal da sociedade empresária autuada é a de “serviços de operação e fornecimento de equipamentos para transporte e elevação de cargas e pessoas para uso em obras”. As atividades profissionais típicas de Administrador, a seu turno, podem ser extraídas da leitura do disposto no artigo 2.º da Lei n.º 4.769/65, nos seguintes termos:

“Art. 2º A atividade profissional de Administrador será exercida, como profissão liberal ou não, mediante:

a) pareceres, relatórios, planos, projetos, arbitragens, laudos, assessoria em geral, chefia intermediária, direção superior;

b) pesquisas, estudos, análise, interpretação, planejamento, implantação, coordenação e controle dos trabalhos nos campos da Administração, como administração e seleção de pessoal, organização e métodos, orçamentos, administração de material, administração financeira, administração mercadológica, administração de produção, relações industriais, bem como outros campos em que esses se desdobrem ou aos quais sejam conexos.”

Infere-se, do objeto social em confronto com a redação do artigo 2.º Lei n.º 4.769/65, que a atividade básica ou preponderante da sociedade - “serviços de operação e fornecimento de equipamentos para transporte e elevação de cargas e pessoas para uso em obras” - não se enquadra nas hipóteses legais de exigibilidade de registro no CRA. (...)

9. Diante de tais ponderações, forçoso concluir que, para se exigir de qualquer empresa o registro no Conselho correspondente, deve-se ter em conta a sua atividade básica ou a atividade pela qual as empresas prestem serviços a terceiros. Ou seja, o critério que define

a obrigatoriedade de registro de empresas nos conselhos de fiscalização orienta-se pela persecução da atividade preponderante, ou pela natureza dos serviços que a mesma presta a terceiros. (f. 63-66, e-STJ)

Portanto, o Tribunal *a quo*, ao decidir que a empresa não está obrigada a se registrar no CRA/RJ, em razão de sua atividade básica não se enquadrar nas hipóteses que exigem tal registro, levou em consideração o suporte fático-probatório dos autos.

Assim, tal decisão não pode ser revista pelo Superior Tribunal de Justiça, ante a vedação de sua Súmula nº 7/STJ.

Entre os precedentes, destaco:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO EM CONSELHO REGIONAL. ATIVIDADE PREPONDERANTE DA EMPRESA. DESCABIMENTO DE REGISTRO NO CONSELHO PROFISSIONAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE NA SÚMULA Nº 7/STJ.

1. O critério legal de obrigatoriedade de registro nos conselhos profissionais é determinado pela atividade preponderante da empresa. Precedentes.

2. O Tribunal Regional, após a análise das circunstâncias fático-probatória da causa, concluiu que as atividades descritas no contrato social da empresa ora agravada não se enquadram às atribuições relacionadas aos profissionais de engenharia, arquitetura e agronomia. A alteração de tais premissas, como pretende a parte recorrente, baseadas em pressuposto exclusivamente fáticos e probatórios, não pode ocorrer em sede de recurso especial, por esbarrar no óbice contido na Súmula nº 7 do STJ. 3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 202.218/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma,

DJe de 17/10/2012)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. *HOLDING*. REGISTRO. PRETENSÃO RECURSAL. SÚMULA 7/STJ. 1. O critério legal para a obrigatoriedade de registro perante os conselhos profissionais, bem como para a contratação de profissional de qualificação específica, é determinado pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados pela empresa.

2. O fato de a empresa ser uma *holding* porque é constituída exclusivamente pelo capital de suas coligadas não torna obrigatório seu terceiros.

3. A pretensão recursal de infirmar a conclusão a que chegou o acórdão recorrido que, apoiado nas provas dos autos, afirma que a empresa exerce atividade de administração a terceiros, demandaria a incursão na seara fática, o que é vedado na via especial, a teor da Súmula nº 7 desta Corte.

4. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1214581/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 03/02/2011).

Ante o exposto, conheço parcialmente do Recurso Especial e nessa parte nego-lhe provimento.

É como voto.

**HABEAS CORPUS Nº 371.302 - RJ
(2016/0243126-6)**

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA. FUNDA-

MENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justifica a concessão da ordem, de ofício.

2. A teor do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Levando-se em conta as penas máxima e mínima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos), não se mostra desproporcional o aumento da reprimenda inicial em um ano acima do mínimo legal com fundamento na diversidade e na quantidade de droga apreendida (1 tablete de maconha e 132 sacos plásticos de cocaína), sobretudo quando tais circunstâncias foram legalmente elencadas como preponderantes.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de *Habeas Corpus* nº 371.302 - RJ (2016/0243126-6) em que é Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e Impetrado o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sendo Paciente Greice Kelly Pereira de Souza, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimida-

de, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros JOEL ILAN PACIORNIK, FELIX FISCHER, JORGE MUSSI e REYNALDO SOARES DA FONSECA votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de março de 2017 (data do julgamento).

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator): Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de Greice Kelly Pereira de Souza, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 200 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, tendo sido substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Neste *writ*, a impetrante alega manifesto constrangimento ilegal na dosimetria da pena, sob o argumento de que a natureza e a quantidade de droga estão, rigorosamente, dentro dos padrões comuns de apreensões nestas circunstâncias, motivo pelo qual não constituem fundamento idôneo para elevar a pena-base.

Requer, assim, o redimensionamento da pena-base ao mínimo legal.

Liminar indeferida (e-STJ, f. 56).

Informações prestadas (e-STJ, f. 48).

O Ministério Público Federal opinou pelo

não conhecimento da ordem (e-STJ, f. 53-57).

É o relatório.

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justifica a concessão da ordem, de ofício.

2. A teor do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Levando-se em conta as penas máxima e mínima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos), não se mostra desproporcional o aumento da reprimenda inicial em um ano acima do mínimo legal com fundamento na diversidade e na quantidade de droga apreendida (1 tablete de maconha e 132 sacos plásticos de cocaína), sobretudo quando tais circunstâncias foram legalmente elencadas como preponderantes.

4. Habeas corpus não conhecido.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator): Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Tribunal de origem, ao prover em parte o recurso da defesa, readequou a pena da paciente, nos seguintes termos:

Analisando a Folha de Antecedentes Criminais (doc. 000092) constata-se que não há condenações com trânsito em julgado contra a apelante. Entretanto, o douto magistrado considerou a quantidade e variedade de entorpecente apreendido e majorou a pena-base de acordo com o artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

Sobre a natureza e quantidade da substância ou do produto, eis o que elucida RICARDO BRASILEIRO DE LIMA, na obra citada, p. 820:

“Como se trata de crime contra a saúde pública, quanto mais nociva a substância ou quanto maior a quantidade de droga apreendida, maior será o juízo de censura a recair sobre a conduta delituosa. De fato, não se pode equiparar a conduta daquele indivíduo que é flagrado trazendo consigo um quilograma de maconha com a daquele que é preso com um quilograma de cocaína, já que esta droga tem um caráter viciante de destrutivo bem mais ele-

vado que aquela.”

[...] Destarte, considerando-se a quantidade e variedade da droga apreendida: 31,7 (trinta e um gramas e sete decigramas) de maconha, distribuída em 01 (um) tablete retangular, ostentando etiqueta adesiva com as inscrições “criptonita do Acari maconha de (R\$ 30,00)” e em 04 (quatro) pequenos sacos de plástico incolor, ostentando etiquetas adesivas com as inscrições “tcp racha coco do Acari (RS 10,00); e 241,3g (duzentos e quarenta e um gramas e três decigramas) de cocaína, distribuído em 132 (cento e trinta e dois) pequenos sacos de plástico incolor, ostentando etiquetas adesivas com as inscrições “tcp 100% prazer mulher do Brabo R\$ (20,00)”, a pena-base deve ser majorada.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento neste sentido: (O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento neste sentido: HC nº 29829/SP, 6ª Turma, Rei. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Data do Julgamento: 21/08/2014; RHC 50494/RS, 5ª Turma, Min. JORGE MUSSI, Data do Julgamento: 09/09/2014).

Assim, razoável e proporcional a majoração, mantém-se, pois, a pena-base fixada em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias -multa. (e-STJ, f. 43-44).

Primeiramente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

A teor do disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante

ilegalidade no *quantum* aplicado.

No caso, da leitura do excerto, verifica-se que o Tribunal de origem fixou, motivadamente, a pena-base em um ano de reclusão acima do mínimo legal, considerando como desfavorável a quantidade e a variedade da droga apreendida, nos exatos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

Desse modo, uma vez apresentados elementos idôneos para a majoração da reprimenda, inclusive elencados legalmente como preponderantes, e levando-se em conta as penas máxima e mínima abstratamente cominadas ao delitos (5 a 15 anos), não se mostra desproporcional o quantum de aumento, a fim de autorizar a intervenção excepcional desta Corte.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS (149 PEDRAS DE CRACK E UMA PORÇÃO DE MACONHA). ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. CONSTRAINGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A quantidade e/ou natureza de drogas apreendidas constituem elementos idôneos para justificar a imposição de regime mais gravoso, de acordo com o disposto no art. 42 da Lei de Drogas e no art. 33, § 3º, do CP.

In casu, não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão, a motivação concreta para estabelecer o regime fechado é extraída dos autos, qual seja, a quantidade e natureza das drogas apreendidas (149 pedras

de *crack* e uma porção de maconha), que evidenciam a maior ousadia e periculosidade do paciente, correta a aplicação do regime mais gravoso, o fechado na hipótese, exatamente em conformidade com o disposto no art. 33, § 3º, do CP e 42 da Lei nº 11.343/06.

Habeas corpus não conhecido.

(HC nº 374.807/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 22/11/2016, DJe de 30/11/2016).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. O acórdão recorrido se firmou em fundamentos suficientes e idôneos para exasperar a pena-base, salientando dados concretos e pertinentes para cada vetorial valorada negativamente, tais como a natureza e a quantidade da droga (mais de 300kg de maconha e mais de 1kg de cocaína) e o fato do delito ter sido cometido durante livramento condicional, fixa -do-a em 8 (oito) anos e 9 (nove) meses, além do pagamento de 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias-multa.

2. Exasperação da pena-base efetuada dentro do critério da discricionariedade vinculada do magistrado, o que revela a sua idoneidade e a consequente desnecessidade de qualquer reparo.

3. De acordo com o art. 42 da Lei nº 11.343/2006, na fixação da pena, o julgador deve valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da droga.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 960.379/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 14/02/2017, DJe de 21/02/2017).

Ante o exposto, não conheço do *ha-*

beas corpus.

É o voto.

**HABEAS CORPUS Nº 375.108 - RJ
(2016/0273130-5)**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RECEPÇÃO. CORRUPÇÃO DE MENORES. RESISTÊNCIA. CONCURSO DE CRIMES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A APLICAÇÃO DO CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO ENTRE OS DELITOS DOS ARTS. 180 DO CÓDIGO PENAL E 244-B DA LEI Nº 8.069/90. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS NÃO DEMONSTRADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Caracteriza-se o concurso formal perfeito quando o agente comete duas ou mais infrações penais mediante uma só ação ou omissão. Por sua vez, incide o concurso formal imperfeito quando, através de uma única conduta dolosa, os delitos concorrentes resultam de desígnios autônomos.

III - *In casu*, não havendo fundamentação apta a demonstrar a ocorrência de desígnios autônomos entre os crimes de recepção e corrupção de menores, cabível a

incidência do concurso formal perfeito, caso em que se aplica a pena mais grave aumentada de 1/6 (um sexto) até 1/2 (metade), por expressa disposição legal (art. 70, primeira parte, do Código Penal).

***Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, cassando o v. acórdão atacado, restabelecer a r. sentença de primeiro grau, reconhecendo a existência de concurso formal próprio entre os delitos de receptação e corrupção de menores.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de *Habeas Corpus* nº 375.108 - RJ (2016/0273130-5), em que é Impetrante Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e Impetrado Tribunal de Justiça do Estado do Rio de JANEIRO, sendo Paciente Vinícius Rodrigues da Cruz, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *Habeas Corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros JORGE MUSSI, REYNALDO SOARES DA FONSECA, RIBEIRO DANTAS e JOEL ILAN PACIORNIK votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de março de 2017 (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em benefício de Vinícius Rodrigues da Cruz, contra v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática dos delitos descritos nos arts. 180 do Código Penal e 244-B da Lei nº 8.069/90, na forma do art. 70 do mesmo estatuto penal, e no art. 329, § 1º, na forma do art. 69, ambos do Código Penal, às penas de 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão, mais 15 (quinze) dias-multa, tendo sido fixado o regime inicialmente fechado para cumprimento da reprimenda.

Irresignado, o Ministério Público estadual recorreu perante o eg. Tribunal de Justiça de origem, insurgindo-se contra o reconhecimento do concurso formal entre os delitos de receptação e corrupção de menores, tendo a eg. Corte estadual dado provimento ao apelo, nos termos de v. acórdão assim ementado:

“APELAÇÃO. Art. 180 do CP e art. 244-B da Lei nº 8.069/90 n/f art. 70 do CP e art. 329, §1º, n/f art. 69 ambos do CP. Pena: 04 anos e 03 meses de reclusão e 15 dias-multa. Regime fechado. O apelante, agindo em comunhão de ações e desígnios com o adolescente Rodrigo, recebeu, em proveito próprio, um automóvel, sabendo tratar-se de produto de crime. Após terem sido abordados por policiais militares, ambos desembarcaram do veículo, tendo o apelado efetuado disparos de arma de fogo contra os agentes, evadindo-se do local. O adolescente foi apreendido e encaminhado para a delegacia. O apelado foi localizado e reconhecido pelos policiais quando era atendido no Hospital Estadual Getúlio Vargas. Assiste razão ao MP: Insurge-se o MP contra a parte da sentença que reconheceu o concurso formal entre os delitos de receptação e corrupção de menores. A prova dos autos é contundente e harmônica no sentido de que o apelado, juntamente com o adolescente, recebeu, em proveito próprio, o veículo apreendido, sabendo-se tratar-se de produto de roubo. Verifica-se que não há, nestes autos, elementos que apontem a prévia corrupção do adolescente. Apesar de

restar claro que os dois delitos atingem bens jurídicos distintos (patrimônio e formação do adolescente), neste caso, visualiza-se apenas uma única ação. Cumpre esclarecer, que os delitos de receptação e corrupção de menores são infrações penais de espécies distintas, com proteção a bens jurídicos de natureza diversa, operando-se com desígnios autônomos, quais sejam, o de corromper o menor e o de receber, em proveito próprio ou alheio, bem, ciente de que se trata de um produto de crime. Forçoso é o reconhecimento do concurso formal imperfeito, pois os crimes concorrentes, praticados de forma dolosa, resultam de desígnios autônomos. Passo a dosimetria penal: Quanto ao crime de receptação: Pena definitiva fixada em 1 ano e 6 meses de reclusão e 15 dias-multa. Quanto ao crime de corrupção de menores: Pena definitiva fixada em 1 ano e 6 meses de reclusão. Mediante o reconhecimento do concurso formal imperfeito, fixo a pena em 03 anos de reclusão e 15 dias-multa. Quanto ao crime de resistência: Pena definitiva fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão. Concurso material entre os crimes de receptação, corrupção de menores e resistência. Fixo a pena total em 5 anos e 06 meses de reclusão e 15 dias-multa à razão unitária mínima, nos termos do artigo 49 do Código Penal, mantido o regime fechado. Permanecem inalterados os demais termos da sentença. Voto pelo provimento do recurso ministerial” (f. 37).

Daí o presente *writ*, em que alega a impetrante, em síntese, que, diante da “argumentação do Tribunal estadual, o *decisum* vergastado afrontou, objetivamente, o disposto no artigo 70, primeira parte, do Código Penal, bem como o princípio da fundamentação das decisões judiciais, eis que, reformando a sentença de primeira instância, reconheceu o concurso formal imperfeito entre os crimes de roubo e corrupção de menor, sem demonstrar, através de elementos concretos das provas, a existência de desígnios autônomos na prática dos referidos

crimes, e por isso, revelou-se uma fundamentação arbitrária e ilegal” (f. 6).

Aduz, ademais, que as provas colhidas nos autos demonstram que o paciente, juntamente com o adolescente, recebeu em proveito próprio o veículo apreendido, sabendo-se tratar de produto de roubo. Nesse sentido, afirma que “a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça não exige a comprovação da efetiva e posterior corrupção do menor, se consumando o crime tão somente com a participação do menor na empreitada criminosa, revela-se inviável a aplicação do concurso formal impróprio na hipótese em apreço, tendo em vista que as instâncias ordinárias não indicaram elementos de prova que apontariam para a preexistência de intenção da agente em corromper o adolescente na associação para a empreitada criminosa” (f. 7).

Requer, ao final, o reconhecimento do concurso formal próprio entre os crimes de receptação e corrupção de menores, restabelecendo-se a pena aplicada pelo MM. Juízo de primeiro grau.

Ausente pedido liminar.

As informações foram prestadas a f. 50-52.

O Ministério Público Federal, em parecer de f. 56-60, opinou pelo não conhecimento do *mandamus*, nos termos da seguinte ementa:

“*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO, NOS TERMOS DA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ARTS. 180, DO CP, E 244-B DA LEI Nº 8.069/90, NA FORMA DO ART. 70 DO CP E ART. 329, §1º, NA FORMA DO ART. 69, AMBOS DO CP. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE CONCURSO FORMAL

PRÓPRIO. QUESTÕES CUJA ANÁLISE DEMANDARIA O REEXAME DE FATOS E PROVAS, O QUE É INVIÁVEL NESTA VIA ESTREITA. PELO NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO” (f. 56).

É o relatório.

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RECEPÇÃO. CORRUPÇÃO DE MENORES. RESISTÊNCIA. CONCURSO DE CRIMES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A APLICAÇÃO DO CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO ENTRE OS DELITOS DOS ARTS. 180 DO CÓDIGO PENAL E 244-B DA LEI Nº 8.069/90. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS NÃO DEMONSTRADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Caracteriza-se o concurso formal perfeito quando o agente comete duas ou mais infrações penais mediante uma só ação ou omissão. Por sua vez, incide o concurso formal imperfeito quando, através de uma única conduta dolosa, os delitos concorrentes resultam de desígnios autônomos.

III - *In casu*, não havendo fundamentação apta a demonstrar a ocorrência de desígnios autônomos entre os crimes de receptação e corrupção de menores, cabível a incidência do

concurso formal perfeito, caso em que se aplica a pena mais grave aumentada de 1/6 (um sexto) até 1/2 (metade), por expressa disposição legal (art. 70, primeira parte, do Código Penal).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, cassando o v. acórdão atacado, restabelecer a r. sentença de primeiro grau, reconhecendo a existência de concurso formal próprio entre os delitos de receptação e corrupção de menores.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no *mandamus*. Conforme relatado, busca a defesa o restabelecimento da r. sentença monocrática que reconheceu o concurso formal próprio entre os crimes de receptação e corrupção de menores.

Para melhor delimitar a *quaestio* transcrevo trecho do referido *decisum*, no que interessa à espécie:

“Tendo em vista a ocorrência do concurso de crimes (receptação, resistência e corrupção de menores), necessário se faz determinar as espécies de concursos de crimes presentes.

Partindo-se da premissa de que a jurisprudência dos Tribunais Superiores não exige a comprovação da efetiva e posterior corrupção do menor, revela-se inviável a aplicação do concurso formal impróprio ou do concurso

material na hipótese em apreço, uma vez que não há qualquer prova de elementos que apontem para a preexistência de intenção do agente em corromper o adolescente na empreitada criminosa. Esclarecendo, no que tange ao crime de receptação, o crime de corrupção de menores foi praticado em concurso formal, pois a consumação de tais crimes decorreu da prática de um mesmo ato, de uma mesma conduta. É dizer, ao praticar a receptação na companhia do menor, também restou configurado o crime de corrupção de menores. Por outro lado, tais delitos ocorreram em concurso material com o crime de resistência. Isso porque, após a receptação e corrupção do adolescente, o réu praticou o crime de resistência, atirando contra os policiais, para não ser preso em flagrante

É dizer, no que tange ao crime de resistência, este é independente em relação aos crimes anteriores, tratando-se de conduta atribuída somente ao ora acusado. Como salientado pelos policiais militares responsáveis pela perseguição no dia dos fatos, o adolescente se rendeu no momento em que o carro foi cercado pelas viaturas, e somente ao réu pode ser imputada a conduta referente ao crime de resistência, pois ele evitou sua prisão em flagrante naquele momento ao disparar contra os policiais.

Portanto, há concurso formal entre os crimes de receptação e corrupção de menores (uma só conduta alcançou ambos os resultados), delitos os quais foram praticados em concurso material com o crime de resistência (pois o réu, mediante duas ações, praticou mais de dois crimes)” (f. 22-23).

Por sua vez, o entender pela aplicação do concurso formal imperfeito entre os crimes de receptação e corrupção de menores, assim entendeu o eg. Tribunal de origem:

“Insurge-se o MP contra a parte da sentença que reconheceu o concurso formal entre os delitos de receptação e corrupção de menores, sustentando que ‘aquele que, assim como

o apelado, corrompe menor de idade para com ele praticar delito de receptação, age com desígnios autônomos, vindo a praticar crimes distintos, lesionando bens jurídicos diversos, incorrendo, portanto, nas regras do concurso material de crimes.’

Requerendo subsidiariamente o reconhecimento do concurso formal imperfeito, conforme descrito no art. 70, *caput*, 2ª parte, CP.

Analisando os autos, verifica-se que a prova dos autos é contundente e harmônica no sentido de que o apelado, juntamente com o adolescente, recebeu, em proveito próprio, o veículo apreendido, sabendo-se tratar-se de produto de roubo. Note-se que o delito de corrupção de menores possui natureza formal, prescindindo, por isso, de prova da efetiva corrupção da criança ou do adolescente para que se configure, bastando a comprovação da participação do menor na prática do delito imputado.

Neste contexto, verifica-se que não há, nestes autos, elementos que apontem a prévia corrupção do adolescente, sendo constatado somente que o delito de receptação fora cometido na companhia do menor, fato que, por si só, já é suficiente para consumação do delito de corrupção de menores.

Apesar de restar claro que os dois delitos atingem bens jurídicos distintos (patrimônio e formação do adolescente), neste caso, visualiza-se apenas uma única ação, reconhecendo-se o concurso formal.

Observa-se que, para que ocorra concurso formal, o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, o que restou configurado neste caso

Cumpra esclarecer, que os delitos de receptação e corrupção de menores são infrações penais de espécies distintas, com proteção a bens jurídicos de natureza diversa, operando-se com desígnios autônomos, quais sejam, o de corromper o menor e o de receber, em proveito próprio ou alheio, bem, ciente de que se trata de um produto de crime.

Como bem asseverou o I. Procurador de Justiça em seu parecer, doc. 221:

‘Todavia, é inegável que os dois crimes foram praticados com desígnios autônomos, sendo certo que o apelante tinha desígnios diferentes de corromper o menor e de receber, em proveito próprio ou alheio, bem produto de crime.’

Dessa forma, forçoso é o reconhecimento do concurso formal imperfeito, pois os crimes concorrentes, praticados de forma dolosa, resultam de desígnios autônomos” (f. 40-41).

É de se observar que, na espécie, para a condenação do delito de corrupção de menores, foi corretamente utilizado o entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, no sentido de que o crime tipificado no art. 244-B da Lei nº 8.069/90 é formal, ou seja, para a sua caracterização não é necessária a prova da efetiva e posterior corrupção do adolescente, bastando a comprovação da participação do imputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.

Assim, partindo-se dessa premissa, revela-se imprescindível para a aplicação do concurso formal impróprio, a indicação fundamentada de elementos de prova que apontam para a preexistência de intenção do agente em corromper o adolescente na associação para a premeitada criminosa.

Portanto, apenas quando efetivamente demonstrada a existência de desígnios autônomos por parte do agente que pratica o crime corrupção de menores será a hipótese de incidência do concurso formal impróprio, devendo as penas dos dois delitos serem aplicadas cumulativamente (segunda parte do art. 70 do Código Penal).

In casu, ao entender pela aplicação do concurso formal impróprio, o eg. Tribunal de origem apenas declinou que os crimes “resul-

tam de desígnios autônomos” sem elencar, fundamentadamente, os motivos da ocorrência de tal fato.

Nesse sentido, esta Corte Superior de Justiça, em casos análogos, onde se examinam outros delitos patrimoniais, tem entendido que, diante da ausência de fundamentação apta a demonstrar a ocorrência de desígnios autônomos, verificando-se uma só ação para a prática de dois crimes, é de se reconhecer o concurso formal próprio, devendo-se aplicar a mais grave das penas cabíveis aumentada de 1/6 (um sexto) até 1/2 (metade) (primeira parte do art. 70 do Código Penal).

Confiram-se

“CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA. SÚMULA/STJ Nº 443. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA EXASPERAÇÃO SUPERIOR A 1/3. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. SÚMULA/STJ Nº500. CONCURSO FORMAL ENTRE OS DELITOS. OFENSA A DOIS BENS JURÍDICOS DISTINTOS. IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SÚMULA Nº440/STJ. DETRAÇÃO DE REGIME. QUESTÃO NÃO ANALISADA. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *WRIT* NÃO CONHECIDO E *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

4. Nos moldes da Súmula/STJ nº 500, ‘a configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal’.

5. Nos termos do reconhecido no acórdão impugnado, por ter o agente, mediante uma só ação, ofendido dois bens jurídicos diversos,

deve ser reconhecido o concurso formal, conforme a dicção do art. 70 do Estatuto Repressor.

[...]

11. *Habeas corpus* não conhecido e ordem concedida de ofício, a fim de determinar que o Juízo das execuções proceda à nova dosimetria da pena, ficando afastada a motivação utilizada para incremento da pena em 3/8 na segunda etapa do critério trifásico, bem como aquela adotada para fixação do regime fechado, devendo, ainda, ser avaliada a possibilidade de aplicação do instituto da detração de regime, permitindo que o paciente aguarde tal desfecho em regime semiaberto, salve se, por outro motivo, não estiver custodiado em meio mais severo” (HC n. 365.331/SP, Quinta Turma, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, DJe de 9/11/2016)

“PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CORRUPÇÃO DE MENORES (ARTIGO 1º DA REVOGADA LEI Nº 2.252/54, ATUAL ARTIGO 244-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). DOCUMENTO HÁBIL PARA COMPROVAR A MENORIDADE. EXISTÊNCIA. SÚMULA Nº 74/STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A APLICAÇÃO DO CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS NÃO DEMONSTRADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

3. O documento hábil ao qual a Súmula n.º 74/STJ faz referência não se restringe à certidão de nascimento, como defende a impetração. Outros documentos, dotados de fé pública e, portanto, igualmente hábeis para comprovar a menoridade, também podem atestar a referida situação jurídica, como, por exemplo, a identificação realizada pela polícia civil

4. Como de sabença, o concurso formal perfeito caracteriza-se quando o agente pratica duas ou mais infrações penais mediante uma única ação ou omissão; já o concurso formal imperfeito evidencia-se quando a conduta única (ação ou omissão) é dolosa e os delitos concorrentes resultam de desígnios autônomos. Ou seja, a distinção fundamental entre os dois tipos de concurso formal varia de acordo com o elemento subjetivo que animou o agente ao iniciar a sua conduta.

5. Assim, verificada a ocorrência de concurso formal entre o crime de roubo e de corrupção de menores, as penas referentes aos dois delitos serão aplicadas cumulativamente somente quando demonstrada a existência de desígnios autônomos por parte do agente. Caso contrário, é de ser aplicada a mais grave das penas cabíveis aumentada de 1/6 (um sexto) até 1/2 (metade), por expressa disposição legal (Art. 70, primeira parte, do Código Penal).

6. Tendo em vista que as instâncias ordinárias não indicaram se os crimes concorrentes resultaram de desígnios autônomos, inviável a aplicação do concurso formal impróprio na hipótese em apreço.

7. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, para reconhecer o concurso formal próprio, reduzindo a pena imposta ao paciente “ (HC n. 134.640/DF, Sexta Turma, Rel.ª Min. ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA – Desembargadora convocada do TJPE, DJe de 13/09/2013).

“*HABEAS CORPUS*. PENAL. CRIMES DE ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE ANOTAÇÕES DE ATOS INFRACIONAIS. ILEGALIDADE. FIXAÇÃO DAS PENAS-BASE DOS CRIMES NO MÍNIMO LEGAL. PREPONDERÂNCIA DA MENORIDADE RELATIVA. TESE PREJUDICADA PELA INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 231/STJ. CONCURSO FORMAL PRÓ-

PRIORIDADE. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. READEQUAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO TRAZIDO PELO § 2.º DO ART. 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM REDAÇÃO DETERMINADA PELA LEI N.º 12.736/12. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO RESTANTE, CONCEDIDO.

1. ‘Atos infracionais não podem ser considerados como personalidade desajustada ou voltada para a criminalidade para fins de exasperação da pena-base’ (HC n.º 190.569/DF, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 12/09/2012).

2. Prejudicada a questão referente à preponderância da menoridade, em razão da incidência da Súmula n.º 231 desta Corte, segundo a qual ‘[a] incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal’. Verbete reafirmado no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n.º 1.117.073/PR.

3. ‘Partindo-se da premissa de que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça não exige a comprovação da efetiva e posterior corrupção do menor, revela-se inviável a aplicação do concurso formal impróprio na hipótese em apreço, tendo em vista que as instâncias ordinárias não indicaram elementos de prova que apontariam para a preexistência de intenção da agente em corromper a adolescente na associação para a empreitada criminosa.’ (HC n.º 179.360/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 03/05/2012).

4. Fixada a pena-base do Paciente no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. O estabelecimento do novo regime deve observar os termos do § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 12.736/12, segundo o qual ‘[o] tempo de prisão provisória,

de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.’

5. Ordem de *habeas corpus* parcialmente prejudicada e, no restante, concedida para, mantida a condenação, reformar a dosimetria da pena, reduzindo-se as sanções dos delitos de roubo majorado e corrupção de menores, com reconhecimento do concurso formal próprio entre os crimes e fixação da reprimenda total em 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, mais o pagamento de 23 dias-multa, determinando o Juízo das Execuções Penais que fixe o regime inicial de cumprimento de pena, nos moldes do art. 387, § 2.º, do Código de Processo Penal “ (HC n.º 185.452/RJ, Quinta Turma, Rel.ª Min. LAURITA VAZ, DJe de 28/02/2013).

“*HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. ABSOLVIÇÃO. ATIPICIDADE. CRIME FORMAL. PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO MENOR. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *WRIT*. ORDEM DENEGADA.

1. A alegada inocência do paciente, a ensejar a pretendida absolvição, é questão que demanda aprofundada análise de provas, o que é vedado na via estreita do remédio constitucional, que possui rito célere e desprovido de dilação probatória.

2. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo, então, na angusta via do *writ* o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente.

3. O entendimento firmado por esta Corte

de Justiça é no sentido de que o crime tipificado no art. 1º da Lei nº 2.252/54 é formal, ou seja, para a sua caracterização não é necessária a prova da efetiva e posterior corrupção do menor, bastando a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos (Precedentes STJ).

ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A APLICAÇÃO DO CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS NÃO DEMONSTRADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Partindo-se da premissa de que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça não exige a comprovação da efetiva e posterior corrupção do menor, revela-se inviável a aplicação do concurso formal impróprio na hipótese em apreço, tendo em vista que as instâncias ordinárias não indicaram elementos de prova que apontariam para a preexistência de intenção da agente em corromper a adolescente na associação para a empreitada criminosa.

Dosimetria da pena. personalidade voltada à prática de delitos. negatividade justificada. ilegalidade não verificada

[...]” (HC nº 179.360/DF, Quinta Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 3/5/2012).

Portanto, como o v. acórdão ora atacado não logrou demonstrar fundamentadamente a ocorrência de desígnios autônomos entre os delitos em questão, apenas limitou-se a registrar que eles existiram e por tal motivo seria o caso de configuração do concurso formal impróprio, imperioso o restabelecimento da r. sentença nesse ponto, com a consequente dosimetria da pena ali estabelecida.

Ante o exposto, não conheço do habeas corpus. Contudo, concedo a ordem de ofício para, cassando o v. acórdão atacado, restabelecer a r. sentença de primeiro grau, reconhecendo a existência de concurso formal próprio entre os delitos de receptação e corrupção de menores.

É o voto.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO

Direito humano fundamental, e essencial ao exercício dos demais direitos, a educação, de acordo com a UNESCO, consiste em um amplo processo de socialização do ensino e da aprendizagem de saberes e valores culturais, para além do ambiente da escola. Desse modo, a ação de educar se dá formalmente, por intermédio de instituições oficiais - a escola, por exemplo -, e, de modo informal, nas atividades quotidianas, nos círculos sociais e afetivos diversos. No Brasil, a atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996) harmoniza-se com o conceito internacionalizado, ao formular que a “educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”.¹

Efetivar o exercício do direito à educação é um dever do Estado e tem por objetivo o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, configurando-se um direito fundamental e social, na forma dos artigos 6º, 205 e 227 da CRFB/88.²

Elencada entre os direitos e garantias fundamentais, a educação deve ser prioridade de todos os entes federados, imputando-os, nos limites de suas respectivas competências, a garantirem ao educando os meios de acesso ao ensino público de qualidade. Assim, dispõe o art. 211 da CF/88 que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão, em regime de colaboração, seus sistemas de ensino, assegurando o ensino obrigatório.

Caso o Poder Público, exercido, por exemplo, pelo Poder Executivo, não cumpra com a sua obrigação, poderá o interessado acionar o Poder Judiciário, visando à respectiva responsabilização. Daí o surgimento da judicialização da educação, que ocorre quando aspectos relacionados ao direito à educação passam a ser objeto de análise e julgamento pelo Poder Judiciário. Essa responsabilização, com a intervenção do Poder Judiciário, consolida o processo de judicialização da educação, o que não implica ofensa ao princípio da separação dos poderes, quando se evidencia a violação dos direitos sociais.

¹ Cf. art. 1º da LDB.

² **Art. 6º:** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

(...)

Art. 205: A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho

(...)

Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Inúmeros questionamentos dirigidos ao campo da educação são levados ao Poder Judiciário diariamente, como, por exemplo, sobre o fornecimento e a qualidade da merenda escolar, o transporte escolar, a carência de professores, o atendimento educacional especializado ao aluno com deficiência, vagas em creche e pré-escola, matérias completas no currículo escolar dos menores, as políticas de ação afirmativa, entre outros

De acordo com a lição do Desembargador JESSÉ TORRES, ao discorrer acerca dos fundamentos da intervenção judicial no controle das políticas públicas, nas páginas da *Revista Jurídica do PJerj*, em 2012: a) a intervenção judicial não ofende o Princípio da Separação dos Poderes, na medida em que se dá para acudir a situações excepcionais, nas quais, sob xeque, se encontra a dignidade da pessoa humana; (b) a reserva do possível - cunhada pela experiência da corte constitucional alemã com o fim de afastar das obrigações estatais a prestação de supérfluos - subordina-se ao mínimo existencial, cujo núcleo irredutível é integrado pelos direitos sociais fundamentais inscritos na Constituição, e que, por isso mesmo, gera obrigações de fazer irrecusáveis pelos administradores públicos; (c) o princípio da proibição do retrocesso impede reduções ou supressões, pelo Estado, de direitos sociais já consagrados na ordem constitucional; (d) se materialmente inatendível a obrigação original, posta na Constituição, o art. 461 do CPC autoriza o juiz a determinar medidas que garantam resultado prático equivalente, incluindo a conversão em perdas e danos, se for o caso; (e) configura-se como dano indenizável, inserido na responsabilidade objetiva do Estado (CR/88, art. 37, § 6º), aquele a que deu causa o descumprimento de obrigação de fazer pelo ente público.³

O direito fundamental à educação também mereceu tratamento de outros textos legislativos. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação define e regulariza a organização da educação brasileira. É por meio da LDB que encontramos os princípios gerais da educação, bem como as finalidades, os recursos financeiros, a formação e as diretrizes para a carreira dos profissionais da educação. Além disso, é uma lei que se renova a cada período, cabendo à Câmara dos Deputados atualizá-la, conforme o contexto em que se encontra a nossa sociedade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) dispõe, em seu art. 53, que a criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e para a qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes, entre outros direitos, o de igualdade de condições ao acesso e permanência na escola, o direito de organização e participação em entidades estudantis, e o de acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência. O mesmo artigo do Estatuto assegura, ainda, o direito dos pais de participar da definição das propostas educacionais. Já o seu art. 54 determina, como dever do Estado, assegurar à criança e ao adolescente o ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; a progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; a oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador; o atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à

3 Ver em *Revista Jurídica* nº 3, ano de 2012.

saúde, entre outros direitos.

A Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, é a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.⁴

O art. 28, § 1º, dessa Lei, estabelece a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção das pessoas com deficiência no ensino regular e prover as medidas de adaptação necessárias, sem que o ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas

Este tema deu origem à ADI 5.357, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen), para questionar a constitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 28, e *caput* do artigo 30 da Lei nº 13.146/2015. Segundo a entidade, as normas representam violação de diversos dispositivos constitucionais, entre eles o artigo 208, inciso III, que prevê como dever do Estado o atendimento educacional aos deficientes. A Confenen alega, ainda, que os dispositivos estabelecem medidas de alto custo para as escolas privadas, o que levaria ao encerramento das atividades de muitas delas.

Nos termos do voto do Min. Relator EDSON FACHIN, assentou-se que a Lei nº 13.146/2015 sinaliza assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição, ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação apresenta, e que são densificadas em seu Capítulo IV. À luz da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e da Constituição da República, somente com o convívio com a diferença, e com o seu necessário acolhimento, é que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV, CRFB).⁵

De acordo com o Desembargador desta Corte de Justiça, LÚCIO DURANTE, “(...) a educação é direito fundamental social tratado pela CRFB/88, por conta de sua inexorabilidade para a consecução dos objetivos fundamentais da República, que abrange a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, busca o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e marginalização, bem

4 Art. 8º : É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

5 Ver em Notícias STF, 9 de junho de 2016, “Escolas particulares devem cumprir obrigações do Estatuto da Pessoa com Deficiência”.

como colima a redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, I, II e III, da CRFB/88)”.⁶

Ademais, segundo a Desembargadora NORMA SUELY FONSECA QUINTES, da Oitava Câmara Cível do TJRJ, “(...) a demanda das crianças na idade escolar é superior à oferta de vagas, devendo o ente público adotar políticas mais eficientes para a inserção de menores nas escolas e creches, destinando verbas para a construção de mais unidades, principalmente quando se trata de crianças cujos pais necessitam trabalhar para o sustento da família”.⁷

Finalizando, ressalta-se que nossa Constituição é justa, porque não se pode falar em transformação sem valorizar a educação. No entanto, como bem dispõe o art. 205 da Carta, a efetivação do direito à educação não deve ser somente atribuída ao Estado, mas promovida em conjunto com a família e a sociedade.

Por último, segundo CARLOS ROBERTO JAMIL CURY e LUIZ ANTONIO MIGUEL FERREIRA, “pode-se afirmar que a judicialização da educação representa a busca de mais e melhores instrumentos de defesa de direitos juridicamente protegidos. Essa proteção judicial avança na consolidação desse direito da criança e do adolescente e significa a exigência da obrigatoriedade da transformação do legal no real”.⁸

A seguir, seleção de julgados pertinentes ao tema:

6 Apelação Cível nº 0496983-03.2014.8.19.0001, na íntegra nesta Seção.

7 Agravo de Instrumento nº 0054800-51.2015.8.19.0000, na íntegra nesta Seção.

8 CURY, Carlos Roberto Jamil e FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. “A Judicialização da Educação”. Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, pp. 32-45, abr./jun. 2009.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À EDUCAÇÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO SOCIAL. CARÊNCIA DE PROFESSORES. INÉRCIA OU CONDOTA OMISSIVA INJUSTIFICADA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NÃO DEMONSTRADO. SENTENÇA MANTIDA.

Direito Constitucional e Administrativo – Ação Civil Pública – Educação – Carência de professores no Colégio Estadual Prefeito Mendes de Moraes. Sentença de improcedência fundada na ausência de inércia ou omissão injustificada da administração pública estadual em relação à educação na rede estadual.

A educação está prevista na Constituição Federal como um direito social de todos os indivíduos, constituindo dever do Estado e da família, com a colaboração da sociedade, promovê-la e incentivá-la, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho – Artigos 6º, 205 e 227 da Carta Magna – Artigos 4º, 53 e seguintes da Lei nº 8.069/90 – Artigos 4º, inciso IX e 10 da Lei nº 9.394/1996 – Estando elencada dentre os direitos e garantias fundamentais, indubitavelmente, a educação deve ser prioridade de todos os entes federados, União, Estados e Municípios, obrigando todos, nos limites de suas respectivas competências, a garantirem ao educando os meios de acesso ao ensino público de qualidade.

Ao Judiciário é defesa a formulação de políticas públicas, fora de sua esfera de atuação, considerando sua autonomia funcional, que constituam matéria sob reserva de governo ou impliquem atos funcionalmente políticos, sendo admitido acerto pela via judicial tão somente em caso de negação de direito coletivo – Precedentes do C. Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Na hipótese, compulsando o vasto conjunto probatório, não se vislumbra inércia

ou conduta omissiva injustificada da administração pública a justifica a intervenção do judiciário – Edilidade que vem adotando uma série de medidas no intuito de erradicar o problema, como convocar candidatos a contratação temporária e aqueles aprovados nos concursos vigentes para a Regional Metropolitana III, promover novo concurso público e oferecer a gratificação denominada Gratificação de Lotação Prioritária (GLP).

Não há dúvida de que o problema da carência de professores é grave, envolvendo toda a rede escolar do país, e não apenas a instituição de ensino objeto da presente lide, motivo pelo qual deve ser dirimido através do desenvolvimento de política que englobe todo o ensino público, restando inviável a questão ser resolvida pontualmente como pretende o autor – Manutenção da Sentença – Desprovimento da Apelação.

Relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0261900.07.2014.8.19.0001 oriundos da Central de Assessoramento Fazendário da Comarca da Capital, em que é Apelante o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e é Apelado Estado do Rio de Janeiro.

Acordam os Desembargadores que compõem a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de seus votos, em negar provimento à apelação.

Trata-se de apelação, em f. 1160/1180 (item 1160), interposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, alvejando a sentença em f. 1114/1118 (item 1114), que, nos autos da Ação Civil Pública proposta pelo apelante em face do Estado do Rio de Janeiro, objetivando compelir o réu a suprir a carência de professores em todas as turmas do Colégio Estadual Prefeito Mendes de Moraes, convocando os candidatos aprovados em concurso,

julgou improcedentes os pedidos, revogando a decisão que antecipou os efeitos da tutela.

Embargos de Declaração opostos pelo autor em f. 1135/1147 (item 1135), desprovidos na forma da decisão de f. 1150/1151 (item 1150).

Pugna o apelante pela reforma da sentença, alegando, em síntese, que as providências administrativas empreendidas pelo poder público não foram suficientes e/ou eficazes para sanar totalmente o problema da carência de professores na unidade escolar em questão, gerando prejuízos irreparáveis a um sem número de alunos; que quando foi proposta a ação já existiam candidatos aprovados em concursos para as disciplinas que apresentavam carência e o Estado ainda não os havia convocado até então; que a alegação de que a carga horária diminuta não justifica a contratação ou convocação de professor não se sustenta, pois compete ao Estado pensar em como completar a carga horária do professor; que a educação foi reconhecida como um direito fundamental e indisponível, suficiente para obrigar a diligência do Estado a propiciar meios que viabilizem seu exercício, afastando qualquer premissa de ofensa ao princípio da separação dos poderes; que a Constituição assegura prioridade orçamentária para o atendimento das necessidades resultantes do ensino obrigatório.

Contrarrazões em f. 1190/1205 (item 1190).

Parecer da Procuradoria de Justiça, em f. 1214/1224 (item 1214), pelo conhecimento e provimento da apelação, para reformar a sentença de primeiro grau, julgando-se procedentes os pedidos.

Relatados, decido.

Cuida-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de

Janeiro em face do Estado do Rio de Janeiro, pretendendo compelir o réu a viabilizar a adequada prestação do serviço educacional no Colégio Estadual Prefeito Mendes de Moraes, sob pena de multa diária no valor de R\$10.000,00 a ser corrigida monetariamente até a data do efetivo pagamento, em caso de descumprimento da obrigação; a adotar todas as medidas administrativas necessárias para suprir a carência (real e temporária) no quadro de professores, em todas as turmas e séries, oferecidas na referida unidade de ensino, incluindo a convocação dos candidatos aprovados na Coordenadoria Regional Metropolitana III - METRO III, ainda não convocados, nas disciplinas onde há carência real; bem como a providenciar a completa reposição das aulas perdidas relativas ao ano em que for proferida ou executada a Sentença, através de cronograma que atenda às necessidades dos alunos.

Narra o autor que em 2013 foi recebida denúncia relatando diversas irregularidades ocorridas no âmbito do Colégio Estadual Prefeito Mendes de Moraes, dentre elas o *deficit* de professores.

Sustenta que a Coordenadoria de Seleção e Controle de Pessoas da Secretaria do Estado de Educação – SEEDUC apresentou em novembro de 2013 e maio e julho de 2014 um quadro de carências referente ao colégio em questão, sendo constatada a falta de professores em matérias de cunho obrigatório, de acordo com as Diretrizes Curriculares Nacionais para o Ensino Médio, e com a grade curricular do ensino estadual.

Alega que as “medidas administrativas” adotadas pela SEEDUC desde 2013 não foram suficientes ou eficazes para sanar tal problema crônico, gerando prejuízos irreparáveis a um sem número de alunos da unidade escolar.

Ressalta ser inadmissível que a SEEDUC tenha se mantido inerte, deixando de realizar as

contratações temporárias necessárias mesmo antes de ser declarada a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 4.599/05 pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, esclarece que causa enorme estranheza o fato da carência real de determinadas disciplinas persistir mesmo havendo candidatos aprovados, ainda não convocados, nos concursos vigentes da SEEDUC para a Coordenadoria Regional Metropolitana III - “METRO III” em questão.

A sentença julgou improcedentes os pedidos fundada na ausência de inércia ou omissão injustificada da administração pública estadual em relação à educação no Estado do Rio de Janeiro, não cabendo ao Poder Judiciário substituir-se ao administrador público na solução dos problemas narrados, para os quais estão sendo tomadas providências no âmbito administrativo.

Como cediço, a educação está prevista na Constituição Federal como um direito social de todos os indivíduos, consoante o disposto no artigo 6º, constituindo dever do Estado e da família, com a colaboração da sociedade, promovê-la e incentivá-la, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, nos termos dos artigos 205 e 227 da Carta Magna.

As sobreditas disposições constitucionais foram ratificadas na legislação infraconstitucional, especificamente nos artigos 4º, 53 e seguintes da Lei nº 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outrossim, a Lei nº 9.394/1996 que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, prevê especificamente no inciso IX do artigo 4º que:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a ga-

rantia de: (...)

IX - padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem.”

Logo, estando elencada dentre os direitos e garantias fundamentais, indubitavelmente, a educação deve ser prioridade de todos os entes federados, União, Estados e Municípios, obrigando todos, nos limites de suas respectivas competências, a garantirem ao educando os meios de acesso ao ensino público de qualidade.

Ao Judiciário é defeso a formulação de políticas públicas fora de sua esfera de atuação, considerando a autonomia financeira, que constituam matéria sob reserva de governo ou impliquem atos funcionalmente políticos, sendo admitido acerto pela via judicial tão somente em caso de negação de direito coletivo.

Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFENSORIA PÚBLICA. AMPLIAÇÃO DA ATUAÇÃO. OMISSÃO DO ESTADO QUE FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. OFENSA NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 22/10/2007. Emerge do acórdão que ensejou o manejo do recurso extraordinário que o Tribunal *a quo* manteve a sentença que condenou o Estado a designar um defensor público para prestar serviços de assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes da Comarca de Demerval Lobão consoante os arts. 5º, LXXIV, 127, *caput*, 129, III e IX e 134 da Constituição Federal. No caso de des-

cumprimento da obrigação, fixou multa diária. O acórdão recorrido não divergiu da jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que é lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos Poderes. Precedentes. O exame da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não ofende o princípio da separação dos Poderes. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.”

(AI 739151 AgR/PI; Relatora Ministra ROSA WEBER; Julgamento 27/05/2014; Órgão Julgador – Primeira Turma)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. SITUAÇÃO DE OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência desta Corte firmada no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para ingressar em juízo com ação civil pública em defesa de interesses individuais indisponíveis, como é o caso do direito à saúde. II - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como, na hipótese em análise, a realização de tratamento médico por paciente destituído de recursos materiais para arcar com o próprio tratamento. Portanto, o usuário dos

serviços de saúde, no caso, possui direito de exigir de um, de alguns ou de todos os entes estatais o cumprimento da referida obrigação. III – Em relação aos limites orçamentários aos quais está vinculada a ora recorrente, salienta-se que o Poder Público, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais. IV - Este Tribunal entende que reconhecer a legitimidade do Poder Judiciário para determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administração pública, não configura violação do princípio da separação dos poderes, haja vista não se tratar de ingerência ilegítima de um poder na esfera de outro. V – Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 820910 AgR/CE; Relator – Ministro RICARDO LEWANDOWSKI; Julgamento – 26/08/14; Órgão Julgador – Segunda Turma)

Na hipótese, verifica-se que o Ministério Público autor instaurou o Inquérito Civil nº 80/2013 acostado aos presentes autos nos itens 18 e 89 do índice virtual, objetivando apurar a qualidade da prestação do serviço educacional no Colégio Estadual Prefeito Mendes de Moraes, constatando-se que no curso do procedimento as irregularidades relacionadas com a infraestrutura da unidade de ensino, o retardo na entrega dos livros didáticos e a inadequação da alimentação fornecida foram sanadas, subsistindo a carência de professores.

Todavia, compulsando o vasto conjunto probatório não se vislumbra inércia ou conduta omissiva injustificada da administração pública a possibilitar a intervenção do judiciário.

Com efeito, não obstante restar incontroversa a carência de professores na unidade de ensino em questão, conforme declarado pela própria Subsecretaria de Gestão de Pessoas da Secretaria de Estado de Educação, em f.

71 (item 18), sendo demonstrada ainda pelos quadros de carências anexados a f. 39, 60, 87 (item 18), depreende-se que a edilidade vem adotando uma série de medidas no intuito de erradicar o problema, como convocar os candidatos a contratação temporária e aqueles aprovados nos concursos vigentes para a Regional Metropolitana III, conforme planilhas de f. 40, 71/73 (item 18) e 89 (item 89) e publicações no Diário Oficial em f. 822/837 (item 822), promover novo concurso público, conforme Edital de f. 1066/1076 (item 1066), e oferecer a gratificação denominada Gratificação de Lotação Prioritária (GLP), conforme documentos de f. 1048/1053 (item 1041).

O próprio Ministério Público não impugna os documentos supracitados e admite que a edilidade vem tomando providências administrativas para solucionar a questão, porém, sustenta que apesar da adoção de tais medidas o problema ainda persiste, f. 77 (item 18).

Contudo, tal argumento não prevalece.

Primeiro porque é público e notório o *deficit* de docentes nas escolas brasileiras, não só na rede pública como no setor privado, em razão de salários pouco atrativos, falta de progressão na carreira e reflexos de problemas sociais dentro da escola.

Segundo porque a demanda de carência é agravada pelos afastamentos dos professores por motivos de aposentadoria, exoneração, falecimento e licenças diversas, o que torna o problema inextinguível.

Logo, não há dúvida de que o problema da carência de professores é grave, envolvendo toda a rede escolar do país, e não apenas a instituição de ensino objeto da presente lide, motivo pelo qual deve ser dirimido através do desenvolvimento de política que englobe todo o ensino público, restando inviável a questão

ser resolvida pontualmente como pretende o autor.

Observa-se que o Ministério Público vem interpondo demandas semelhantes à presente, relacionadas a diferentes escolas públicas, cabendo colacionar os seguintes julgados:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. INEXISTÊNCIA. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. INOBSERVÂNCIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face do Estado do Rio de Janeiro objetivando a adoção de medidas para suprir a carência no quadro de professores e de pessoal administrativo em colégio da rede estadual. Rejeição da preliminar de ausência de interesse recursal sob o fundamento de que suprida, em parte, a carência de educadores, porquanto o alegado suprimento parcial não afasta a necessidade e utilidade da tutela jurisdicional, mormente quando carências são apontadas em outras disciplinas e quanto ao contingente de pessoal administrativo. Consoante cediço incumbe à administração pública criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos, dentre os quais a educação. Sabe-se, ainda, que ao Poder Judiciário não cabe intervir na esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, controlando opções de organização e de prestação de serviços. Possibilidade de interferência do Judiciário na esfera administrativa do Executivo quando se evidencia a violação dos direitos sociais, o que não implica em ofensa ao princípio da separação dos poderes, cuja flexibilização hoje já se admite. Inexistência de omissão administrativa a justificar a intervenção judicial. Comprovação de adoção de medidas administrativas para sanar a carência de pessoal no Colégio Estadual Professora Dilma Madeira Salles de Souza, como

a convocação de concursados, elaboração de novo edital de concurso público e solicitação para contratação temporária. Manutenção da sentença. Recurso desprovido.”

(Apelação Cível nº 0331152-97.2014.8.19.0001; Des. ELISABETE FILIZZOLA; Julgamento 29/07/2015; Segunda Câmara Cível)

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE CARÊNCIA DE PROFESSORES NA UNIDADE DE ENSINO PÚBLICO ANTONIO CARLOS BERNARDES MUSSUM. (CIEP 418) AGRAVO RETIDO. PEDIDO INICIAL QUE SE MOSTRA CERTO E DETERMINADO QUANTO À PRESTAÇÃO ALMEJADA, COMO IMPÕE O ARTIGO 286 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, SÓ SENDO GENÉRICO QUANTO À QUANTIDADE DE AULAS A SEREM REPOSTAS, DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE MENSURAR O QUANTITATIVO FALTANTE ATÉ A PROLAÇÃO DA SENTENÇA, O QUE NÃO IMPLICA INÉPCIA DA INICIAL OU NULIDADE DO JULGADO. DESPROVIMENTO DO RECURSO QUE SE IMPÕE. POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NA ESFERA ADMINISTRATIVA QUANDO SE EVIDENCIA A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, O QUE NÃO IMPLICA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO ADMINISTRATIVA A JUSTIFICAR A INTERVENÇÃO JUDICIAL NO CASO CONCRETO. COMPROVAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS ADMINISTRATIVAS PARA SANAR A CARÊNCIA DE PESSOAL, COM A CONVOCAÇÃO DE CONCURSADOS, ELABORAÇÃO DE NOVO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO, SOLICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA E OFERECIMENTO DE GRATIFICAÇÃO AOS PROFESSORES INTERESSADOS EM MINISTRAR AULAS NA UNIDADE

DE ENSINO. OBSERVÂNCIA PELO ENTE PÚBLICO DA INCUMBÊNCIA A ELE ATRIBUÍDA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E NA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA DESDE TIERJ. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO”

(Apelação Cível nº 0388188-97.2014.8.19.0001; Des. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO; Julgamento 15/12/2015; Quinta Câmara Cível)

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PADRÃO DE QUALIDADE DO ENSINO PÚBLICO. DIREITO SUBJETIVO AO PADRÃO MÍNIMO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. AÇÃO ESTATAL. Ação civil pública proposta pelo Ministério Público a fim de obrigar o Estado do Rio de Janeiro a contratar professores e pessoal administrativo, repor aulas, melhorar o mobiliário e a infraestrutura do Colégio Estadual Vicente Jannuzzi. O padrão mínimo na qualidade do ensino público constitui direito subjetivo assegurado pela Constituição Federal e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação. O Poder Judiciário não interfere na atividade política do Poder Executivo quando impõe à pessoa jurídica de direito público o dever de cumprir a obrigação constitucional e legal. Se a Administração Pública presta serviço dentro do padrão mínimo de qualidade, atende aos comandos normativos, sendo inviável impingir a obrigação de fazer almejada pelo Autor em vista dos comprovados esforços feitos pelo Réu no sentido de resolver as notórias dificuldades com a falta de professores. Quanto à infraestrutura e mobiliário do Colégio, inexistente prova de sua precariedade, e nos termos do artigo 333, I, do Código de Processo Civil, competia ao Autor demonstrar o fato constitutivo do direito alegado. Recurso desprovido.”

(Apelação Cível nº 0190206-75.2014.8.19.0001; Des. HENRIQUE DE ANDRADE FIGUEIRA; Julgamento 15/12/2015;

Quinta Câmara Cível)

Portanto, o réu logrou demonstrar que não esteve omissa aos problemas narrados na exordial, procurando, dentro do possível, agir com o dever de assegurar o direito à educação, imputado pela Constituição Federal nos artigos 205 e 227, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 4, 53 e seguintes, e pela Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, especialmente nos artigos 4 e 10.

Consequentemente, deve ser mantida a sentença de improcedência.

Assim, nega-se provimento à apelação, nos termos do acórdão.

Rio de Janeiro, 19 de abril de 2016.

DES. CAMILO RIBEIRO RULIÈRE
Relator

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESCOLA ESTADUAL. NORMALIZAÇÃO DO SERVIÇO DE PORTARIA. ALEGAÇÃO DE RECURSOS ESCASSOS E VIOLÊNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES. INOCORRÊNCIA. DEVER DO ESTADO. EFETIVAÇÃO DO SERVIÇO ESSENCIAL DE EDUCAÇÃO.

Ação Civil Pública. Condenação do estado, em sede de tutela antecipada, a adotar providências no sentido da normalização dos serviços de portaria nas escolas estaduais de Nova Friburgo. Discussão acerca da legalidade da atuação do administrador em relação ao serviço essencial de educação que, *in casu*, não ofende o princípio da separação dos poderes. Precedentes do STF sobre o tema. Possibilidade de atender à

determinação judicial sem violar as normas orçamentárias e licitatórias, já que não foi estabelecida qualquer forma específica para o restabelecimento do serviço. Multa cominatória que se destina a desestimular o descumprimento do provimento judicial. Redução de valor. Descabimento. Afastamento da penalidade contra o secretário estadual de educação, que não é parte da relação processual, conforme orientação jurisprudencial do STJ. Provimento parcial do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0026311-67.2016.8.19.0000 em que é Agravante o Estado do Rio de Janeiro e Agravada a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Acordam os Desembargadores que compõem a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de seus votos, em dar parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator.

O Estado do Rio de Janeiro interpôs o presente agravo de instrumento contra decisão que, nos autos da Ação Civil Pública lhe move a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, deferiu pedido de tutela antecipada, condenando o agravante a adotar providências no sentido da normalização dos serviços de portaria nas escolas estaduais de Nova Friburgo, garantindo, assim, o regular funcionamento da sua rede pública de ensino infanto-juvenil nesta cidade, fixando o prazo de cinco dias para o cumprimento da obrigação, sob pena de multa pessoal diária de R\$ 2.500,00 contra o Secretário Estadual de Educação do Rio de Janeiro.

Sustentou a agravante, em síntese, que o Poder Judiciário não pode apreciar eventual ocorrência de omissão, sob pena de violação do princípio constitucional da Separação de Poderes, consagrado no artigo 2º da Constitui-

ção Federal. Argumentou que o Estado lida com recursos escassos para atender a demandas sempre crescentes, pelo que é obrigado a fazer escolhas, com autodeterminação; que o estabelecimento de prioridades e metas a serem cumpridas constitui mérito administrativo; e que a alocação dos recursos que ingresam na receita pública é competência própria do Poder Legislativo e do Poder Executivo, por meio do Sistema Orçamentário, que encontra fundamento nos artigos 165 a 169 da Constituição Federal. Salientou que a Constituição Federal define os objetos do plano B 3 plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei do Orçamento, atribuindo competência ao Poder Legislativo para fixar as metas e, ao Poder Executivo, para implementá-las, e que nenhum setor da vida fiscal fica fora do seu alcance, nada podendo ser feito ao largo do seu rigoroso sistema de planejamento-programa, nos termos do artigo 167, I, da Lei Maior. Acrescentou que não é dado ao Poder Judiciário adentrar no fluir da realização orçamentária, fixando metas segundo seu juízo de oportunidade e conveniência; que não se pode gastar mais do que se arrecada, seja por força do princípio da moralidade, seja por força da inserção do princípio da responsabilidade fiscal; que não há previsão legal para a condenação pessoal do Secretário de Estado de Educação ao pagamento de multa pelo descumprimento da obrigação fixada em processo no qual não é parte e sobre a qual não foi intimado pessoalmente; e que o valor arbitrado para a multa diária é excessivo e, assim como o prazo fixado para o cumprimento da obrigação, viola o princípio da razoabilidade. Pediu a atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso e a posterior reforma da decisão agravada.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido pela decisão contida no indexador 000041.

O agravado ofereceu contrarrazões no

indexador 000050.

A Procuradoria de Justiça exarou parecer pelo provimento parcial do recurso (indexador 000057).

O Estado do Rio de Janeiro interpôs agravo interno contra a decisão que indeferiu seu pedido de atribuição de efeito suspensivo (indexador 000072), mas, posteriormente, se manifestou, desistindo do recurso (indexador 000110).

VOTO

Sem razão o agravante no que se refere à alegação de ofensa ao Princípio da Separação de Poderes, prevista no artigo 2º da Constituição Federal.

Isso porque a lide sob exame visa assegurar a manutenção de serviço essencial, relativo à educação, o qual se destina, em geral, a crianças e adolescentes e, nos termos da Lei nº 8.069/90, é dever do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos a elas assegurados.

A partir do momento em que o administrador público invoca a discricionariedade para priorizar gastos supérfluos em detrimento da prestação de serviços de natureza essencial, especialmente diante da alegada escassez de recursos disponíveis, a discussão acerca da legalidade do seu atuar não pode ser suprimida da apreciação do Poder Judiciário, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal em caso análogo:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. REFORMA DE ESCOLA EM ESTADO PRECÁRIO DE CONSERVAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.

INOCORRÊNCIA. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 07/08/2013. 1. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de Poderes. Entender de modo diverso demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo regimental conhecido e não provido. (ARE 886710 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 03/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 18-11-2015 PUBLIC 19-11-2015)

Além disso, ainda que haja risco de lesão grave e de difícil reparação aos cofres públicos, este não pode se sobrepor ao risco de dano inverso aos alunos da rede pública do Município de Nova Friburgo.

Não se sabe ainda se a falta da prestação dos serviços de portaria inviabilizou o prosseguimento das atividades escolares propriamente ditas, mas há indícios da existência de risco à integridade psicofísica dos alunos e funcionários das unidades (indexador 000004

do anexo 1).

No que se refere à suposta impossibilidade de atender à determinação judicial sem violar as normas orçamentárias e licitatórias que vinculam e norteiam a atuação do Administrador, melhor sorte não assiste ao agravante, haja vista que a decisão que deferiu a antecipação da tutela não estabeleceu a forma com que o Estado deveria restabelecer o serviço em discussão, podendo ela ser feita do modo mais conveniente para a Administração, como, por exemplo, a movimentação de servidores.

Por essa mesma razão, não há que falar em falta de razoabilidade do prazo fixado para o cumprimento da obrigação ou do valor da multa cominatória arbitrada para o caso de descumprimento.

Entretanto, assiste razão ao agravante no que se refere ao descabimento da imputação de multa cominatória em face do Secretário Estadual de Educação, que não é parte na presente relação processual.

Essa é a orientação pacífica do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, como se observa da seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APLICAÇÃO DE MULTA PREVISTA NO ART. 461, §§ 4º E 5º, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO AO GESTOR PÚBLICO POR NÃO SER PARTE NO FEITO. 1. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor (astreintes), mesmo contra a Fazenda Pública. 2. Não é possível, contudo, a extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública em decorrência da sua não par-

ticipação efetiva no processo. Entendimento contrário acabaria por violar os princípios do contraditório e da ampla defesa. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 196.946/SE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 02/05/2013, DJE 16/05/2013).

Observe-se que o juízo, quando da execução da decisão antecipatória da tutela, deverá decidir por eventual aplicação de sanção ou outras medidas cabíveis.

Nesses termos, dá-se parcial provimento ao agravo, apenas para afastar a multa pessoal diária fixada contra o Secretário Estadual de Educação

Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 2016.

DES. ANDRÉ ANDRADE
Relator

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDUCAÇÃO ESPECIAL. CARÊNCIA DE AGENTES ESPECIALIZADOS. OMISSÃO. NÃO INCLUSÃO DO CARGO EM CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO NO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. DEVER CONSTITUCIONAL.

Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Cumprimento a cargo do Município de Paraty do dever constitucional (art. 208, III) e legal (Lei nº 13146/2015 – art. 28, XI) de disponibilizar agentes especializados em educação especial em favor de crianças e adolescentes matriculados na rede pública municipal com algum tipo de deficiência. Deferimento da medida de antecipação da tutela. Correção do *decisum*. Medida judicial que se justifica, na hipótese em exame, diante da inércia do poder público municipal de contratar os agentes de apoio à educação especial, cujas vagas já foram abertas

por lei complementar municipal. Situação em que a ordem judicial, visando ao cumprimento de obrigação constitucional e legal, diante da omissão da municipalidade, não importa em ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes. Precedentes do STF. Cabimento da multa cominatória para forçar o cumprimento da obrigação imposta no *decisum* (art.11 da Lei nº 7.347/85). Desprovemento do agravo de instrumento.

Após examinada, relatada e discutida a matéria objeto da impugnação recursal, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0024559-60.2016.8.19.0000, em que é Agravante Município de Paraty e Agravado Ministério Público.

Acordam os Desembargadores que integram a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao Agravo de Instrumento interposto pelo Município demandado.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo MM. Juízo da Comarca de Paraty que, em sede de ação civil pública movida pelo Ministério Público, deferiu a medida de antecipação da tutela, nos seguintes termos:

”Trata-se de ação civil pública com pedido de antecipação de tutela proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face do Município de Paraty, aduzido em síntese que foram instaurados diversos procedimentos administrativos no âmbito da Promotoria de Justiça de Paraty para averiguar a falta de profissionais especializados para atuar junto aos alunos portadores de necessidades especiais nas escolas públicas municipais. Alega o autor que o réu não possui professores auxiliares em seu plano de cargos, e que disponibiliza número ínfimo de professores para atuarem junto a estes alunos especiais. O autor informa ainda que existem várias escolas que não possuem

tal suporte, por omissão do Município, ficando desta forma comprovado o não cumprimento da determinação legal de assegurar às pessoas com deficiência o acesso à educação, na forma da lei de diretrizes e bases da educação (Lei nº 9.394/1996), bem como da Lei nº 7.853/1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social. O autor junta os procedimentos administrativos IC003/2014, IC004/2014, PG 291/2013, PG527/2013 e PA053/2013. Instado a se manifestar, o Município réu alega que toma medidas para atendimento nas escolas dos alunos com necessidades especiais, e que não está inerte às eventuais falhas na prestação do serviço essencial. Anexa folhetos de propaganda e jornal informando o estado da educação no município e avanços conquistados. É o relatório. Decido. A Lei nº 13.146/2015 disciplina em seu artigo 28 inciso XI prevê que incumbe ao poder público a criação, formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio. Anteriormente à Lei nº 7.853/ 89 disciplinava a matéria, em seu art. 2º, inciso I, prevendo a inclusão no sistema educacional dos portadores de deficiências. Da análise dos autos, bem como dos anexos juntados pelo autor, nota-se que tais mandamentos legais têm sido negligenciados pelo Município, seja por não existir no plano de carreira municipal previsão de professores aptos a acompanharem os portadores de necessidades especiais, seja pela notória carência nas escolas municipais de professores contratados, e ainda falta de treinamento dos poucos que estão designados para o auxílio aos portadores de necessidades especiais, prejudicando assim, de forma indelével, aos que necessitam deste serviço essencial, ficando materializados assim, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Dessa forma, defiro a antecipação de tutela, com fulcro no art. 12 da Lei nº 7.347/85, para que o Município réu: 1)Encaminhe a este juízo, no prazo de 20 dias, listagem completa dos estudantes com deficiê -

cia que se encontram inscritos na rede de ensino pública municipal, discriminada por escola e tipo de deficiência, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) a incidir sobre o patrimônio pessoal do prefeito e do secretário municipal de educação. 2)Apresente, no prazo de 60 dias, projeto de lei à câmara municipal criando o cargo de professor auxiliar, em quantitativo suficiente a atender as crianças e adolescentes com necessidades especiais, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) a incidir sobre o patrimônio pessoal do prefeito e do secretário municipal de educação. 3)Realize, no prazo de 120 dias, concurso público destinado à contratação de professores auxiliares, em quantitativo suficiente sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) a incidir sobre o patrimônio pessoal do prefeito e do secretário municipal de educação. Tendo em vista a natureza da matéria, deixo de designar a audiência prevista no art. 334 do CPC. Intimem-se para cumprimento. Após, digam as partes se pretendem produzir outras provas.”

O Município de Paraty, ora agravante, interpôs agravo de instrumento, insurgindo-se contra a r. decisão que lhe impôs o cumprimento das providências visando à abertura de concurso público para efeito de contratação de professores auxiliares para atender crianças e adolescentes da rede municipal de educação que exijam cuidados especiais.

Decisão inaugural (index 000123) concedendo atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, sendo o *decisum* ratificado por esta egrégia Câmara Cível em sede de agravo interno (index 000151).

Contrarrazões do Ministério Público (index 000174).

Parecer da dd. Procuradoria de Justiça (index 000227) no sentido do desprovimento do recurso.

VOTO

Em primeiro lugar, a tese do Município agravante, quanto às limitações legais para o exercício do poder geral de cautela do órgão judicial, não tem procedência na hipótese *sub examine*.

Trata-se de ação civil pública na qual foi deferida a antecipação da tutela, cujo objeto não coincide com as limitações impostas na Lei nº 12.016/2009:

“Art. 7º

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

§ 5º As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.”

Inclusive, o entendimento quanto ao cabimento de medidas de antecipação da tutela contra o Poder Público encontra-se sedimentado na jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

Súmula nº 60: “Admissível a antecipação de tutela de mérito, mesmo contra a fazenda pública, desde que presente os seus pressupostos.”

Em segundo lugar, temos que o objeto da r. decisão liminar, alvo do presente agravo de instrumento, encontra-se superado em relação aos seguintes itens: a) apresentação inicial de lista de alunos NEE matriculados na rede municipal em 2016 (index 000106); b) abertura no quadro de pessoal de vagas de Agentes de Apoio à Educação Especial – por força da Lei Complementar nº 026/2016, publicada em 26/04/2016.

A questão principal que se coloca neste procedimento recursal, tendo por objeto o deferimento da medida de urgência, concerne à realização de concurso público para contratação de agentes especializados para o auxílio na educação dos alunos com necessidade de atendimentos especiais.

Para esse fim, deixou de ser obstáculo o fluxo do prazo impeditivo de novas contratações no período eleitoral.

A r. decisão agravada já foi proferida há mais de um ano, sendo que a vedação imposta na legislação eleitoral terminou no início do ano de 2017.

A seu turno, temos que o objeto da ordem judicial, tendo por alvo a realização de concurso público a cargo do Poder Público municipal, exige bastante prudência na sua análise, porquanto compete, de ordinário, ao Poder Executivo municipal a avaliação dos critérios de conveniência e oportunidade, típicos no exercício da atividade de administração pública.

Daí porque a concessão inicial de eficácia suspensiva ao agravo de instrumento para o trato mais detalhado da matéria submetida à apreciação judicial.

E podemos verificar que a pretensão inicial deduzida pelo Ministério Público consiste em obrigar o Município de Paraty ao cumprimento de seu dever de prestar atendimento especializado às crianças e aos adolescentes matriculados em sua rede de ensino, que demandem algum tipo de auxílio especial.

Exatamente como prevê a Lei nº 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)

Art. 28. Incumbe ao poder público asse-

gurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

I - sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida;

II - aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena;

III - projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia;

IV - oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas;

V - adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com deficiência, favorecendo o acesso, a permanência, a participação e a aprendizagem em instituições de ensino;

VI - pesquisas voltadas para o desenvolvimento de novos métodos e técnicas pedagógicas, de materiais didáticos, de equipamentos e de recursos de tecnologia assistiva;

VII - planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado, de organização de recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva;

VIII - participação dos estudantes com deficiência e de suas famílias nas diversas instâncias de atuação da comunidade escolar;

IX - adoção de medidas de apoio que favoreçam o desenvolvimento dos aspectos

linguísticos, culturais, vocacionais e profissionais, levando-se em conta o talento, a criatividade, as habilidades e os interesses do estudante com deficiência

X - adoção de práticas pedagógicas inclusivas pelos programas de formação inicial e continuada de professores e oferta de formação continuada para o atendimento educacional especializado;

XI - formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio

XII - oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de tecnologia assistiva, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação;

XIII - acesso à educação superior e à educação profissional e tecnológica em igualdade de oportunidades e condições com as demais pessoas;

XIV - inclusão em conteúdos curriculares, em cursos de nível superior e de educação profissional técnica e tecnológica, de temas relacionados à pessoa com deficiência nos respectivos campos de conhecimento;

XV - acesso da pessoa com deficiência em igualdade de condições, a jogos e a atividades recreativas, esportivas e de lazer, no sistema escolar;

XVI - acessibilidade para todos os estudantes, trabalhadores da educação e demais integrantes da comunidade escolar às edificações, aos ambientes e às atividades concernentes a todas as modalidades, etapas e níveis de ensino;

XVII - oferta de profissionais de apoio escolar;

XVIII - articulação intersetorial na implementação de políticas públicas.”

O que está em absoluta harmonia, diga-se, com o comando constitucional:

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.”

Nessas situações, em que a omissão do Poder Público, em qualquer de suas esferas governamentais, pode colocar em risco o cumprimento das normas legais e constitucionais, que lhe impõem o dever de adotar providências no atendimento prioritário de direitos e garantias fundamentais, como a educação e a acessibilidade, é absolutamente certo que a atuação do Poder Judiciário não malfere o princípio da separação dos Poderes da República.

Outro não é o posicionamento sólido da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

• É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.

[RE 592.581, Rel. min. RICARDO LE-

WANDOWSKI, J. 03/08/2015, P, DJE de 01/02/2016, com repercussão geral].

• Compete ao Judiciário, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei (...). Para isso, há de interpretar a lei ou a Constituição, sem que isso implique ofensa ao Princípio da Independência e Harmonia dos Poderes. [AI 410.096 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, J. 14/04/2015, 1ª T, DJE de 06/05/2015.

• O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, inserto no art. 2º da CF.

[RE 669.635 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, J. 17/03/2015, 2ª T, DJE de 13/04/2015].

• A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando à melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do STF na SL 47 AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 30/04/2010.

Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.

[RE 642.536 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, J. 05/02/2013, 1ª T, DJE de 27/02/2013].

• É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitu-

cionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. [AI nº 734.487 AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, J. 03/08/2010, 2ª T, DJE de 20/08/2010].

Enfim, estamos lidando na situação *sub studio* com o cumprimento de obrigação legal e constitucional a cargo do Município demandado de disponibilizar, na sua rede municipal de ensino, de profissionais especializados que possam prestar auxílio aos alunos com algum tipo de deficiência.

Matéria, portanto, de alta relevância social na órbita daquela Municipalidade.

Pois bem. O enfrentamento do ponto principal, neste juízo de verossimilhança, revela que a matéria abarcada na ação coletiva não teve, ainda, o necessário cuidado dispensado pela Administração Pública municipal.

Como acima apontado, a Lei Complementar municipal, publicada em 26/04/2016, criou 30 (trinta) vagas no quadro pessoal para Agentes de Apoio à Educação Especial.

Independentemente da discussão acerca do número de vagas abertas ser ou não suficiente, cuja solução exigiria exame mais aprofundado em sede de cognição exauriente, o fato é que até hoje rigorosamente nenhum profissional especializado foi disponibilizado pelo Município réu.

E, infelizmente, estes autos dão conta de que o Município de Paraty deu início ao processo de realização de concurso público para diversas vagas no serviço público, mas não incluiu o cargo de Agente de Apoio à Educação Especial.

A dd. Procuradoria de Justiça, em seu juicioso parecer, aponta que:

“Conforme a ata da reunião realizada em 03 de fevereiro de 2017 (documento anexado juntamente com as contrarrazões) (f. 189 da pasta 184), verifica-se que as informações prestadas pelo representante da Secretaria de Educação são de que, em razão da não aprovação da tabela remuneratória, no que diz respeito aos profissionais assistentes de alunos especiais e de educação infantil, “não houve previsão para sua inclusão no concurso de 2016. Nesse caso haverá contratação temporária e abertura de concurso específico ao longo do período”. Portanto, mais uma vez, não foi privilegiado o preenchimento desses cargos.”

Enfim, até o presente momento, em detrimento do melhor e necessário atendimento especializado para os alunos matriculados na rede municipal com algum tipo de deficiência, o Município de Paraty não resolveu, na prática, como concretizar o dever que lhe vem imposto na Constituição Federal e na Lei nº 13.146/2015.

Portanto, o detido exame do caso, em sede de cognição sumária, aponta para a necessidade de manutenção do r. *decisum* agravado, mormente em relação ao seu item 03, aqui reproduzido:

“Realize, no prazo de 120 dias, concurso público destinado à contratação de professores auxiliares, em quantitativo suficiente sob pena de multa diária de R\$1.000,00 (mil reais) a incidir sobre o patrimônio pessoal do prefeito e do secretário municipal de educação.”

Por fim, e não menos certo, a imposição das *astreintes* (medida coercitiva prevista expressamente no artigo 11 da Lei nº 7.347/85) pode ser direcionada em detrimento dos agentes políticos encarregados de cumprimento da ordem judicial:

TRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REVISÃO DE PENSÃO. DEFERIMENTO DE LIMINAR. MULTA DIÁRIA DIRECIONADA À AUTORIDADE IMPE-TRADA. POSSIBILIDADE.

1. A questão nos autos indaga saber se pode a multa cominatória ser direcionada ao agente público que figura como impetrado na ação mandamental.

2. Segundo o Tribunal de origem, “a imposição da multa pessoal cominada ao Presidente do Rioprevidência, vez que em consonância com o parágrafo único do art. 14 do CPC, [...] tem por finalidade reprimir embaraços à efetivação do provimento judicial”.

3. A cominação *de astreintes* pode ser direcionada não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais. (Precedente: REsp 1111562/RN, da relatoria do Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, publicado em 18/09/2009).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 472.750/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 09/06/2014)

Por conta de tais considerações, nega-se provimento ao agravo de instrumento.

Rio de Janeiro, 04 de julho de 2017.

DES. SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES
Relator

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DIREITO À EDUCAÇÃO. CARÊNCIA DE PROFESSORES. CURRÍCULO ESCOLAR. CUMPRIMENTO. DEVER DO ESTADO. MULTA DIÁRIA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Apelação Cível. Direito constitucional

e administrativo. Direito à educação. Ação Civil Pública proposta pelo MP por conta da ausência de professores e pessoal administrativo no colégio estadual Monteiro de Carvalho. Sentença de improcedência. Recurso do *Parquet*. Preliminar arguida pelo apelado de ausência de interesse de agir e de que o pedido seria genérico e indeterminado. Preliminar rejeitada, no mérito, provimento parcial recurso.

1 - A preliminar de interesse de agir deve ser rejeitada, a uma por aplicação do princípio da asserção, a duas em face do documento de f. 249, que indica a carência de profissionais de educação na unidade escolar.

2 - Quanto à alegação de que os pedidos foram genéricos e indeterminados, também neste ponto não merece acolhida a preliminar suscitada, uma vez que os pedidos têm por objetivo a lotação e profissionais na unidade escolar e o cumprimento da carga horária mínima destinada aos alunos. Tendo tais pedidos alicerce em legislação vigente atinente à educação.

3 - No mérito, inclui-se como direito a prestações do Estado, como imposição do dever de agir dos entes federativos, condutas dos poderes públicos via prestação material no oferecimento de direito à educação, que não se restringe às realidades fenomênicas ou à espera de um momento que se possa colmatar uma lacuna. Não! Há o direito fundamental à educação dos menores daquela escola que está sendo desrespeitado. Não por acaso o legislador constitucional previu na Lei Maior como norma-princípio o direito à educação como direito social constante do artigo 6º *caput*.

4 - À toda evidência, não há prevalência de um princípio fundamental sobre outro, todavia, o direito fundamental coletivo dos menores daquela determinada unidade escolar, não só representa vulneração ao direito à educação, como o direito à dignidade da pessoa humana, como do direito à igual-

dade (pois não concorrerão com igualdade de condições com alunos do mesmo ano letivo), bem como haverá inevitável “vácuo” no conhecimento teórico de uma matéria que pode ser fundamento para outro conteúdo da mesma matéria em momento posterior e mais avançado.

5 - Não se descure, ainda, que esses menores serão futuros profissionais e é dever do Estado (em qualquer nível), proporcionar em sua plenitude, as matérias completas no currículo escolar dos menores, sendo inadmissível, data máxima vênua, o argumento de indisponibilidade fática de recursos para tal desiderato, uma vez que a verba orçamentária foi prevista, além de existirem de concursados aguardando chamada.

6 - Reitere-se que tal direito também faz parte do mínimo existencial e, portanto, deve nortear o estabelecimento de metas prioritárias para o orçamento.

7 - Portanto, sendo norma constitucional de eficácia plena, não comporta o comando constitucional a ideia de realização pró-futuro, do artigo 6º, que em alinhamento ao artigo 205, traz em seu bojo a previsão do pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, em sintonia com eles, também, ao artigo 3º, todos da CRFB/88. Sendo a educação plena, como dito alhures, instrumento da concretização da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, II, da CRFB/88).

8 - Por outro lado, data máxima vênua, não há que se falar em mérito administrativo e violação ao princípio da separação de poderes, pois o regular exercício da função jurisdicional, com alicerce na CRFB/88, não importa em vulneração ao princípio citado.

9 - Por fim, no que concerne ao pedido de condenação do Estado do Rio de Janeiro em honorários advocatícios em favor do Fundo Especial do Ministério Público do Rio de Janeiro, tal pretensão não merece acolhi-

da, uma vez que, na linha do entendimento tranquilo do STJ, não cabe a condenação de honorários de sucumbência em favor do MP quando vencedor de ação civil pública (REsp 895.530/PR; REsp 1.229.717/PR; REsp 1.099.573/RJ; REsp 1.038.024/SP; REsp 895.530/PR; AgRg REsp 1.320.333/RJ). Em razão da previsão do artigo 18 da Lei nº 7.347/85, a condenação do MP ao pagamento de honorários sucumbenciais só tem cabimento se comprovada e inequívoca má-fé do Parquet, por outro lado, dentro da simetria de tratamento e através de interpretação sistemática do ordenamento, é inviável ao Parquet beneficiar-se de honorários sucumbenciais.

PRELIMINAR REJEITADA. NO MÉRITO, PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO, DETERMINANDO AO ESTADO QUE PROVIDENCIE, DE IMEDIATO, A COLOCAÇÃO DE PROFESSORES PARA AS MATÉRIAS DESCRITAS NA EXORDIAL COMO FALTANTES, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 2.000,00 (DOIS MIL REAIS), FAZENDO CESSAR A OMISSÃO ESTATAL, COM A REPOSIÇÃO DAS AULAS PERDIDAS PELOS MENORES, E QUE ADOTE AS MEDIDAS NECESSÁRIAS PARA SUPRIR A CARÊNCIA DE PESSOAL ADMINISTRATIVO, AQUI SIM FICANDO AO ALVEDRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL A FORMA DE COLMATAÇÃO DA REFERIDA LACUNA. A FORMA, NÃO A URGÊNCIA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0496983-03.2014.8.19.0001, em que é Apelante Ministério Público, e Apelado, Estado do Rio de Janeiro,

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em rejeitar as prelimi-

nares e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Cuida-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face do Estado do Rio de Janeiro, tendo por objetivo a complementação do quadro funcional (professores e servidores administrativos) da unidade escolar Monteiro de Carvalho, tendo em vista a contumaz carência e o resultado direto que afeta a educação dos alunos.

Como causa de pedir, o *Parquet* apresenta o fato de que fora detectada a carência de professores na citada unidade escolar de 2013 até a data da propositura da demanda pela Secretaria Estadual de Educação, bem como não teria cumprido a Resolução nº4778/2012 que prevê o quantitativo mínimo de cada unidade escolar, tanto por professores, quanto aos servidores da área administrativa.

Colacionado com a exordial (f.03/08) os autos do Inquérito Civil Público nº 44/13, instaurado pela Portaria nº 98/13.

Decisão de f. 210 postergando a análise do pedido antecipatório para o momento seguinte ao contraditório.

Contestação do Estado do Rio de Janeiro, de f. 222/246, que arguiu a preliminar de falta de interesse e da perda do objeto dos pedidos quanto ao suprimento da carência de docentes, por conta da adoção de providências necessárias à eventual admissão de professores substitutos no ano letivo de 2015, por meio de contratações temporárias, tendo sido encaminhado ao Governador o processo administrativo nº E-03/001/9189/2014, onde a Secretaria de Estado de Educação solicita a autorização para a prorrogação e formalização de contratos temporários.

Aludiu que os pedidos foram genéricos e indeterminados, o que vulnerariam os artigos

286 e 295, IV, do CPC/2015.

No mérito, afirmou que não há inércia do Estado quanto à efetiva utilização das medidas administrativas previstas para o suprimento de carência na unidade escolar.

Disse mais que há um fator que apresenta dificuldade adicional, qual seja, a inconstitucionalidade da lei de contratações temporárias do Estado e o vácuo legislativo provocado.

Réplica de f. 973/976.

Sentença de f.1021/1025 que julgou, na forma do artigo 269, I, do CPC, indeferindo a tutela antecipada requerida e, no mérito, julgou improcedentes os pedidos da exordial.

Apelação de f.1067/1084 pugnando pela reforma da sentença alegando em resumo que não há pedido genérico ou indeterminado, pois houve o requerimento para que se suprisse a carência (real e temporária) do quadro de professores, em todas as turmas e séries, e que providenciasse a completa reposição das aulas perdidas no Colégio Estadual Monteiro de Carvalho, o Ministério Público busca assegurar a efetividade do direito à educação, o qual é um dever do Estado e tem por objetivo o pleno desenvolvimento da pessoa, o seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, configurando-se um direito fundamental e social, na forma dos artigos 6º, 205 e 207 da CRFB/88.

Aduz que muito embora o apelado tenha adotado medidas administrativas que diminuíram a carência de professores, estas não se mostraram suficientes para sanar efetivamente o problema, logo, somente com a inexistência total de carências é que provocaria a ausência do interesse de agir do MP.

Todavia, a partir das informações do do-

cumento de f.1012, apresenta-se o quadro de carências reais e temporárias da unidade escolar extraído do Sistema Conexão Educação, de acesso exclusivo da SEEDUC, em 24/08/2015, apontando a existência de carência de professores nas disciplinas de Biologia, Física, Matemática e Sociologia.

Nesse ritmo, as medidas administrativas apresentadas não foram suficientes ou mesmo eficazes para sanar totalmente o problema, gerando prejuízos irreparáveis para os alunos da unidade escolar.

Esclarece que quando da propositura da demanda existiam candidatos aprovados em concurso para disciplinas que apresentavam carência e o Estado ainda não os havia convocado, até então.

Portanto, inexistiria razão para que os candidatos não fossem convocados, nomeados e empossados. Sendo incontestável que esse fato decorre da má administração da Secretaria Estadual de Educação, que poderia ser combatido pelo Ministério Público e analisado pelo Poder Judiciário.

Alude que é evidente a omissão injustificada do réu, pois o Estado já dispôs de, ao menos, três anos para resolver a carência averiguada, inclusive extrajudicialmente, conforme comprovado por meio dos documentos colacionados na exordial.

No que concerne ao suposto “vácuo legislativo”, por conta da declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 4.599/2005, já se encontraria suprido pela edição da Lei Estadual nº 6.901/2014.

Nessa trilha, os pedidos constantes da ação civil pública proposta pelo MPERJ implicam na estrita observância da legalidade, uma vez que consistem em obrigação de fa-

zer materializada na oferta de aulas em cumprimento ao disposto na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

A referida obrigação constaria do artigo 205 da CRFB/88 que é a de proporcionar direito fundamental à educação às crianças e adolescentes, a ser preservado integralmente.

Com isso, pretende afastar o comprometimento da eficácia e integridade dos direitos individuais e coletivos, face o descumprimento dos encargos político-jurídicos, o que justificaria a intervenção do Poder Judiciário

Há contrarrazões de f. 1092/1116 arguindo preliminares de falta de interesse de agir e perda do objeto quanto ao suprimento de carência de docentes.

Alude que o item “c” é inteiramente genérico e indeterminado.

No mérito, manifesta-se pela manutenção da sentença.

Manifestação da Procuradoria de Justiça, de f.1123/1134, pelo conhecimento e provido do recurso.

VOTO

Inicialmente, releva mencionar que se encontram presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

Prefacialmente, em que pese as preliminares arguidas se confundirem com o mérito, vale aqui breves comentários a respeito.

A preliminar de interesse de agir deve ser rejeitada, a uma por aplicação do princípio da asserção, a duas em face do documento de f. 249, que indica a carência de profissionais de educação na unidade escolar.

Quanto à alegação de que os pedidos foram genéricos e indeterminados, também neste ponto não merece acolhida a preliminar suscitada, uma vez que os pedidos têm por objetivo a lotação de profissionais na unidade escolar e o cumprimento da carga horária mínima destinada aos alunos. Tendo tais pedidos alicerce em legislação vigente atinente à educação.

Aponta o recorrente que a falta de professores das disciplinas Física e Língua Estrangeira – Inglês. Quanto a esta, fora consignado que haveria circunstância incompatível com a condição de candidatos aprovados para o preenchimento dos cargos vagos, caracterizando ineficiência da gestão

No que concerne à disciplina de física, constatou-se a ausência de candidatos aprovados aguardando convocação, demandando a contratação em caráter temporário, e, diante das aulas perdidas, foi requerida a condenação à sua reposição.

Visto isso, passa-se à análise da questão em deslinde.

Insta consignar que a presente ação civil pública buscou salvaguardar os direitos coletivos em sentido estrito, que tem como característica a transindividualidade real restrita e a possibilidade de determinar os sujeitos titulares.

Conforme lecionam NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY conceituaram os direitos individuais homogêneos como:

“(...) direitos individuais cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível. O que caracteriza um direito individual comum como homogêneo é a sua origem comum. A grande novidade trazida pelo CDC no particular foi permitir que esses direitos individuais pudessem ser defendidos

coletivamente em juízo. Não se trata de pluralidade subjetiva de demanda (litisconsórcio), mas de uma única demanda, coletiva, objetivando a tutela dos titulares dos direitos individuais homogêneos. A ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos é, grosso modo, a *class actin* brasileira.” (NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 813.)

Portanto, perfeitamente dentro das atribuições ministeriais o pleito através de ação civil pública, que inclusive foi precedida de inquérito civil público, o qual aferiu a deficiência na instituição de ensino.

Em que pese a douda sentença prolatada, que considerou que as medidas tomadas pelo réu seriam suficientes a sanar os problemas trazidos na exordial, e, por essa razão, estariam superadas a inércia da Administração que caracterizaria a ineficiência da gestão, bem como a excepcionalidade do caso concreto, capaz de conferir especial caráter inadiável, tal interpretação, *data maxima venia*, não se coaduna com a proteção do direito fundamental dos menores à educação.

Não se desconsidera ou se ignora os esforços da Administração Pública com vistas à superação das carências profissionais no caso descritas (f.1.012), todavia, o direito à educação dos menores permanece vulnerado.

Como sobredito, a educação é direito fundamental social tratado pela CRFB/88, por conta de sua inexorabilidade para a consecução dos objetivos fundamentais da República, que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, busca o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e a marginalização, bem como colima a redução das desigualdades sociais e re-

gionais (artigo 3º, I, II e III da CRFB/88).

Por conta do quilate do direito em voga, a educação é considerada direito social (artigo 6º, *caput*, da CRFB/88), sendo de competência comum dos entes federativos viabilizar os meios de acesso (artigo 23, inciso V, da CRFB/88), sendo direito de todos e dever do Estado e da Família, prover e incentivar com a colaboração da sociedade, a busca do pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art.205).

De outro lado, *data maxima venia*, não se pode admitir que o princípio da separação dos poderes sirva de escudo para o desatendimento ou atendimento posterior do comando constitucional, que fora concebido para a proteção e garantia dos direitos fundamentais.

Insta salientar que é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana o dever de promoção à educação, conforme leciona o professor MARCELO NOVELINO:

“O dever de promoção impõe a adoção de medidas que possibilitem o acesso aos bens e utilidades indispensáveis a uma vida digna. Ligada à igualdade material, esta acepção exige uma atuação positiva dos poderes públicos, no sentido de fornecer prestações materiais (saúde, educação, moradia, lazer, trabalho, assistência e previdência social...) e jurídicas (elaboração de leis, assistência judiciária, segurança pública...). A dignidade, nesse sentido, atua como um princípio que tem como núcleo o mínimo existencial.¹⁸ A ideia do mínimo existencial (ou núcleo da dignidade humana), pondera ANA PAULA DE BARCELLOS, tem sido proposta como forma de superação de várias dificuldades inerentes à dignidade, “na medida em que procura representar um subconjunto, dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais, menor – minimizando o problema dos custos

– mais preciso – procurando superar a imprecisão dos princípios – e, sobretudo, efetivamente exigível do Estado(...)”¹⁹.

A partir de tais considerações é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, possui uma tripla dimensão normativa. Isso significa que, por meio da interpretação do dispositivo constitucional que a consagra (CF/1988, art. 1.º, III), é possível extrair três distintas espécies de normas:²⁰ uma metanorma, que atua como diretriz a ser observada na criação e interpretação de outras normas. A atuação como elemento informador do desenvolvimento do conteúdo da Constituição faz da dignidade uma importante diretriz hermenêutica, cujos efeitos se estendem por todo o ordenamento jurídico. Mesmo quando possível o recurso a um direito fundamental específico, ela deve ser considerada como parâmetro valorativo;²¹ um princípio, que impõe aos poderes públicos o dever de proteção da dignidade e de promoção dos valores, bens e utilidades indispensáveis a uma vida digna; e, uma regra, a qual determina o dever de respeito à dignidade, seja pelo Estado, seja por terceiros, no sentido de impedir o tratamento de qualquer pessoa como um objeto, quando este tratamento for decorrente de uma expressão do desprezo pelo ser humano.²² (NOVELINO, Marcelo. **Manual do Direito Constitucional** – 9ª ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, item 20.1.3.2.)

Inclui-se como direito a prestações do Estado, como imposição do dever de agir dos entes federativos, condutas dos poderes públicos via prestação material no oferecimento de direito à educação, que não se restringe às realidades fenomênicas ou à espera de um momento que se possa colmatar uma lacuna. Não! Há o direito fundamental à educação dos menores daquela escola que está sendo desrespeitado.

Não por acaso o legislador constitucional previu na Lei Maior como norma-princípio o direito à educação como direito social constante do artigo 6º *caput*.

À toda evidência, não há prevalência de um princípio fundamental sobre outro, todavia, o direito fundamental coletivo dos menores daquela determinada unidade escolar, não só representa vulneração ao direito à educação, como direito da dignidade da pessoa humana, como do direito à igualdade (pois não concorrerão com igualdade de condições com alunos do mesmo ano letivo), bem como haverá inevitável “vácuo” no conhecimento teórico de uma matéria que pode ser fundamento para outro conteúdo da mesma matéria em momento posterior e mais avançado.

Não se descure, ainda, que esses menores serão futuros profissionais e é dever do Estado (em qualquer nível), proporcionar em sua plenitude, as matérias completas no currículo escolar, sendo inadmissível, *data maxima venia*, o argumento de indisponibilidade fática de recursos para tal desiderato, uma vez que a verba orçamentária foi prevista, além de existirem concursados aguardando chamada.

Reitere-se que tal direito também faz parte do mínimo existencial e, portanto, deve nortear o estabelecimento de metas prioritárias para o orçamento.

Conforme se extrai de trecho da fundamentação da decisão do eminente Ministro AYRES BRITTO no RE 638660/SP – São Paulo, julgado em 16/04/2012:

“(…) Tenho que a insurgência não merece acolhida. De saída, anoto que não há falar em violação ao princípio da separação de poderes. Isso porque é firme no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que “o regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde

que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes” (MS 23.452, da relatoria do Ministro CELSO DE MELLO).

5. Avanço para averbar que o aresto impugnado afina com a jurisprudência desta nosa Corte, que me parece juridicamente correta, no sentido de considerar como norma de eficácia plena o direito à educação previsto no inciso IV do art. 208 do Magno Texto. É que a cabeça do citado artigo contém uma redação caracteristicamente impositiva, que revela a natureza mandamental expressa da norma, a qual assegura que “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de”; ou seja, a norma é enfática ao afirmar o direito à educação como um dever a ser efetivado pelo Estado.

6. Ora, o comando constitucional não comporta a afirmativa de que esse é um direito pró-futuro, de eficácia diferida no tempo, ou seja, uma norma programática, especialmente no tocante ao atendimento de crianças em fase pré-escolar. Tal interpretação não atende à realidade desejada pela Constituição, que dispôs sobre o direito à educação, literalmente, em primazia, isto é, em primeiro lugar, na organização normativa dos direitos sociais art. 6º). Não poderia, nessa contextura, ser tomado como norma programática.

7. Por outra volta, quanto ao tema educação, a Constituição de 1988 se fez praticamente regulamentar. Traz em seu bojo um total de 56 dispositivos na sua parte permanente sobre educação. Nada menos do que 56 dispositivos. Ela, Carta Magna, expressou categoricamente o dever do Estado com a educação e assegurou sua plena efetivação por meio das previsões constantes nos incisos do art. 208. Tratou também de instituir princípios (art. 206) e diretrizes de observância obrigatória, tais como a forma de organização da prestação do ensino (arts. 207, 209, 210 e 211); a destinação de recursos para sua viabilização (arts. 212 e 213); bem como a instituição por lei de um plano

nacional de educação que atenda aos objetivos previstos na mesma Lei Maior (art.214). Mais: no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, são quarenta dispositivos dedicados ao mesmo tema. Vale dizer, há 96 dispositivos constitucionais focadamente direcionados para regulação do tema da educação.

8. Também não há falar em impossibilidade material de se concretizar os preceitos constitucionais dedicados ao assunto. É que, como visto, a própria Constituição organizou o financiamento do sistema de educação. Ou seja, supriu materialmente – por meio da figura da repartição das receitas – os entes federados para que dessem cabo ao mister educativo, dentro de suas competências.

9. A propósito, cabe ressaltar, o empenho constitucional para com o tema ficou ainda mais evidente com a promulgação da Emenda Constitucional 14/96, que sedimentou o compromisso financeiro da União, dos Estados e dos Municípios com a educação. Leia-se, especialmente, a redação do § 1º do art. 211 da Carta Magna de 1988, modificado pela mencionada Emenda:

“§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.”

10. De se ver, portanto, a vontade do constituinte em garantir, financeiramente, meios de dar sustentabilidade ao sistema educacional brasileiro, elegendo a solidariedade como um de seus parâmetros. Aliás, essa foi a conclusão a que chegou esta nossa Corte de Justiça no julgamento da constitucionalidade do citado parágrafo, na ADI 1.749, sob a relatoria do ministro OCTAVIO GALLOTTI, cujo voto reproduzo, na parte que interessa: “Nítida e acentuadamente evoluiu, a nossa Federação,

do dualismo clássico de 1891, para o tipo solidário ou cooperativo que hoje ostenta, e de que são elementos característicos (no que interessa especialmente à tese proposta pelos autores), tanto o próprio sistema de transferências tributárias, adotado a partir da Emenda nº 18, de 1965, à Constituição de 1946, como o significativo postulado da colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios na organização de seus sistemas de ensino, reveladoramente inscrito no art. 211 do texto original da de 1988.”

11. Nesse particular, portanto, a Constituição se faz digna de toda a nossa admiração, porque não se pode falar de reforma, de transformação, de arejamento, de modernidade, sem começar pelo campo da educação; e ainda mais nas idades iniciais, nas quais se fixam o caráter e a personalidade dos cidadãos.

12. Por outra volta, no que tange especificamente à educação infantil, a jurisprudência deste nosso Tribunal reconheceu, de forma pacífica, a legitimidade da atuação judicial para assegurar a imediata implementação desse direito pelos órgãos públicos e, como dito, a natureza de plena eficácia da norma

13. De mais a mais, impende ressaltar que a Constituição Federal elegeu a cidadania como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. E, aqui, proponho a reflexão no sentido de aquilatar se há melhor caminho para o desenvolvimento e exercício da cidadania do que o trilhado pela educação.

14. Entendo que a educação é essencial para o progresso e desenvolvimento da pessoa humana, representando fator de igualação entre os indivíduos na busca de condições mais elevadas de vida. Refiro-me à possibilidade de acesso a um sistema educacional mais democrático e uniforme, ao alcance de todos, de forma a proporcionar, muitas vezes por via única, o crescimento intelectual, profissional e material da pessoa. 15. Em um segundo espaço de tempo, é certo que os reflexos de um sistema educacional eficiente, qualificado por

abrangente e não discriminatório, repercutem diretamente no grau de desenvolvimento social, econômico, político e cultural de um País.

16. Não foi à toa que a Constituição Republicana, em seu art. 205, esboçou os objetivos visados com a educação, destacando o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Tais fins, não é exagero dizer, vão ao encontro dos objetivos fundamentais estabelecidos no art. 3º da Constituição Federal, para os quais, não obstante conhecidos por todos, chamo novamente à atenção nessa oportunidade:

“Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.”

17. Pelo que, sob este último prisma, se revela como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana (inciso II do art. 1º da CF/88). O que faz de tal acesso um direito que se desfruta às expensas do Estado, em ordem a se postar (o direito a essa educação inicial) como um luminoso ponto de interseção do constitucionalismo liberal com o social. Vale dizer, faz com que um clássico direito individual se mescle com um moderno direito social.

18. E, à vista do brilho com que descortinou a matéria, tomo de préstimo as palavras do ministro CELSO DE MELLO, trazendo à baila a ementa do RE 410.715-AgR, cujo teor é o seguinte:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM

PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configura -se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualifica -se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento

das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à 'reserva do possível'. Doutrina."

19. Vejam-se, ainda, os AIs 592.075-AgR, sob a relatoria do ministro RICARDO LEWANDOWSKI; e 781.468, sob a relatoria da Ministra CÁRMEN LÚCIA; bem como os REs 384.201-AgR, 401.673- AgR e 411.518-AgR, sob a relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO; 436.996-AgR, sob a relatoria do ministro CELSO DE MELLO; 463.210- AgR, sob a relatoria do Ministro CARLOS VELLOSO; 464.143-AgR, sob a relatoria da Ministra ELLEN GRACIE; 554.075-AgR, sob a relatoria da Ministra CÁRMEN LÚCIA; 592.937-AgR, sob a relatoria do Ministro CEZAR PELUSO; 594.018, sob a relatoria do ministro EROS GRAU.

20. À derradeira, pontuo que esta Corte já decidiu não haver óbice à cominação de *astreintes* contra a Fazenda Pública por descumprimento de obrigação de fazer (AI 758.647, da relatoria da Ministra CÁRMEN LÚCIA, DJ de 06/08/2009).

21. Por todo o exposto, e como já afirmo - do nos precedentes deste Supremo Tribunal, tenho como de inegável natureza plena e man-

damental o inciso IV do artigo 208 da Magna Carta de 1988. Dispositivo cujo imediato cumprimento não pode ser objeto de omissão do Poder Público.

Isso posto, e frente ao *caput* do art. 557 do CPC, e ao § 1º do art. 21 do RI/STF, nego seguimento ao recurso."

Após trazer à lume a verdadeira aula de direito constitucional, direitos humanos e cidadania constante do trecho da decisão acima transcrita, a qual, vale esclarecer, pode ser transportada para o adolescente, afinal, a própria Constituição Federal e as leis ordinárias procuram destacar de forma veemente a proteção à criança e ao adolescente. (Artigo 53, *caput*, ECA)

Vale transcrever aqui, por oportuna, a lição de KONRAD HESSE a respeito da força normativa da Constituição:

"Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa.¹⁶ Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado." (HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**, Tradução: GILMAR FERREIRA MENDES. Editor: Sérgio Antonio Fabris, pp.11-12)

Este Colendo Tribunal já se manifestou a respeito, *verbis*:

"0237227-33.2003.8.19.0001 - APELA-

ÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO. Des. RONALDO ASSED MACHADO - Julgamento: 12/09/2013 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDUCAÇÃO. CARÊNCIA DE PROFESSORES EM COLÉGIO ESTADUAL. CONDENAÇÃO DO ESTADO A CUMPRIR SEU DEVER CONSTITUCIONAL DE FORNECER EDUCAÇÃO DE BOA QUALIDADE AOS ALUNOS DA REDE PÚBLICA (ART. 206, VII DA CF), SOB PENA DE MULTA POR AUSÊNCIA DE PROFESSOR SEM REPOSIÇÃO DE AULAS. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA VARA DE INFÂNCIA E JUVENTUDE. DESCABIMENTO. PRINCÍPIOS DA ABSOLUTA PRIORIDADE E DA PROTEÇÃO INTEGRAL (ART. 227, *CAPUT*, DA CF) E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ART. 42 DO ECA). A AÇÃO CIVIL PÚBLICA DEVE SER PROPOSTA NO FORO DO LOCAL DA CONDUTA ATIVA OU OMISSIVA, CUJO JUÍZO TEM COMPETÊNCIA ABSOLUTA (ART. 147, 1, DO ECA). ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. AFASTAMENTO. POSSIBILIDADE DE SINDICÂNCIA PELO PODER JUDICIÁRIO DE OMISSÃO ESTATAL REITERADA EM NÃO GARANTIR DIREITO SOCIAL BÁSICO DE EDUCAÇÃO. ALEGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. AFASTAMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO. SÚMULA Nº 241 DO TJRJ. RECURSO CONHECIDO, MAS NEGADO PROVIMENTO A ELE.”

Portanto, sendo norma constitucional de eficácia plena, não comportando o comando constitucional a ideia de realização pró-futuro, do artigo 6º, que em alinhamento ao artigo 205, traz em seu bojo a previsão do pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, em sintonia com eles, também, ao artigo 3º,

todos da CRFB/88. Sendo a educação plena, como dito alhures, instrumento da concretização da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, II, da CRFB/88).

Por outro lado, data máxima vênia, não há que se falar em mérito administrativo e violação ao princípio da separação de poderes, pois o regular exercício da função jurisdicional, com alicerce na CRFB/88, não importa em vulneração ao princípio citado.

Por fim, no que concerne ao pedido de condenação do Estado do Rio de Janeiro em honorários advocatícios em favor do Fundo Especial do Ministério Público do Rio de Janeiro, tal pretensão não merece acolhida, uma vez que, na linha do entendimento tranquilo do STJ, não cabe a condenação de honorários de sucumbência em favor do MP quando vencedor de ação civil pública (REsp 895.530/PR; REsp 1.229.717/PR; REsp 1.099.573/RJ; REsp 1.038.024/SP; REsp 895.530/PR; AgRg REsp 1.320.333/RJ).

Em razão da previsão do artigo 18 da Lei nº 7.347/85, a condenação do MP ao pagamento de honorários sucumbenciais só tem cabimento se comprovada e inequívoca má-fé do *Parquet*, por outro lado, dentro da simetria de tratamento e através de interpretação sistemática do ordenamento, é inviável ao *Parquet* beneficiar-se de honorários sucumbenciais.

Por tais fundamentos, voto pelo provimento parcial do recurso, determinando ao estado que providencie, de imediato, a colocação de professores para as matérias descritas na exordial como faltantes, sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), fazendo cessar a omissão estatal, com a reposição das aulas perdidas pelos menores nas disciplinas de Biologia, Física, Matemática e Sociologia, e que adote as medidas necessárias para suprir a carência de pessoal administrativo, aqui sim

ficando ao alvedrio da administração pública estadual a forma de colmatação da referida lacuna.

Rio de Janeiro, 28 de março de 2017.

DES. LÚCIO DURANTE
Relator

DIREITO À EDUCAÇÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ECA E LEI Nº 13.146/2015. INCLUSÃO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRESTAÇÃO DE TRANSPORTE. RESPONSABILIDADE PELA GARANTIA.

Agravo de Instrumento. Ação obrigacional. Direito fundamental à educação. Inteligência do artigo 208, IV, da CRFB. Atendimento prioritário da pessoa com necessidades especiais. Preceito constitucional positivado na lei brasileira de inclusão de pessoa com deficiência. Tutela antecipada. Requisitos preenchidos. Manutenção da decisão. A antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional foi consolidada em nosso ordenamento jurídico, a partir do advento da Lei nº 8.952/94 em resposta aos anseios dos doutrinadores e da jurisprudência pátria, como uma das formas de celeridade e garantia da efetividade da prestação jurisdicional. O artigo 273 do Código de Processo Civil/73, de maneira prudente, estabeleceu os pressupostos para a sua concessão. Em que pesem as alterações realizadas pelo NCPC sobre a matéria, com inovações de procedimento e a previsto da tutela de evidência, os requisitos de concessão da tutela antecipada de urgência permanecem íntegros, *ex vi* do 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”). Logo, a referida prova deve levar o julgador ao convencimento da verossimilhança da alegação. Ademais, é imprescindível que haja receio de dano irreparável ou de difícil reparação. No caso em apreço, a decisão agravada não se afigura teratológica, contrária à lei ou à prova dos autos. Com efeito, como destacado na decisão de indeferimento do pedido de efeito suspensivo, a Constituição da República elenca em seu artigo 205 a educação como um bem fundamental à vida digna, existindo como atributo intrínseco da própria democracia, desta fazendo parte indissociável. O exercício da prática educacional serve, decerto, de instrumento poderoso de desenvolvimento da pessoa humana na busca de um melhor exercício da cidadania. Nesse passo, a efetivação do direito à educação, como instrumento de transformação social, compreende a própria dignidade da pessoa humana, como direito anterior à própria formação do Estado. Aliás, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 54, também estipula que: “É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: (...) III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; (...)”.

Verifica-se, portanto, que, tanto o legislador constitucional, quanto o infraconstitucional, procurou resguardar o direito das crianças e adolescentes de verem-se matriculadas em creches e escolas da rede pública de ensino, justamente, sabedores de que, inclusive, a maior parte da população brasileira é carente do ponto de vista sócio financeiro, necessitando os pais deixarem seus filhos com outras pessoas para poderem trabalhar e, para com o produto do trabalho, sustentá-los. Logo, numa concepção jurídica, torna-se passível de conceituarmos educação como um direito social público subjetivo, devendo ser materializado através de políticas sociais básicas, porquanto

indiscutivelmente relacionado a fundamentos constitucionais da nossa República, relacionando-se aos objetivos primordiais e permanentes de nosso Estado, em especial, quando buscamos a necessária erradicação da exclusão social imposta aos brasileiros em decorrência de todo um período histórico de opressão. Outrossim, no início do ano corrente, entrou em vigor a Lei Brasileira de Inclusão de Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015, que no seu art. 8º ratificou o disposto no art. 54 do ECA no que tange à criança e adolescente com deficiência, reiterando uma garantia de prioridade aos menores portadores de deficiências. Em especial, os incisos “c” e “d” do último diploma legal asseguram que tal prioridade compreende a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e, ainda, destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Desta forma, a prestação de transporte ao demandante pelo Poder Público não só representa condição para a efetivação do direito à educação, mas se coaduna com a proteção integral que merece a criança e o adolescente, mormente, na hipótese em tela, como salientou o juízo *a quo*, uma vez que o autor é portador de deficiência visual. Frise-se, por derradeiro, que o direito à saúde, garantido também com o atendimento especial que requer o agravado, está intrinsecamente ligado ao direito à vida, garantia constitucional esculpida no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. Tal direito representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República, em seu artigo 196. Sendo assim, mostra-se patente a existência do *periculum in mora* para a parte autora, que necessita da prestação do referido transporte a fim de ter assegurado não só seu direito à educação, mas também à saúde, vez que portador de deficiência visual, mostrando-se pertinente

a fixação de *astreinte*, sob pena de não se efetivar o *decisum* vergastado. Logo, a manutenção do provimento jurisdicional proferido em 1ª instância é medida imprescindível, isso porque a pretensão autoral é relevante (educação de crianças e atendimento de pessoas com deficiência, prioridade absoluta) e a sua desacolhida pelo judiciário fatalmente acarretará danos irreparáveis. Por derradeiro, como sublinhou o *Parquet*, a despeito de o Estado suscitar que o agravado deveria procurar se cadastrar no Vale Social, a fim de obter a benesse das passagens gratuitas no sistema de ônibus intermunicipal, tal assertiva não o exime da responsabilidade pela garantia do direito ora defendido. Isto porque, há entendimento uníssono da jurisprudência no sentido de que a responsabilidade no atendimento ao direito de acesso à saúde é solidária entre os entes federativos, de modo que não há que se falar em afastamento das *astreintes* fixados pelo juízo.

Presentes, enfim, os requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela de urgência de mérito, impunha-se o seu deferimento, cabendo lembrar que, nos termos do verbete nº 59, deste TJRJ, somente seria possível a reforma de decisão concessiva ou não de antecipação de tutela se contrária à Lei, à prova dos autos ou se teratológica, o que não se verifica na hipótese em tela. Aplicação do verbete n.º 59, deste Tribunal.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n.º 0059079-46.2016.8.19.0000, em que é Agravante: Estado do Rio de Janeiro e Agravado: L.N.Q. Rep/P/S/Pa D.C.Q.

Acordam os ilustres Desembargadores que integram a 3ª Câmara Cível deste E. Tribunal, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao agravo, nos termos do voto da Des. Relatora.

VOTO

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade.

A antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional foi consolidada em nosso ordenamento jurídico, a partir do advento da Lei nº 8.952/94 em resposta aos anseios dos doutrinadores e da jurisprudência pátria, como uma das formas de celeridade e garantia da efetividade da prestação jurisdicional.

O artigo 273 do Código de Processo Civil/73, de maneira prudente, estabeleceu os pressupostos para a sua concessão. Exige a prova inequívoca, que a mais abalizada doutrina tem conceituado *in verbis*:

“aquela que apresenta um grau de convencimento tal que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável, ou, em outros termos, cuja autenticidade ou veracidade seja provável” (J. E. CARREIRA ALVIM, “CPC Reformado”, Ed. Del Rey, 2ª ed., p. 115).

Em que pesem as alterações realizadas pelo NCPD sobre a matéria, com inovações de procedimento e a previsão da tutela de evidência, os requisitos de concessão da tutela antecipada de urgência permanecem íntegros, conforme 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.”

A tutela provisória de urgência é, assim, o instrumento processual que possibilita à parte pleitear a antecipação do pedido de mérito com fundamento na urgência. Essa espécie de tutela provisória subdivide-se em duas subespécies, quais sejam, a tutela provisória de urgência

antecipada e a tutela provisória de urgência cautelar.

Nesse passo, certo é que, com todas as inovações trazidas, os conceitos balizares foram mantidos, permanecendo a tutela antecipatória como aquela que proporciona a realização de um direito, tratando-se de “técnica processual que serve para viabilizar a prolação de uma decisão provisória capaz de outorgar tutela satisfativa ou tutela cautelar fundada em cognição sumária.”¹

Logo, a referida prova deve levar o julgador ao convencimento da verossimilhança da alegação.

Ademais, é imprescindível que haja receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Finalmente, estabelece o § 3º, da referida norma que a medida não poderá ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipatório.

Dessa forma, constata-se que a análise do pedido de tutela antecipada exige redobrada atenção, pois sua concessão implica na antecipação da prestação jurisdicional reclamada.

O Enunciado nº 08 do I Encontro de Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro normatizou a questão de outorga ou denegação da antecipação dos efeitos da tutela de mérito, nos seguintes termos:

“Somente se reforma a decisão concessiva ou não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à lei ou à prova dos autos.”

Nesse sentido, depreende-se que as deci-

1 MARINONI. Luiz Guilherme. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

sões relativas à antecipação de tutela, subordinam-se ao juízo de aferição do magistrado que preside a instrução e o processamento da causa, só cabendo a reforma em segundo grau se teratológicas, contrárias à lei ou à prova dos autos.

Insta ressaltar, que o enunciado foi convertido na atual súmula nº 59, do TJRJ, que norteia as decisões proferidas em sede de agravo de instrumento, estando a outorga da antecipação de tutela em grau recursal adstrita às hipóteses previstas na referida súmula.

É bem verdade que o referido verbete sumular foi editado sob a égide do CPC/73.

Todavia, como os requisitos de concessão da tutela antecipada de urgência do NCPC são os mesmos do CPC/73, o enunciado continua válido e aplicável para as decisões de antecipação dos efeitos da tutela de urgência proferidas com base no NCPC.

No caso em apreço, a decisão agravada não se afigura teratológica, contrária à lei ou à prova dos autos.

Com efeito, como destacado na decisão de indeferimento do pedido de efeito suspensivo, a Constituição da República preceitua em seu artigo 205, *in verbis*:

“A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”

Ou seja, a educação é um bem fundamental à vida digna, existindo como atributo intrínseco da própria democracia, desta fazendo parte indissociável. O exercício da prática educacional serve de instrumento poderoso de

desenvolvimento da pessoa humana na busca de um melhor exercício da cidadania.

Nesse passo, a efetivação do direito à educação, como instrumento de transformação social, compreende a própria dignidade da pessoa humana, como direito anterior à própria formação do Estado.

Esse preceito tornou-se, desde logo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, autoaplicável e, portanto, veio à baila com força suficiente a compelir a pessoa jurídica de direito público a viabilizar o acolhimento das crianças na rede pública escolar.

Na verdade, foi além o legislador constituinte de 1988, pois dispôs, ainda, sobre os recursos indispensáveis a custear essa obrigação, que é de caráter social insuplantável.

Aliás, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 54, também estipula que:

“É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

(...)

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

(...)

VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.”

Nessa toada, vale colacionar a lição de JOSÉ LUIZ MÔNACO DA SILVA², ao co-

² **Estatuto da Criança e do Adolescente**, editora Revista dos Tribunais, p.89.

mentar referido dispositivo:

“(...) Os fins almejados pelo preceito são de clareza solar. Enquanto os pais ou responsável desenvolvem suas atividades laborativas, as crianças ficam confinadas aos dirigentes dessas entidades até que a jornada de trabalho esteja concluída (...).”

Verifica-se, portanto, que, tanto o legislador constitucional, quanto o infraconstitucional, procurou resguardar o direito das crianças e adolescentes de verem-se matriculadas em creches e escolas da rede público de ensino, justamente, sabedores de que, inclusive, a maior parte da população brasileira é carente do ponto de vista sociofinanceiro, necessitando os pais deixarem seus filhos com outras pessoas para poderem trabalhar e, para com o produto do trabalho, sustentá-los.

Logo, numa concepção jurídica, torna-se passível de conceituarmos educação como um direito social público subjetivo, devendo ser materializado através de políticas sociais básicas, porquanto indiscutivelmente relacionado a fundamentos constitucionais da nossa República, relacionando-se aos objetivos primordiais e permanentes de nosso Estado, em especial, quando buscamos a necessária erradicação da exclusão social imposta aos brasileiros em decorrência de todo um período histórico de opressão.

Outrossim, se o objetivo do direito fundamental à educação é o pleno desenvolvimento da personalidade humana, é necessário que o Poder Público assegure os pressupostos para o uso deste direito, do contrário, perderá o sentido qualquer forma de educação.

Nesse passo, temos que o direito à educação, por ser direito social e fundamental, pode ser chamado à efetividade por qualquer indivíduo que se sinta excluído do efetivo acesso

previsto em nossa Constituição.

Outrossim, no início do ano corrente, entrou em vigor a Lei Brasileira de Inclusão de Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015, que no seu art. 8º ratificou o disposto no art. 54 do ECA no que tange à criança e adolescente com deficiência

Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Depreende-se do supramencionado art. 8º da Lei nº 13.146/2015, bem como do artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma garantia de prioridade aos menores portadores de deficiências. Em especial, os incisos “c” e “d” do último diploma legal asseguram que tal prioridade compreende a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e, ainda, destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Desta forma, a prestação de transporte ao demandante pelo Poder Público não só representa condição para a efetivação do direito à educação, mas se coaduna com a proteção integral que merece a criança e o adolescente,

mormente, na hipótese em tela, como salientou o juízo *a quo*, uma vez que o autor é portador de deficiência visual

Frise-se, por derradeiro, que o direito à saúde, garantido também com o atendimento especial que requer o agravado, está intrinsecamente ligado ao direito à vida, garantia constitucional esculpida no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. Tal direito representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República, em seu artigo 196.

Sendo assim, mostra-se patente a existência do *periculum in mora* para a parte autora, que necessita da prestação do referido transporte a fim de ter assegurado não só seu direito à educação, mas também à saúde, vez que portador de deficiência visual, mostrando-se pertinente a fixação de *astreinte*, sob pena de não se efetivar o *decisum* vergastado.

Logo, a manutenção do provimento jurisdicional proferido em 1ª instância é medida imprescindível, isso porque a pretensão autoral é relevante (educação de crianças e atendimento de pessoas com deficiência prioridade absoluta) e a sua desacolhida pelo judiciário fatalmente acarretará danos irremediáveis.

Por derradeiro, como sublinhou o *Parquet*, a despeito de o Estado suscitar que o agravado deveria procurar se cadastrar no Vale Social, a fim de obter a benesse das passagens gratuitas no sistema de ônibus intermunicipal, tal assertiva não o exime da responsabilidade pela garantia do direito ora defendido. Isto porque, há entendimento uníssono da jurisprudência no sentido de que a responsabilidade no atendimento ao direito de acesso à saúde é solidária entre os entes federativos, de modo que não há que se falar

em afastamento das *astreintes* fixados pelo juízo.

Presentes, enfim, os requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela de urgência de mérito, impunha-se o seu deferimento, cabendo lembrar que, nos termos do verbete nº 59, deste TJRJ, somente seria possível a reforma de decisão concessiva ou não de antecipação de tutela se contrária à Lei, à prova dos autos ou se teratológica, o que não se verifica na hipótese em tela.

À conta dessas considerações, conheço e nego provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 08 de fevereiro de 2017.

DES. RENATA MACHADO COTTA
Relatora

DIREITO À ACESSIBILIDADE E À EDUCAÇÃO. PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. OBRA EM ESTACÃO FERROVIÁRIA. TRANSPORTE ADEQUADO PARA A LOCOMOÇÃO DO AUTOR À UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO DE JANEIRO. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. LEI Nº 13.146/2015. ADEQUAÇÃO SOB PENA DE MULTA DIÁRIA.

Agravo de Instrumento. Decisão que, em ação de obrigação de fazer, deferiu a antecipação dos efeitos da tutela a fim de determinar que o primeiro réu (Supervia) execute e implemente, no prazo de 180 dias, obras na estação ferroviária de Queimados-RJ, com a finalidade de garantir a acessibilidade adequada à deficiência do autor, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00, para o descumprimento da decisão, podendo esta ser majorada e ter sua periodicidade alterada em caso de renitência do réu. Determi-

nou-se, também, que os réus (Estado do Rio de Janeiro e Supervia), solidariamente, forneçam, enquanto pender a obra, transporte adequado para a locomoção do autor à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00. Posteriormente, ordenou-se o sequestro de verbas públicas do Estado do Rio de Janeiro, a fim de que o autor possa, com os recursos públicos bloqueados, custear sua locomoção de ida e volta para a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, durante um período de três meses.

1 – Preliminar de nulidade da decisão agravada por violação ao contraditório. O art. 2º da Lei nº 8.437/42 exige a audiência do representante da pessoa jurídica de direito público, antes que seja concedida medida liminar ou antecipação dos efeitos da tutela (tutela provisória, conforme o novel artigo 1059 do CPC), no entanto, tal comando legal vem sendo mitigado pelos tribunais, frente a interesses maiores, desde que presentes os requisitos autorizadores da concessão da medida. Contraditório e ampla defesa por parte da Fazenda Pública que foi, tão somente, diferido. O Colendo Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que, em situações excepcionais, na qual a prévia oitiva do ente público pode pôr em risco o direito que se busca preservar, como no caso dos autos, em que se procura garantir a portador de necessidades especiais o direito à acessibilidade e à educação, é perfeitamente cabível a postergação do contraditório. Súmula nº 60 deste Eg. Tribunal de Justiça. Outrossim, o processo originário, conforme se observa do sítio da internet, vem alcançando o seu trâmite regular, com o oferecimento de contestação pelos interessados, não havendo que se falar em prejuízo efetivo pela opção do contraditório diferido. Ademais, o presente agravo de instrumento ofertou amplo contraditório e debate sobre as questões em

jogo, ainda que em sede de tutela provisória, sendo realizada até mesmo audiência especial com as partes e a Supervia, interessada e responsável solidária no cumprimento das obrigações (artigo 1005 e seu parágrafo único do CPC).

2 – Ilegitimidade ativa e falta de interesse processual por inadequação da via processual eleita pelo autor. Rejeição. A jurisprudência deste Eg. Tribunal de Justiça vem admitindo que o indivíduo possa propor ação requerendo a tutela de direito metaindividual, quando este se confundir com um direito subjetivo individual. Tais decisões se baseiam na coexistência do direito individual do autor com o direito difuso ou coletivo, que dá legitimidade ao autor para defender seu direito ainda que o exercício do mesmo se comunique, de forma indireta, com o direito da coletividade.

3 – Mérito recursal. Alegação de violação dos Princípios da separação dos poderes, isonomia e às normas orçamentárias. Por um lado, não devemos olvidar que o Decreto Legislativo nº 186/2008, Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, assinada em Nova Iorque aos 30/03/2007, possui *status* de emenda constitucional, por força do artigo 5º, § 3º da Carta da República, que busca proteger e garantir os direitos daqueles que necessitam de uma tutela especial, como é o caso. O C. STF possui o entendimento de que é necessária a promoção e integração à vida comunitária daqueles que possuem deficiência física, como corolário de um princípio maior contido na Constituição da República: a concretização da dignidade da pessoa humana. Direito de acessibilidade, previsto no art. 227, §2º, da CFRB. Mínimo existencial. Direito de exercício de cidadania e de participação social, dentre outros tantos, por parte daqueles que possuem algum tipo de deficiência ou mobilidade reduzida, aliás, que é expresso na nova legislação que

instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015). Artigo 54, II do Decreto nº 5.296/2004.

4 – No entanto, por outro lado, não se pode deixar de ter em mente que a destinação de recursos públicos, sempre escassos, instaura situações de inevitável conflito. Não restam dúvidas de que as necessidades são infinitas, enquanto os recursos são finitos. É neste ponto que há de se ponderar os interesses em jogo e obrar com a devida proporcionalidade a fim de conformar a intangibilidade do mínimo existencial com a teoria da reserva do possível, esta última defendida pelo Poder Público em questões como a deste processo. “Escolhas trágicas”. Precedentes do C. Supremo Tribunal Federal.

5 – Circunstância fática relativa ao momento delicado pelo qual passa o Estado do Rio de Janeiro, no que tange às suas finanças. A efetivação dos direitos individuais deve ser determinada pelo Judiciário ao Estado com a menor onerosidade possível, até mesmo porque o Judiciário não detém o conhecimento, nem todas as informações necessárias à estipulação de políticas públicas, atribuição afeta ao Executivo. A determinação, *initio litis*, para obrigar o primeiro réu a adequar a estação de trem de Queimados às regras de acessibilidade para deficientes, no prazo de 180 dias, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00, não se mostra adequada (obras de acessibilidade completas demandam planejamento de longo prazo e investimentos), e nem mesmo o levantamento de vultosa quantia (R\$ 50.400,00) para uma única pessoa usufruir de táxi, mormente quando se considera que há, em nosso Estado, a concessão de vale social para o transporte público.

6 – Existência de Ação Civil Pública cujo objeto também se refere à acessibilidade na estação ferroviária de Queimados. Ao que consta no sítio eletrônico, na página do TJRJ, consta decisão do Juízo da 1ª Vara

Cível da Comarca de Queimados determinando a citação da Supervia, e juntada de petição, sem, no entanto, decisão quanto à questão principal. De qualquer maneira, faz-se necessária a decisão quanto à tutela provisória individual.

7 - Realizada a Audiência Especial com as partes envolvidas neste litígio em que restou infrutífera a conciliação, porém surgiu a alternativa de verificação das estações de trem mais próximas que estariam devidamente preparadas para receber o agravado.

8 - Análise da documentação acostada pelas partes, ramais e estações constantes do sítio eletrônico da Supervia. A estação de Ricardo de Albuquerque, no ramal Japeri (ramal este que abrange a estação de Queimados utilizada pelo agravado), é a mais indicada no que tange à acessibilidade. A fim de ponderar os interesses em jogo, e para que seja possível que o agravado tenha o seu direito de educação resguardado, devem os réus da ação originária, a princípio, até que outra decisão seja tomada em sede definitiva no Juízo de primeira instância, arcarem com o transporte do agravado de sua residência até a estação citada (Ricardo de Albuquerque), a partir da qual deverá o mesmo fazer seu trajeto, de trem, até a estação do Maracanã, no mesmo ramal. Igualmente, no retorno de sua faculdade (UERJ), tudo em dias e horários a serem previamente acordados entre as partes envolvidas, deverão buscar o agravado na estação referida com acessibilidade e leva-lo até sua residência. Mínimo de transbordos, baldeações e conexões possíveis.

9- Cumprimento da decisão da maneira menos onerosa possível, frente à situação real dos autos.

10 – Agravado que deverá comprovar a frequência na faculdade, mediante documento emitido pela instituição de ensino, a fim de se efetuar estrito controle da verba pública a ele destinada, a cargo de verfic -

ção pelo Juízo de primeira instância.**11 – Parcial provimento do recurso.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0042525-36.2016.8.19.0000, em que é Agravante: Estado do Rio de Janeiro e Agravado: Igor Lima da Cruz Gomes e Interessada: Supervia Concessionária de Transporte Ferroviário S/A.

Acordam os Desembargadores que compõem a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação de obrigação de fazer, deferiu a antecipação dos efeitos da tutela a fim de determinar que o primeiro réu execute e implemente, no prazo de 180 dias, obras na estação ferroviária de Queimados-RJ, com a finalidade de garantir a acessibilidade adequada à deficiência do autor, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00, para o descumprimento da decisão, podendo esta ser majorada e ter sua periodicidade alterada em caso de renitência do réu. Determinou-se, também, que os réus, solidariamente, forneçam, enquanto pender a obra, transporte adequado para a locomoção do autor à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00. Posteriormente, ordenou-se o sequestro de verbas públicas do Estado do Rio de Janeiro, a fim de que o autor possa, com os recursos públicos bloqueados, custear sua locomoção de ida e volta para a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, durante um período de três meses.

O agravante sustenta, em suas razões, a nulidade da decisão liminar, uma vez que, na forma do artigo 1059 do CPC e 2º da Lei nº 8.437/92, para que seja concedida a tutela provisória contra a Fazenda Pública, é necessária a

prévia oitiva de seu representante, no prazo de 72 horas, o que não foi observado. Alega, ainda, a ilegitimidade ativa e a falta de interesse processual por inadequação da via processual eleita pelo autor, pois pleiteia individualmente prestações de natureza difusa. Aduz que a decisão do Juízo *a quo* viola os princípios da proporcionalidade e isonomia no sentido de que o transporte para as pessoas portadoras de deficiência é gratuito, bastando que o autor faça seu cadastramento para que possa usufruir do benefício denominado “Vale Social”. Por fim, assevera que não compete ao Judiciário substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário, sob pena de violação aos princípios democráticos, da separação dos poderes e às normas orçamentárias, além de que, é notória e gravíssima a crise financeira pela qual passa o Estado do Rio de Janeiro, tanto que o Exmo. Sr. Governador acaba de decretar “Estado de Calamidade Pública”. Requer, assim, o efeito suspensivo e a reforma da decisão agravada para que seja cassada a liminar antecipatória, cancelando-se o mandado de pagamento expedido em favor do autor e determinando-se ao Juízo *a quo* a restituição dos valores sequestrados às contas de origem de titularidade do Estado do Rio de Janeiro ou, se o autor já tiver levantado o valor constante no Mandado de Pagamento, que seja, então, determinada a sua intimação para a imediata devolução em conta à disposição do Juízo para futura restituição ao Estado.

A f. 31/32 foi concedido o efeito suspensivo pleiteado.

Foram ofertadas contrarrazões a f. 40/44, em que o agravado assevera que outros meios de transporte não atendem à finalidade do deslocamento até a UERJ, pois, quem conhece a localização do Município de Queimados e os trajetos dos ônibus intermunicipais até o Bairro do Maracanã, sabe que as inúmeras baldeações em coletivos inviabilizaria o seu deslocamen-

to até a Universidade que frequenta, sobretudo mediante sua especial condição.

Parecer do Ministério Público a f. 47/48 no sentido de que a decisão agravada deve ser cassada a fim de que o Estado possa se defender, de acordo com o artigo 1059 do CPC/2015.

A f. 58 foi designada audiência especial, atendendo a pedido formulado pela parte agravante a f. 56.

A f. 95 foi retificado o registro e autuação do presente feito para incluir como interessada a Supervia – Concessionária de Transporte Ferroviário S.A.

A f. 96/97 consta cópia da Audiência Especial realizada no gabinete da Desembargadora Relatora em que foi assentado que a Defensoria Pública iria apresentar um estudo, no prazo de 10 (dez) dias, sobre a viabilidade de uma solução alternativa de acesso do Agravado à estação mais próxima, em condições de recebê-lo dignamente e com a sua transferência ao destino final através do transporte térreo ferroviário até a Universidade, e, após, a Supervia se manifestaria sobre o estudo no mesmo prazo, bem como o Estado do Rio de Janeiro.

Petição de f. 99/100 em que o agravado, por meio da Defensoria Pública, tece comentários com base em percepções dos usuários do serviço no tocante à acessibilidade das estações ferroviárias mais próximas de Queimados.

Manifestação do Estado do Rio de Janeiro a f. 106/108 no sentido de que a petição de f. 99/100 não atende o que ficou determinado na audiência especial. Ademais, afirma que, na situação de calamidade financeira em que se encontram as finanças públicas não há como se acolher o pedido de reforma completa da estação de trem de Queimados para atender as necessidades de deslocamento do agravado e muito menos prover-lhe o transporte privativo.

Expõe o Estado que não tem obrigação de prover tais alterações porque se trata de serviço público concedido, e, portanto, os imóveis das estações, embora sendo de natureza pública, se encontram sob a posse do concessionário, que tem responsabilidade pela manutenção e melhoria do sistema de transporte público por trens. Ressalta que na audiência especial a Supervia ofereceu a disponibilização de cinco funcionários para auxiliar a baldeação do agravado na Estação de Queimados, porém foi recusado.

Por fim, afirma que a crise econômica tem demonstrado que não há como a sociedade e o Estado atenderem a todas as demandas pessoais e sociais, até mesmo porque os recursos são limitados e as necessidades ilimitadas. Requer que o feito seja colocado em pauta para julgamento.

A f. 109/115, manifestação da Supervia afirmando a conduta desleal do agravado que, antes mesmo de cumprir o que fora ajustado em audiência especial, requereu, perante o MM. Juízo *a quo*, arresto nas contas da Supervia para custear seu transporte particular. Assevera que, na forma do artigo 1005 do CPC, a decisão que concedeu efeito suspensivo a este recurso aproveita tanto o Estado como a Supervia, na medida em que ambas foram condenadas solidariamente ao custeio do transporte particular do agravado. Aduz que o estudo apresentado não atendeu ao escopo determinado em audiência, sendo certo que a acessibilidade é prestada de forma assistida, modalidade prevista no artigo 8º, I do Decreto nº 5.296/2004

Assevera, mais, a Supervia, que na audiência do dia 22/11/2016, se dispôs a conciliar os horários do agravado com a presença de pelo menos 5 (cinco) agentes plenamente aptos a lhe prestar acessibilidade assistida na estação de Queimados. Outrossim, no que diz respeito

ao trajeto Queimados – UERJ, há ao menos 5 (cinco) combinações diferentes de trajetos que atenderiam a Igor, em ponto próximo tanto à sua residência quando ao seu destino final. Expõe, ainda, que, de acordo com pesquisa do Instituto de Políticas de Transporte e Desenvolvimento divulgada pelo Jornal O Globo, 53% (cinquenta e três por cento) da população carioca vive a mais de 1km de estações de trem, metrô ou BRT, além de que, as estações Olinda, Deodoro e Ricardo de Albuquerque, ao contrário do que afirma o agravado, são plenamente acessíveis e contam com vão entre o trem e a plataforma em parâmetros absolutamente razoáveis, de acordo com os padrões mundiais.

Parecer do Ministério Público a f. 192/195 pelo provimento parcial do agravo de instrumento.

É o relatório, em complemento ao já lançado aos autos (f. 50/51).

Voto

Inicialmente, como já restou assentado, esta Desembargadora relatora, considerando que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso de processo judicial, nos exatos termos do artigo 3º, § 3º e do artigo 139, V, ambos do CPC, determinou a realização de audiência especial, a pedido da parte, porém, não foi possível a autocomposição, razão pela qual o feito foi incluído em pauta para o julgamento.

Ressalte-se que, apesar de infrutífera a possibilidade de conciliação, a oitiva das partes envolvidas no litígio, bem como a presença, inclusive, do *parquet*, foi extremamente importante para a apuração do que se aventou

como uma solução mais consentânea com a realidade das partes.

O recorrente arguiu, em sua inicial, a nulidade da decisão agravada, por vício formal.

Ocorre que a limitação imposta pelo artigo 2º da Lei nº. 8.437/92, conforme textualmente citou o agravante, se refere ao mandado de segurança coletivo e a ação civil pública, quando cabível, e não, em linha de princípio, a demanda individual.

No caso, embora a decisão tenha efeitos transindividuais, a ação é movida por indivíduo singularmente considerado, portador de necessidades especiais, conforme comprovado nos autos.

Outrossim, embora o artigo 2º da Lei nº 8.437/42 exija a audiência do representante da pessoa jurídica de direito público, antes que concedida medida liminar ou antecipação dos efeitos da tutela (tutela provisória, conforme o novel artigo 1059 do CPC), não se pode olvidar que tal comando legal vem sendo mitigado pelos tribunais, frente a interesses maiores, desde que presentes os requisitos autorizadores da concessão da medida.

O contraditório e ampla defesa por parte da Fazenda Pública foi, tão somente, diferido. O colendo Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que, em situações excepcionais, na qual a prévia oitiva do ente público pode pôr em risco o direito que se busca preservar, como no caso dos autos, em que se procura garantir a portador de necessidades especiais o direito à acessibilidade e à educação, é perfeitamente cabível a postergação do contraditório. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR CONCEDIDA, EXCEPCIONALMENTE,

SEM OITIVA PRÉVIA DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. ART. 2º DA LEI Nº 8.437/1992. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 83/STJ. 1. Cinge-se a controvérsia dos autos se é possível a concessão de liminar, sem oitiva prévia do município, nos casos de ação civil pública. 2. O entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça permite, excepcionalmente, em especial para resguardar bens maiores, a possibilidade de concessão de liminar, sem prévia oitiva da pessoa jurídica de direito público, quando presentes os requisitos legais para a concessão de medida liminar em ação civil pública. (Precedentes. AgRg no REsp 1.372.950/PB, Rel. Min HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA; AgRg no Ag 1.314.453/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA; REsp 1.018.614/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA; REsp 439.833/SP, Rel. Min. DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pacificou o entendimento e editou a Súmula n.º 60-TJRJ, cujo verbete dispõe ser “admissível a antecipação de tutela de mérito, mesmo contra a Fazenda Pública, desde que presentes os seus pressupostos”.

Outrossim, o processo originário, conforme se observa do sítio da *internet*, vem alcançando o seu trâmite regular, com o oferecimento de contestação pelos interessados, não havendo que se falar em prejuízo efetivo e concreto no presente caso pela opção do contraditório diferido. Não devemos olvidar, inclusive, que o presente agravo de instrumento ofertou amplo contraditório e debate sobre as questões em jogo, ainda que em sede de tutela provisória, sendo realizada até mesmo audiência especial com as partes e a Supervia, interessada e responsável solidária no cumprimento das obrigações (artigo 1005 e seu parágrafo único do CPC).

Assevero, ademais, que, a jurisprudência deste Eg. Tribunal de Justiça vem admitindo que o indivíduo possa propor ação requerendo a tutela de direito metaindividual, quando este se confundir com um direito subjetivo individual. Tais decisões se baseiam na coexistência do direito individual do autor com o direito difuso ou coletivo, que dá legitimidade ao autor para defender seu direito ainda que o exercício do mesmo se comunique, de forma indireta, com o direito da coletividade. Nesse sentido o seguinte julgado, a título ilustrativo:

Processo : 0414376-40.2008.8.19.0001.
2ª Ementa – Apelação -DES. CEZAR AUGUSTO R. COSTA - Julgamento: 03/10/2013 – Terceira Câmara Cível

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SANEAMENTO BÁSICO. REDE DE ESGOTO. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. LEGITIMIDADE ATIVA E INTERESSE PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO INDIVIDUAL. 1. Irresignação recursal contra a decisão monocrática que determinou a anulação de sentença de extinção sem resolução do mérito, por ilegitimidade ativa, pela possibilidade de veiculação, em demanda individual, de pretensão de instalação de rede de esgoto, ainda que esta possa também, ser tutelada pela via coletiva. 2. O direito pleiteado se verificou homogêneo e de natureza divisível e determinada, ou seja, aquele decorrente de origem comum, nos termos do artigo 81, parágrafo único, III do Código de Defesa do Consumidor, não sendo prejudicado pela coexistência de direito difuso ou coletivo, de acordo com a norma trazida pelo artigo 104 do código consumerista. 3. Em que pese o direito em tela se originar de um evento comum e ser, portanto, passível de tutela coletiva, a pretensão individual não pode ser obstada sob pena de violar o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Se o Estado se revela omissivo e inerte o parti-

cular prejudicado pode ajuizar ação em nome próprio para compelir a Administração Pública à realização de obras em rede de esgoto sanitário, essencial à sua dignidade e saúde. Direitos fundamentais protegidos pela Constituição, fora do âmbito da discricionariedade administrativa. Precedentes deste Tribunal de Justiça. 4. Recurso que se conhece e se vota por seu desprovimento.

Em recente decisão, aliás, a E. 24ª Câmara Cível entendeu pela legitimidade ativa da parte autora para pleito similar ao presente, conforme abaixo:

Processo : 0067832-19.2009.8.19.0038
1ª Ementa – Apelação. DES. REGINA LUCIA PASSOS - Julgamento: 24/08/2016 - Vigésima Quarta Câmara Cível Consumidor. Apelação Cível. Direito Constitucional. Acessibilidade. Pessoa portadora de necessidades especiais e interdita. Estatuto do Idoso. Direito à Saúde. Relação de consumo. Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenizatória. Concessionária de serviço público. Transporte ferroviário. Alegação de ausência de infraestrutura de acessibilidade nas estações e nas composições. Sentença de improcedência. Apelação autoral. Acolhimento. Legitimidade dos autores, como consumidores e por suas condições especiais de vulnerabilidade. Presença de interesse difuso, que não afasta o reconhecimento da existência de interesse individual. Acessibilidade é um consectário do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A garantia ao acesso adequado para as pessoas portadoras de deficiência no transporte público coletivo é Constitucional. Leis, nº 16.098/2000 e nº 10.048/2000 estabeleceram normas e critérios para promoção da acessibilidade. Decreto nº 5.296/2004, que estabeleceu prazo de 120 meses para a concretude final. O cronograma instituído pelo Decreto Municipal nº 29.896/2008 não tem o condão de alterar a previsão legal, uma vez que se constitui em

mero ato normativo, de hierarquia inferior. O prazo foi decretado para que haja implementação completa em todo o sistema, não podendo ser interpretado como permissivo para a total ausência de acesso dos destinatários, mesmo não escoado o termo final. Ademais, o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova York, em 30 de março de 2007, cuja eficácia é imediata, sendo equivalente a Emenda Constitucional, na forma do art.5º, § 3º, da CFRB. Concessionária ré que não fez prova da existência de acesso ou infraestrutura na localidade em questão. Descumprimento do ônus do art.331, II, do CPC/73, ora elencado no art.373, II, do NCPC. Reforma que se impõe. Situação que vem ultrapassando o mero aborrecimento cotidiano. Lesões psíquicas configuradas. Prejuízos à saúde. Verba indenizatória fixada em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), para cada autor. Jurisprudência e precedentes citados: 0014557-12.2013.8.19.0008. Apelação - DES. SÉRGIO SEABRA VARELLA - Julgamento: 15/06/2016 - Vigésima Quarta Câmara Cível Consumidor; 0014295-53.2012.8.19.0087 - Apelação DES. ANTONIO CARLOS BITENCOURT - Julgamento: 13/05/2015 - Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor. Provimento do Recurso.

O que pretende a parte autora não é a proteção de um direito difuso, mas o seu direito subjetivo diretamente atingido, o que se faz plenamente possível.

Não obstante a alegação de violação dos Princípios da separação dos poderes, isonomia e às normas orçamentárias, não devemos olvidar que o Decreto Legislativo nº 186/2008, Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, assinada em Nova Iorque aos 30/03/2007, possui *status* de emenda constitucional, por força do artigo 5º, § 3º da Carta da República, que busca

proteger e garantir os direitos daqueles que necessitam de uma tutela especial, como é o caso.

O C. STF possui o entendimento de que é necessária a promoção e integração à vida comunitária daqueles que possuem deficiência física, como corolário de um princípio maior contido na Constituição da República: a concretização da dignidade da pessoa humana:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. GRATUIDADE DE TRANSPORTE PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA MENTAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE (ART. 330, I, DO CPC). ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. ANÁLISE DE MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. 1. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivos infraconstitucionais torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes: RE 596.682, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Dje de 21/10/10, e o AI 808.361, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Dje de 08/09/10. 2. Os princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando a verificação de sua ofensa dependa do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a abertura da instância extraordinária. Precedentes: AI 804.854-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Dje de 24/11/2010, e AI 756.336-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Dje de 22/10/2010. 3. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. PRETENSÃO DE DETERMINAÇÃO À PERMISSONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO PARA O TRANSPORTE GRATUITO DE

PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA MENTAL. IMPROVIMENTO AO RECURSO. I – Nos termos do art. 203, IV, da Constituição Federal, ‘a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos (...) a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; (...)’. O transporte dos deficientes físicos promove a sua integração à vida comunitária e o Colendo Supremo Tribunal Federal através de seu venerando Tribunal Pleno, julgando a ADI nº 3768/DF, na qual foi relatora a eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA, em julgamento de 19/09/2007, conforme Dje de 20/10/2007, afastou a exigência de fonte de custeio quando se trata de transporte capaz de viabilizar a concretização da dignidade da pessoa humana e de seu bem-estar. Fundamentando-se diretamente na Constituição Federal, o direito ao transporte gratuito de deficiente afasta a necessidade de fonte de custeio; (...);

III – Os deficientes físicos ‘não são em número suficiente para aniquilar os ganhos dos empresários’ e as empresas não têm um custo maior pelo fato de transportá-los, sobretudo a Apelante que já vinha concedendo a gratuidade nos transportes coletivos a 652 pessoas portadoras de deficiência mental sem previsão de fonte de custeio; IV – Improvimento ao recurso.” 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AI 847845 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 Divulg 07/02/2013 Public 08/02/2013)

O Direito de acessibilidade, previsto no art. 227, §2º, da CFRB, é um consectário do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e também da Igualdade, e se configura como o mínimo existencial para as pessoas portadoras de necessidades especiais para que possam exercer plenamente sua cidadania, bem como

o Direito de ir e vir, desfrutando das mesmas oportunidades de saúde, lazer, trabalho.

Tanto o Estado do Rio de Janeiro como a Supervia, no entanto, defendem que são ofertados meios para que o ora agravado tenha o seu direito de ir e vir resguardado, seja por transporte público coletivo (e para tanto existindo, inclusive, o Vale Social), seja pela acessibilidade assistida na estação de Queimados, conforme autoriza o artigo 8º, I do Decreto nº 5.296/2004.

No entanto, não é o que se verifica no mundo fático, pois, a estação localizada em Queimados tem estrutura inferior, quanto à acessibilidade, a outras localizadas na Cidade do Rio de Janeiro (como a do Maracanã, conforme, inclusive, se visualiza a f. 139/148).

Sem dúvidas, rampas de acesso descobertas e com ângulo de inclinação extremado impossibilitam o acesso de cadeirante com autonomia, na forma preceituada no mesmo artigo 8º, I do Decreto nº 5.296/2004.

Outrossim, no caso, embora a Supervia alegue que vem cumprindo suas obrigações legais uma vez que fornece auxílio ao agravado na modalidade de acessibilidade assistida, oferecendo, inclusive, cinco funcionários para ajudar o recorrido na Estação de Queimados, entende esta Relatora que tal providência não é a mais adequada na hipótese, ainda mais quando verificado em audiência que a cadeira do agravado possui diversas baterias que aumentam, sobremaneira o peso, gerando maiores dificuldades no deslocamento e possibilitando a ocorrência de eventuais danos de maior gravidade.

O direito de exercício de cidadania e de participação social, dentre outros tantos, por parte daqueles que possuem algum tipo de deficiência ou mobilidade reduzida, aliás, é expresso na nova legislação que instituiu o

Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), senão vejamos:

“Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico

(...)

Art. 53. A acessibilidade é direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social.”

E, o direito de acessibilidade é dever a ser cumprido por parte daqueles que pretendem contratar com o Poder Público para ofertar aos usuários serviços públicos, como é o caso do transporte ferroviário, nos termos do artigo 54, II da mesma legislação, *in verbis*:

“Art. 54. São sujeitas ao cumprimento das disposições desta Lei e de outras normas relativas à acessibilidade, sempre que houver interação com a matéria nela regulada:

(....)

II - a outorga ou a renovação de concessão, permissão, autorização ou habilitação de qualquer natureza;”

Ocorre que, não se pode deixar de ter em

mente que a destinação de recursos públicos, sempre escassos, instaura situações de inevitável conflito. Não restam dúvidas de que as necessidades são infinitas, enquanto os recursos são finitos

É neste ponto que há de se ponderar os interesses em jogo e obrar com a devida proporcionalidade a fim de conformar a intangibilidade do mínimo existencial com a teoria da reserva do possível, esta última defendida pelo Poder Público em questões como a deste processo. Nas palavras do Ministro CELSO DE MELLO:

“ (.....) A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do míni-

mo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). (...). (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 Divulg 14/09/2011 Public 15/09/2011 Ement Vol - 02587-01 PP-00125)”.

O direito à acessibilidade e à educação ao portador de necessidades especiais é considerado como parte do mínimo existencial acima preconizado, e, a maneira de resguardá-lo é que deve ser discutida, a título, por óbvio, de tutela provisória.

Por outro lado, é fato notório o momento delicado pelo qual passa o Estado do Rio de Janeiro, no que tange às suas finanças. A efetivação dos direitos individuais deve ser determinada pelo Judiciário ao Estado com a menor onerosidade possível, até mesmo porque o Judiciário não detém o conhecimento, nem todas as informações necessárias à estipulação de políticas públicas, atribuição afeta ao Executivo.

Nesse sentido, a determinação, *initio litis*, em sede de tutela antecipada, para obrigar o

primeiro réu (Supervia) a adequar a estação de trem de Queimados às regras de acessibilidade para deficientes, no prazo de 180 dias, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00, não se mostra adequada (obras de acessibilidade completas demandam planejamento de longo prazo e investimentos), e nem mesmo o levantamento de vultosa quantia (R\$ 50.400,00) para uma única pessoa usufruir de táxi, mormente quando se considera que há, em nosso Estado, a concessão de vale social para o transporte público.

Aliás, é de conhecimento que o Ministério Público interpôs Ação Civil Pública de nº 0008418-27.2014.8.19.0067, cujo objeto também se refere à acessibilidade na estação ferroviária de Queimados. Ao que consta no sítio eletrônico, na página do TJRJ, consta decisão do Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Queimados determinando a citação da Supervia, e juntada de petição, sem, no entanto, decisão quanto à questão principal.

De qualquer maneira, não se pode ignorar o arcabouço normativo inerente ao tema já delineado, bem como a dificuldade e pontual do ora agravado cadeirante para exercer o mínimo existencial de acessibilidade, dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CRFB/88).

Com tais premissas em mente, realizada a Audiência Especial com as partes envolvidas neste litígio, surgiu a alternativa de verificação das estações mais próximas que estariam devidamente preparadas para receber o agravado. Analisando-se a documentação acostada pelas partes (f. 138/189), ramais e estações constantes do sítio eletrônico da Supervia, percebe-se que a estação de Ricardo de Albuquerque, no ramal Japeri (ramal este que abrange a estação de Queimados utilizada pelo agravado), é a mais indicada no que tange à acessibilidade.

A fim de ponderar os interesses em jogo,

e para que seja possível que o agravado tenha o seu direito de educação resguardado, devem os réus da ação originária, a princípio, até que outra decisão seja tomada em sede definitiva no Juízo de primeira instância, arcarem com o transporte do agravado de sua residência até a estação citada (Ricardo de Albuquerque), a partir da qual deverá o mesmo fazer seu trajeto, de trem, até a estação do Maracanã, no mesmo ramal. Igualmente, no retorno de sua faculdade (UERJ), tudo em dias e horários a serem previamente acordados entre as partes envolvidas, deverão buscar o agravado na estação referida com acessibilidade e levá-lo até sua residência. Deste modo, faz-se o mínimo de transbordos, baldeações e conexões possíveis.

Nesse ponto, aliás, o Ministério Público, em seu parecer, a f. 195, oferta a seguinte ponderação, que deve ser considerada:

“(…)cumpre assinalar que a obrigação do Estado deve ser a menos onerosa possível, sendo de se determinar que o transporte até a estação seja, via de consequência, o menos oneroso, utilizando-se transportes mais baratos como UBER, em substituição ao táxi, ou de empresa de transporte privado, também mais econômica que táxi, ou, ainda, de transporte providenciado pelo próprio Estado, como carro da frota estatal ou ônibus de transporte de pessoas para tratamento médico na área de moradia do agravado. Vale registrar, outrossim, que o agravado deverá provar a frequência na faculdade, mediante documento emitido pela instituição de ensino, a fim de se efetuar estrito controle da verba pública a ele destinada. (...)”

Por tais fundamentos, dá-se parcial provimento ao recurso para reformar a decisão agravada, e, alternativamente, determinar que os réus da ação originária (Estado e Supervia), solidariamente, até que outra decisão seja tomada em sede definitiva no Juízo de primeira instância, arquem com o transporte do agrava-

do de sua residência até a estação ferroviária denominada “Ricardo de Albuquerque”, a fim de que o mesmo siga o seu trajeto, de trem, até a estação do Maracanã, no mesmo ramal, e, igualmente, determinar, tudo em dias e horários a serem previamente acordados entre as partes envolvidas, que busquem o agravado na estação referida com acessibilidade, no retorno de sua faculdade (UERJ), a fim de levá-lo até sua residência, e, em caso de eventual descumprimento, fixar multa diária de R\$ 200,00

Consigne-se que o agravado deverá provar a frequência na faculdade, mediante documento emitido pela instituição de ensino, a fim de se efetuar estrito controle da verba pública a ele destinada, a cargo de verificação pelo Juízo de primeira instância.

Rio de Janeiro, 22 de fevereiro de 2017.

DES. HELDA LIMA MEIRELES
Relatora

DIREITO À EDUCAÇÃO E À SAÚDE. AUTISTA. INGRESSO EM ESCOLA PARTICULAR ESPECIALIZADA. LOCALIZAÇÃO EM CIDADE VIZINHA. CUSTEIO PELO MUNICÍPIO DE TODAS AS DESPESAS. EXISTÊNCIA DE UNIDADES ESCOLARES PÚBLICAS ADEQUADAS, NO PRÓPRIO MUNICÍPIO. POLÍTICAS PÚBLICAS. ESTUDO SOCIAL. NÃO CABIMENTO.

Apelação Cível. direito à educação e à saúde. Menor diagnosticado com transtorno do espectro autista. Pedido de condenação do município de Porciúncula ao custeio de todas as despesas necessárias ao ingresso da criança em escola particular especializada, localizada em cidade vizinha. Sentença de procedência que confirmou a antecipação de tutela. apelo do réu.

1- Município réu que conta com Centro Integrado de Atendimento ao Menor Excepcional – CIAME, criado pela Lei Municipal nº 1.126/91, e também com duas escolas voltadas para a inclusão social de crianças que apresentam necessidades especiais, além de uma terceira em fase de implementação. Unidades da rede pública municipal que, segundo estudo social, contam com sala de recurso com professores especializados, atividade extracurricular e atendimento individualizado ou em dupla, além de oficinas de jogos, informática, dentre outras.

2- Ausência de elementos concretos que evidenciem a inadequação das unidades escolares públicas, em comparação com a escola particular. Menor que frequentou a rede pública por “curto período”, antes de apresentar a melhora que possibilitou o seu retorno à escola.

3- Política pública voltada especificamente para o caso do autor, sem qualquer evidência concreta de ineficácia, que deve ser, portanto, priorizada, pena de se impor aos entes públicos o custeio das opções que parecem melhores ou mais convenientes a cada particular.

4- Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 0006043-25.2014.8.19.0044, em que é Apelante Município de Porciúncula e Apelado L.F.A.N., representado por D.M.A.N.

Acordam os Desembargadores da Décima Sexta 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. L.F.A.N., representado por D.M.A.N., ajuizou ação contra o Município de Porciúncula objetivando a condenação do réu ao pagamento de suas despesas escolares, inclusive com o ressarcimento dos gastos realizados a tal título por sua mãe, ao argumento de

que é portador de autismo infantil e necessita frequentar turma especialmente voltada para o desenvolvimento de crianças com tal quadro, mas não tem condições de arcar com o respectivo custo.

A gratuidade de justiça foi deferida a f. 52.

Parecer do Ministério Público a f. 52, pela intimação da parte autora para prestar informações sobre o centro educacional pretendido, as quais foram apresentadas às f. 55 e seguintes.

O pedido de antecipação de tutela foi deferido a f. 72, acolhendo o parecer do Ministério Público nesse mesmo sentido (f. 70/71).

O réu requisitou documento para o cumprimento da liminar a f. 86 e ofereceu contestação à f. 91/95, alegando preliminarmente a inépcia da inicial, ante a alegada ausência de requerimento administrativo. No mérito, pontuou que já oferece escola para as crianças especiais residentes no Município de Porciúncula, nos termos da Lei municipal nº 1.126/91, que aprovou o Programa de Atendimento ao Menor Portador de Necessidades Educativas Especiais – o denominado CIAME.

Ante o parcial descumprimento da liminar, foi determinado o bloqueio de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) para custeio das despesas escolares do menor (f. 115), contra o qual se insurgiu o réu (f.122/123), ao argumento de que o ressarcimento de despesas anteriores não foi objeto da inicial.

O Ministério Público requereu a realização de estudo pela equipe técnica do Juízo, a fim de que fosse esclarecida a adequação do programa indicado pelo réu (f. 121v), o qual foi juntado a f. 167/169.

Após a intimação das partes para se manifestarem sobre o estudo, o réu reiterou que

não tem a obrigação de custear as despesas do autor em instituição de ensino particular ante a existência do CIAME e de escolas públicas voltadas para a inclusão de crianças especiais (f. 172/173). O autor, por sua vez, afirmou que frequentou o CIAME por aproximadamente 6 (seis) anos, mas não teve nenhuma evolução no seu quadro; e que na atual unidade especializada de ensino, particular, a evolução do seu aprendizado foi significativa

O Ministério Público opinou pela improcedência do pedido, considerando que “não há nenhuma comprovação de que os serviços prestados pelo CIAME ou pelas Escolas Municipais destinadas à inclusão social de alunos portadores de necessidades especiais não atendam as necessidades do autor” e que “pelo que se depreende, especialmente pelo estudo social de f. 167/168, as escolas disponibilizadas pelo Município possuem “sala de recurso com professores especializados, que consiste em atividade extracurricular para crianças especiais, com atendimento individualizado ou em dupla, oferecendo oficinas de jogos, informática, dentre outras” (f. 175/176).

A sentença julgou os pedidos procedentes, considerando que o menor não apresentou evolução quando frequentou o programa do réu, e que a transferência de escola poderia regredir o desenvolvimento até então alcançado (f. 177/183).

Em apelação, o réu reiterou os termos de sua contestação, destacando que o estudo social confirmou que o programa do município atende às necessidades do autor, com a inclusão de crianças em classe especial ou na rede regular conforme a avaliação da equipe multidisciplinar do CIAME.

Em contrarrazões (f. 222/225), o autor ra-

tificou os fundamentos da sentença, reiterando que o menor não logrou obter assistência terapêutica adequada no Município réu.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (f. 264/271), por entender que o ente público não provou ter condições de atender de forma eficaz as necessidades do apelado, e que o menor não teve evolução satisfatória durante o período em que foi matriculado na rede pública de saúde e ensino. Pontuou ainda que o réu, sucumbente, deve ser condenado ao pagamento da taxa judiciária.

Voto

O artigo 208, III, da Constituição Federal eleva à condição de dever do Estado o “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”, sendo que, para efeitos legais, a pessoa com transtorno do espectro autista (“TEA”) é considerada pessoa com deficiência, nos termos do artigo 1º, §2º da Lei nº 12.764/12, que instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista.

Em seu artigo 3º, *caput* e parágrafo único, a Lei nº 12.764 reafirmou o direito de acesso à educação das pessoas que apresentam o autismo, acrescentando ainda que “Em casos de comprovada necessidade, a pessoa com transtorno do espectro autista incluída nas classes comuns de ensino regular, nos termos do inciso IV do art. 2º, terá direito a acompanhante especializado”.

Evidente, portanto, que a política nacional visa claramente à inclusão das pessoas que apresentam tal quadro na rede regular de ensino, impondo inclusive uma multa ao gestor escolar que recusar a matrícula do aluno (artigo 7º).¹ Tal opção foi explicitada também no Decreto nº 8.368/14, que regulamentou a Lei nº

12.764, como se vê especialmente no seguinte dispositivo:

“Art. 4º É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar o direito da pessoa com transtorno do espectro autista à educação, em sistema educacional inclusivo, garantida a transversalidade da educação especial desde a educação infantil até a educação superior.

§ 1º O direito de que trata o *caput* será assegurado nas políticas de educação, sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, de acordo com os preceitos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência

§ 2º Caso seja comprovada a necessidade de apoio às atividades de comunicação, interação social, locomoção, alimentação e cuidados pessoais, a instituição de ensino em que a pessoa com transtorno do espectro autista ou com outra deficiência estiver matriculada disponibilizará acompanhante especializado no contexto escolar, nos termos do parágrafo único do art. 3º da Lei nº 12.764, de 2012”.

Pois bem, no caso em tela, o autor pretende obrigar o Município de Porciúncula a custear todas as despesas necessárias ao seu ingresso em escola particular especializada, voltada para crianças com transtorno do espectro autista, localizada em cidade vizinha.

A meu sentir, contudo, o autor não logrou demonstrar a inadequação das escolas públicas que oferecem programas específicos para crianças que apresentam o autismo, no próprio município onde ele reside.

A própria instituição privada pretendida (o Centro Educacional Redentor, cf. f. 56/57), define-se como “uma escola regular que atende todas as crianças de modo geral e também as crianças que apresentam necessidades especiais”. Aponta como diferencial, em síntese, o

seguinte:

“O Centro Educacional Redentor conta com uma equipe de profissionais nas áreas de fonoaudiologia, psicologia, nutrição e professores que recebem capacitação de forma permanente sobre as questões que envolvem o desenvolvimento infantil e seus transtornos com a Profa. Helena Gueiros (especialista em atendimento a crianças autistas). Todo o trabalho realizado acontece com professores que recebem capacitação de forma frequente, inclusive com atividades físicas que são realizadas com professor também especializado e capacitado. O referencial teórico que embasa as atividades e adaptações para aprendizagem das crianças com necessidades especiais no Centro Educacional Redentor é o DIR/Floortime que é um modelo clínico para tratamento das dificuldades das relações interpessoais e de comunicação. (...)

O suporte pedagógico montado para atender esses alunos com necessidades especiais incluem um currículo, livros e avaliações adaptados. Toda a estrutura da escola também é adaptada com mobiliário e espaços físicos adequados para o desenvolvimento das habilidades e competências desses alunos, com mapeamento visual das atividades, facilitadores de rotinas tais como calendários, relógios, fotos, palavras indicativas, etc. (...)

Os alunos com necessidades especiais fazem um trabalho integrado com o CACI e o Centro Educacional Redentor onde alunos e familiares recebem um suporte fonoaudiológico em oficinas de linguagem semanais e também apoio psicológico com profissionais capacitados e especializados. (...)” (f.. 56/57).

No âmbito da rede pública de ensino, por sua vez, o estudo social indicou que o Município de Porciúncula conta com duas escolas voltadas para a inclusão social de “crianças especiais” (f. 168), as Escolas Municipais Orinda Veiga e João Francisco Braz, além da Escola Municipal Mirela Meira Lyra, em fase de im-

plantação. A esse respeito, a assistente social registrou que a equipe do denominado CIAME – Centro Integrado de Atendimento ao Menor Excepcional, criado pela Lei nº 1.126/91 de Porciúncula - avalia se a criança deve ser inserida em classe especial ou na rede regular de ensino.

A equipe do CIAME é formada por profissionais de assistência social, psicologia, fonoaudiologia, pedagogia, nutrição, médico-pediatra, médico-neurologista, fisioterapeuta, terapeuta educacional e 2 professores de educação precoce, além de outros recursos humanos da área administrativa, conforme previsto no Decreto nº 617/95 de Porciúncula (f. 97). Segundo o estudo social, o programa atende atualmente cinco crianças diagnosticadas com autismo (f 167/169).

As escolas, por sua vez, “dispõem de sala de recurso com professores especializados, que consiste em atividade extracurricular para crianças especiais, com atendimento individualizado ou em dupla, oferecendo oficinas de jogos, informática, dentro outras” (f. 167/169).

In casu, a mãe do autor confirma que o menor frequentou o CIAME e não apresentou evolução. Contudo, o atendimento multidisciplinar não é exatamente o objeto da presente ação, já que a mãe do autor também afirma que ele atualmente realiza tratamento e acompanhamento custeado pelo réu no “CACI” de Itaperuna (f. 167). O que se discute aqui mais especificamente é a escola que o autor deve frequentar.

Nesse tocante, por não vislumbrar quaisquer elementos concretos que esclareçam o motivo pelo qual as escolas municipais não atenderiam às necessidades do autor, mesmo porque, tudo indica que ele não chegou a frequentar as escolas públicas após a evolução do seu quadro. O que se sabe é que a criança frequentou apenas

uma das escolas públicas que contam com programa específico de inclusão social de crianças especiais – a Escola João Francisco Braz” -, e por “curto período” (f.168).

Não se pretende afirmar aqui que as duas unidades de ensino oferecem os mesmos métodos, recursos e resultados; entretanto, se há uma política pública voltada especificamente para o caso do autor, sem qualquer evidência concreta de que ela foi ineficaz, a política adotada pela Administração que deve ser priorizada, pena de se impor aos entes públicos o custeio das opções que parecem melhores ou mais convenientes a cada particular.

Nesse sentido, aliás, manifestou-se o Ministério Público em primeiro grau (f. 176), destacando ainda o ilustre promotor que “Ademais, é de conhecimento de todos a atual condição financeira em que o Município se encontra, e havendo no Município escolas que possam atender ao autor em suas necessidades, totalmente descabível obrigá-lo a arcar com despesas escolares em instituição privada sem existência de recursos públicos para tanto”.

Por tais motivos, o meu voto é no sentido de dar provimento ao recurso do Município de Porciúncula, para julgar os pedidos improcedentes e inverter os ônus da sucumbência, observando-se, contudo, a gratuidade de justiça concedida à parte autora.

Rio de Janeiro, 4 de outubro de 2016.

DES. EDUARDO GUSMÃO ALVES DE BRITO NETO
Relator

GARANTIA DE ACESSO À EDUCAÇÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VAGA EM CRECHE. RECUSA. RESERVA DO POSSÍVEL. NÃO CABIMENTO. DEVER DO ESTADO. VOTO VENCIDO.

Agravo de Instrumento. Deferimento de tutela antecipada. Obrigação de fazer. Matrícula em estabelecimento de ensino da rede pública municipal. Proteção integral à criança e ao adolescente. Direito à educação. Fixação de multa em caso de descumprimento. Recusa ilegal do Ente Público em matricular criança em Escola Municipal. Incidência dos artigos 208, IV e 227 da CF/1988. Decisão agravada que determinou a oferta de vaga em creche, em período integral, e em local próximo à residência. Multa diária em caso de descumprimento que foi fixada em valor razoável e proporcional. Precedentes. Desprovimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos os autos de Agravo de Instrumento nº 0042097-54.2016.8.19.0000, em que é Agravante Município de Rio das Ostras e Agravado M.O.M. Resp/P/S genitora G.R.S.M.O.

Acordam os Desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de Agravo de Instrumento contra decisão que, em apreciação de tutela antecipada, deferiu o pedido nos seguintes termos:

(...) Portanto, nos termos do art. 300 do CPC, Defiro a antecipação dos efeitos da tutela a fim de determinar a sua matrícula em creche integrante da rede pública ou conveniada do Município, próxima à sua residência, no prazo de 15 dias, sob pena de multa cominatória diária de R\$ 200,00. Ciência ao MP.

O agravante alega que a decisão se imiscuiu no mérito administrativo, o que é vedado pelo princípio da separação dos poderes, retirando o poder de decisão sobre as receitas e a gestão da coisa pública. Sustenta também que

a Lei de Diretrizes e Bases da Educação determina a obrigatoriedade do ensino para crianças maiores de 4 anos e que não havia vaga no momento no sistema municipal de educação, razão porque a criança constava de uma lista de espera. Argumenta que a multa é desproporcional e merece ser excluída ou reduzida. Requer a revogação da decisão ou a exclusão ou redução da multa.

Decisão nega efeito suspensivo ao recurso (ind. 16).

Resposta apresentada pelo agravado (ind. 25).

Manifestação da Procuradoria de Justiça (ind. 30) pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Voto

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal. É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que a decisão interlocutória só deve ser revogada ou modificada quando se tratar de decisão teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos. Isso porque se deve prestigiar a conclusão a que chegou o Magistrado em primeira instância, pois detém contato direto com as partes e é quem conduz o processo para um provimento final. Neste sentido, seguem entendimentos sumulados deste Tribunal de Justiça:

Súmula n.º 59, TJRJ “Somente se reforma a decisão concessiva ou não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos”. Na origem, cuida-se de ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada que visa à garantia do direito à educação de M.O.M, criança com aproximadamente um ano e cinco meses de idade, cujo objetivo é a matrícula em creche, em período integral, e em local próximo da residência.

O art. 227 da Constituição da República/1988 estabelece que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Por sua vez, o art. 208, inciso IV, também da Carta Magna, determina o dever de o Estado promover o acesso à educação às crianças até 5 (cinco) anos de idade, mediante matrícula em creche e pré-escola. Confira-se

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...]

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no art. 54, em consonância com o que dispõe a Constituição da República, também atribui ao Estado a obrigação de assegurar à criança e ao adolescente o atendimento em estabelecimentos públicos de ensino pertinentes.

É a instituição no texto infraconstitucional da doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente que decorre diretamente do texto constitucional.

Nessa direção, o art. 30 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, alterado pela Lei nº 12.796/13, aponta essa proteção e garantia de modo idêntico. *In verbis*:

Art. 30. A educação infantil será oferecida em: I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade; II - pré

-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade.

A não colocação da criança em instituição de ensino, que neste caso é representada por creches municipais, que lhe proporcione educação e segurança necessárias para seu desenvolvimento como pessoa, acarreta o descumprimento do comando constitucional de proteção integral à criança e ao adolescente, uma vez que a privará das condições básicas para o seu crescimento, observada a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Por tal razão, caem por terra a alegação de que houve interferência do Poder Judiciário na gestão da coisa pública e também de que só há obrigatoriedade de oferecer vaga em creche a partir dos 4 (quatro) anos de idade.

Por outro lado, eventual alegação de ausência de previsão orçamentária, à luz do parâmetro constitucional da reserva do possível, não pode constituir-se em óbice para a garantia do direito à educação.

A reserva do possível não pode servir de escusa ao cumprimento de mandamento fundamental em sede constitucional, principalmente quando acarretar a supressão de direitos fundamentais, em atenção ao mínimo existencial e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, nos termos da Súmula nº 241 desta Corte:

Súmula nº 241: Cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas pela Constituição.

Assim, não há que se falar em infringência ao princípio da separação dos poderes, pois a garantia de acesso à educação adequada e a promoção da política educacional está estabelecida na Constituição da República, sendo um dever dos entes estatais o seu cumprimen-

to. Neste sentido, segue julgado paradigma do STF:

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolva o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido. (RE 464143 Agr., Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009)

Observe-se que o referido princípio não impede que o Poder Judiciário intervenha caso haja lesão ou ameaça a direito, conforme art. 5º, XXXV, da Carta Magna, sendo certo que a intervenção do Judiciário se dá na esfera de cumprimento da norma legal/constitucional. Por outro lado, não se pretende implementar políticas públicas por meio de decisões judiciais, mas somente assegurar um direito constitucionalmente garantido.

Ademais, convém salientar que o Poder Judiciário, na repartição constitucional dos poderes, é o guardião da ordem jurídica e garantidor do cumprimento dos preceitos constitucionais que visam a proteger os direitos fundamentais, em especial, com relação à discussão da presente demanda, o direito à educação. Portanto, faz-se mister a intervenção judicial a fim de que os entes estatais responsáveis

pelo implemento de tais preceitos cumpram seu estrito dever constitucional.

Em suma, não se pretende a substituição do Poder Executivo pelo Poder Judiciário. Objetiva-se, apenas, compelir o primeiro a respeitar a vontade política do Poder Constituinte Originário.

Não há dúvida, portanto, acerca da presença dos pressupostos necessários ao deferimento da medida de urgência postulada, conforme descreve o art. 300 do CPC/2015, especialmente a probabilidade do direito, consistente na informação do agravado de que o nome do agravante foi incluído em lista de espera para a obtenção de vaga em creche municipal. Outrossim, o perigo de dano resta demonstrado em face do descumprimento da norma constitucional referida de proteção integral à criança e ao adolescente, os quais têm direito à educação.

Em relação à fixação da multa diária, também não merece reparo a decisão agravada, que arbitrou, em caso de descumprimento, o valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), o qual foi fixado de modo proporcional, adequado e razoável e está em conformidade com a jurisprudência desta Corte de Justiça. Nesse sentido, os seguintes julgados:

0032243-36.2016.8.19.0000 - AGRADO DE INSTRUMENTO.- DES. MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO - Julgamento: 27/09/2016 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CIVEL. AGRADO DE INSTRUMENTO. DECISÃO AGRAVADA DE DEFERIMENTO DE TUTELA DE URGÊNCIA. MATRÍCULA CRIANÇA, EM PERÍODO INTEGRAL, EM CRECHE PÚBLICA PRÓXIMA A SUA RESIDÊNCIA. MUNICÍPIO DE NOVA FRIBURGO. RECURSO DO RÉU. Direito à proteção integral da criança e direito social à educação. Inteligência dos art. 6º, da CRFB/88, e

arts. 1º, 54, IV, e 208, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Dever do Município (art. 11, V, da Lei nº 9.394/96) de assegurar à criança de zero a cinco anos de idade o atendimento em creche e pré-escola, sob pena inclusive de responder por ofensa aos seus direitos. Creche em período integral e próxima à residência da criança que garante, de forma reflexa, o direito ao trabalho de sua genitora. Possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas hipóteses de lesão a direitos constitucionalmente garantidos (art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88). Multa diária arbitrada em R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) que não se revela excessivo, sendo sua fixação necessária na hipótese de eventual descumprimento da ordem emanada, tendo em vista a relevância do bem que se pretende resguardar. Precedentes do TJRJ. Decisão mantida. Recurso desprovido.

0036105-15.2016.8.19.0000 - AGRADO DE INSTRUMENTO. DES. GEORGIA DE CARVALHO LIMA - Julgamento: 18/07/2016 - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL. Agravo de Instrumento. Decisão que deferiu, o pleito de antecipação dos efeitos da tutela, para o fim de determinar que para determinar que providencie a matrícula do autor em creche próxima de sua residência, no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais), limitada a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Inconformismo do ente municipal. Provas trazidas aos autos que foram suficientes para convencer o Magistrado *a quo* da verossimilhança das alegações formuladas pelo demandante. Trata-se de ato judicial que não é teratológico nem contrário a lei ou à evidente prova dos autos. Correção do ato de deferimento da pretensão de antecipação ‘dos efeitos da tutela. Inteligência que se extrai da Súmula nº 59 deste Colendo Tribunal de Justiça. A garantia de educação infantil, em creches e pré-escolas, às crianças até cinco anos de idade, é dever do Estado, em sentido genérico, consagrado na Constituição Federal. Recurso a que se nega

provimento, nos termos do artigo 932, inciso IV, do Código de Processo Civil.

A decisão agravada não possui natureza teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos. Logo, deve ser mantida, não sendo caso de qualquer retoque.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso e manter a decisão agravada como proferida.

Rio de Janeiro, 23 de novembro de 2016.

DES. PETERSON BARROSO SIMÃO
Relator

VOTO VENCIDO

Ousei divergir da douta maioria por entender que o Poder Judiciário não pode se imiscuir em atos da Administração Pública, com o que não se confunde, em ação coletiva, impor-lhe medidas de implementação de políticas públicas constitucionalmente dispostas. Ademais, garantindo-se a vaga, prejudica-se outra criança inscrita em lista de espera.

Assim, votei pelo provimento do recurso.

Rio de Janeiro, 23 de novembro de 2016.

DES. FERNANDO FOCH
Vogal

INDENIZATÓRIA. ALUNO DE ESCOLA MUNICIPAL. QUEDA EM PISO MOLHADO. OMISSÃO DA ESCOLA NA PRESTAÇÃO DE SOCORRO. INTERNAÇÃO. TRAUMATISMO CRÂNIOENCEFÁLICO. DEVER DE SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DE SEUS ALUNOS. PROVAS. DANOS MORAIS. JUROS DE MORA A

CONTAR DA CITAÇÃO.

Apelação. Ação indenizatória. Queda em piso molhado no interior de escola municipal. Traumatismo crânioencefálico. Dano moral. Aluno que ficou internado durante 10 (dez) dias em hospital da rede pública. Ausência de prestação de socorro pelos prepostos da escola. Dano moral fixado no patamar de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) que não comporta redução. Juros de mora a incidir a partir da citação. Relação contratual. Parcial provimento do apelo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 0049109-20.2010.8.19.0004, em que é Apelante: Município de São Gonçalo, e Apelado: G.N.C.

Acordam os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Cível, em conhecer o apelo e dar-lhe parcial provimento, por unanimidade.

O autor G.N.C. ajuizou ação indenizatória em face do Município de São Gonçalo, requerendo a condenação do réu ao pagamento de danos morais e materiais. O autor, em resumo, alega que estava brincando no pátio da escola com uma amiga, tendo escorregado no piso molhado, e batido com a parte frontal da cabeça na quina da porta de ferro do banheiro, causando-lhe uma fratura na cabeça; alega que passados 10 minutos sem ajuda de qualquer funcionário, o autor ligou para seus pais para que fossem buscá-lo; aduz que não foi socorrido pelos prepostos do réu; salienta que ficou internado no hospital durante 10 (dez) dias; sustenta a responsabilidade objetiva do réu; e, por fim, requer a procedência do pedido

Decisão de f.59, deferindo a gratuidade de justiça.

Em contestação de f.63/69, o réu Muni-

cípio de São Gonçalo, em síntese, alega a ilegitimidade ativa e passiva; aduz a inépcia da inicial; sustenta a culpa exclusiva da vítima; aduz a ausência de prova; e, por fim, requer a improcedência do pedido.

Laudo pericial a f. 95/99.

AIJ a f.115/116.

A sentença de f.120/122, julgou parcialmente procedente o pedido, na forma do artigo 269, I do Código de Processo Civil, para condenar o réu a pagar ao autor, a título de reparação por danos morais, a quantia de R\$ 15.000,00, monetariamente corrigida, a contar da data da sentença, incidentes juros legais a contar do evento danoso, calculados à luz da nova redação do art. 1º F da Lei nº 9.494/97, alterado pela Lei nº 11.960/2009, até 25/03/2015. A partir de 25/03/2015, data da modulação dos efeitos determinada no julgamento das ADI's 4357, e 4425, que declarou a inconstitucionalidade por arrastamento do art. 1º F da Lei nº 9.494/1997 com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, aplica-se a IPCA-E como índice de atualização, bem como os juros da poupança, tendo em vista tratar-se de débito não tributário. Sucumbência recíproca, honorários compensados e custas rateadas, observada a gratuidade de justiça deferida ao autor e a isenção concedida pela Lei nº 3.350/99.

Em razões recursais de f.123/133, o apelante, em resumo, alega que a sentença violou o artigo 944, do Código Civil, ao fixar um valor elevado e desproporcional ao fato danoso; sustenta que a parte autora não comprovou a responsabilidade do Município; sustenta que os juros incidem da data da condenação e não da data do evento danoso; e, por fim, requer o provimento do apelo para reformar a sentença.

Em contrarrazões, o apelado pugnou pelo desprovimento do apelo.

Em parecer de f.159/164, o MP oficiou pelo parcial provimento do apelo.

VOTO

Inicialmente, merece um pequeno reparo a sentença.

O caso em comento versa sobre ação indenizatória ajuizada pela apelado (autor) em face do apelante (réu), em decorrência de queda sofrida no interior da escola, devido ao piso molhado, causando ao autor traumatismo crânioencefálico.

Diante do contexto probatório colacionado aos autos, restou demonstrado que o apelado escorregou em água próxima ao bebedouro da escola, se machucando, conforme depoimento prestado pela testemunha Rosilene, que é professora da escola. A testemunha informou que é comum o aguaceiro no local, em razão de muitas crianças beberem água no bebedouro.

A testemunha informa que era professora da vítima, e não sabendo informar se a escola prestou algum tipo de socorro ao apelado.

Dessa forma, restou demonstrada a omissão específica do apelante, ao violar o dever de segurança e vigilância de seus alunos, pois sabendo do aguaceiro que se forma próximo ao bebedouro, deveria providenciar a limpeza, a fim de que acidentes – quedas de alunos - não aconteçam nesse local, como ocorreu com o apelado.

Não só o depoimento prestado em juízo (f.116), como também, as provas documentais emanadas pelo hospital municipal (f.24/45), comprovam o fato (queda do aluno), o nexo de causalidade e o dano sofrido, razão pela qual, diante do disposto no artigo 37, §6º, da CRFB/88, ao apelado lhe assiste direito à verba compensatória.

O âmago do apelo consiste tão somente na redução do valor fixado a título de danos morais.

A razão ventilada não merece prosperar.

Devido à queda sofrida, o apelado ficou internado durante 10 (dez) dias no hospital (f.34), valendo ressaltar que o apelante, em nenhum momento, demonstrou ter prestado o devido socorro ao apelado, que com acentuado calo ósseo na cabeça, teve que telefonar para seus genitores para buscá-lo e conduzi-lo ao hospital.

Assim, não somente diante da gravidade do acidente (traumatismo crânioencefálico) decorrente de queda em piso molhado, o que poderia acarretar a morte do apelado ao bater com a cabeça em superfície dura (porta de ferro), bem como, o tempo em que ficou internado no hospital (dez dias) para sua recuperação, somados à omissão escolar na prestação de socorro dos seus alunos, entendo que o valor fixado a título de danos morais pela sentença, não comporta qualquer redução, inexistindo ofensa ao artigo 944, do Código Civil.

Com relação aos juros de mora, a jurisprudência do STJ assevera que nas hipóteses de responsabilidade contratual, os juros de mora na condenação por dano moral incide a partir da citação, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. RETIRADA DE MAMA E LINFONODOS. CULPA E VALOR. REEXAME. SÚMULA Nº 7/STJ. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Trata-se de indenização por danos morais em virtude de erro médico, consistente na remoção total da mama esquerda e dos linfo-

nodos da autora, com base em resultado de exame citológico equivocado.

2. O Tribunal estadual concluiu, com base no contexto fático-probatório dos autos, que tanto o médico mastologista quanto o médico patologista agiram com culpa. Não há como rever tal entendimento, neste momento processual, ante o óbice da Súmula nº 7/STJ.

3. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pelas instâncias ordinárias a título de danos morais apenas quando irrisório ou abusivo, circunstâncias inexistentes no presente caso, em que estabelecida a indenização em 100 (cem) salários-mínimos vigentes em 2009, data da sentença.

4. A jurisprudência desta Corte se firmo no sentido de que, sendo a hipótese apreciada de responsabilidade contratual, como no caso em tela (erro médico), o termo inicial dos juros de mora na condenação por dano moral é a data da citação.

5. É incabível a imposição da multa por litigância de má-fé à parte que interpõe apelação contra sentença que lhe foi desfavorável, visto que não se pode considerar a interposição dos recursos cabíveis como ato atentatório à dignidade da justiça ou litigância de má-fé. Precedentes.

6. Recursos especiais parcialmente providos.

(REsp 1411740/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 14/02/2017, DJe 20/02/2017)

Nesse panorama, merece um pequeno reparo a sentença, devendo ser fixado como marco inicial dos juros de mora, a data da citação.

Por tais fundamentos, voto no sentido de conhecer o apelo e dar-lhe parcial provimento, devendo os juros de mora incidir a partir da data da citação, mantendo-se no mais a

sentença vergastada.

Rio de Janeiro, 12 de abril de 2017.

DES. PAULO SÉRGIO PRESTES DOS SANTOS
Relator

MANDADO DE SEGURANÇA. ENTREGA DE DIPLOMA E HISTÓRICO ESCOLAR. EXTINÇÃO DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. INÉRCIA ADMINISTRATIVA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EM RELAÇÃO À OBTENÇÃO DO DIPLOMA JUNTO À SECRETARIA ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. CONTINUIDADE DA EDUCAÇÃO.

Mandado de Segurança. Administrativo. Constitucional. Conclusão do ensino médio. Fechamento da instituição antes da expedição do diploma. Responsabilidade transferida para a secretaria de educação. direito líquido e certo comprovado. Mora injustificável. Concessão da segurança.

1 - Mandado de Segurança nos termos do qual se pretende a entrega do diploma e histórico escolar do ensino médio, alegando inércia administrativa, uma vez que a instituição de ensino encerrou inesperadamente as suas atividades; 2 - Mandado de Segurança é ação cabível para proteger direito líquido e certo, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la, por ilegitimidade ou abuso de poder, não admitindo dilação probatória, sendo dever do impetrante sempre instruir a inicial com os documentos necessários que comprovam o direito invocado; 3 - Infere-se dos autos que restou manifestamente demonstrado pela Impetrante o direito líquido e certo pretendido em relação à obtenção do diploma junto à Secretaria Estadual de Educação, em razão da extinção da instituição de ensino, na qual cursou o ensino médio; 4 - Na

hipótese de encerramento das atividades ou extinção de instituição de ensino, exatamente como na hipótese concreta, cabe à Secretaria Estadual de Educação a expedição dos documentos escolares, como o diploma e o histórico-escolar, Resolução SEE nº 2.349/2000. Além disso, trata-se de documento imprescindível à comprovação da conclusão e à continuidade na educação e formação profissional, violando o direito constitucional à educação, assim garantido no art. 205 da CRFB; 5 - *In casu*, a parte Impetrante concluiu o Curso Superior de Pedagogia, o que reforça o seu direito líquido e certo quanto à obtenção de seu diploma e histórico-escolar correspondente ao ensino médio, os quais são documentos indispensáveis à sua colação de grau, motivo pelo qual a segurança deve ser concedida. Precedentes desta Corte. Concessão da ordem.

Vistos, relatados e discutidos os autos do Mandado de Segurança 0001112-43.2016.8.19.0000, figurando como Impetrante Roberta Vieira Campos e Impetrado Exmo. Sr. Secretário de Estado de Educação do Estado do Rio de Janeiro.

Acordam os Desembargadores que integram a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer do mandado de segurança para conceder a ordem, nos termos do voto da relatora.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Roberta Vieira Campos contra ato do Exmo Sr Secretário de Estado de Educação do Estado do Rio de Janeiro, onde pretende a Impetrante coibir a parte Impetrada à entrega do histórico escolar do ensino médio.

Fundamenta a f. 03/07 o seu direito líquido e certo no fato de ter concluído o ensino mé-

dio em 20/12/2002 na Escola Técnica Fonseca Soares, que encerrou as suas atividades sem, contudo, realizar a entrega do histórico-escolar da Impetrante, tendo esta requerido à Secretaria de Educação para fins de comprovação perante à instituição de ensino superior, a qual se manteve inerte desde 10/02/2006. Acompanham os documentos de f. 02/19.

Decisão de f. 118 que concedeu o benefício da gratuidade de justiça e indeferiu a liminar.

Informações da autoridade Impetrada a f. 47/51.

Impugnação do Estado do Rio de Janeiro a f. 73/76, onde alega, preliminarmente, que a competência originária deve ser fixada operante o Tribunal de Justiça. Acrescenta inexistir direito líquido e certo, dependendo o feito de dilação probatória. No mérito, destaca que se deve presumir a legitimidade e legalidade do ato tido como coator, não havendo prova em sentido contrário quanto a alegada omissão administrativa. Aduz que o direito de obter o certificado de conclusão do ensino médio depende de determinados requisitos, os quais não foram atendidos pelo Impetrante. Requer, assim, a denegação da ordem.

O Ministério Público, através da Procuradoria de Justiça, opinou a f. 123/127 pela concessão da ordem.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança nos termos do qual pretende a Impetrante coibir a parte impetrada à entrega do histórico escolar do ensino médio, alegando inércia administrativa, uma vez que concluiu o ensino médio, em 20/12/2002, na instituição de ensino Escola Técnica Fonseca Soares, que encerrou inespereadamente as suas atividades.

Primeiramente, cumpre destacar que o Mandado de Segurança é ação cabível para proteger direito líquido e certo, sempre que aleguem sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la, por ilegitimidade ou abuso de poder, não admitindo dilação probatória, sendo dever do impetrante sempre instruir a inicial com os documentos necessários que comprovam o direito invocado.

Ademais, no mandado de segurança, é necessário que o pedido seja apoiado em fatos incontroversos, cabendo ao impetrante trazer, com a inicial, todos os elementos de prova indiscutível de seu direito líquido e certo que autorizem a concessão da medida, sob pena de extinção do processo, diante do rito próprio dessa ação constitucional.

Pois bem, infere-se dos autos que restou manifestamente demonstrado pela Impetrante o direito líquido e certo pretendido em relação à obtenção do diploma junto à Secretaria Estadual de Educação, em razão da extinção da instituição de ensino, na qual cursou o ensino médio.

Extraí-se dos autos que a Impetrante efetivamente concluiu o ensino médio na Escola Técnica Fonseca Soares em 20/12/2002, sendo o diploma o documento que deveria ser emitido para a comprovação de tal circunstância. Nesse particular, destaco a Resolução SEE nº 2.349/2000, que afirma: “(...) para os alunos oriundos de estabelecimento extinto serão expedidos documentos escolares pelo setor próprio da SEE, em conformidade com as normas vigentes.”

Ou seja, na hipótese de encerramento das atividades ou extinção de instituição de ensino, exatamente como na hipótese concreta, cabe à Secretaria Estadual de Educação a expedição dos documentos escolares, como o diploma e o histórico escolar.

Além disso, trata-se de documento im-

prescindível à comprovação da conclusão do ensino médio e à continuidade na educação e formação profissional, violando o direito constitucional à educação, assim garantido no art. 205 da CRFB.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes desta e. Corte de Justiça, *in verbis*:

0043641-14.2015.8.19.0000 - MANDADO DE SEGURANÇA 1ª Ementa Des(a). RENATA MACHADO COTTA - Julgamento: 03/02/2016 - Terceira Câmara Cível.

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. FECHAMENTO DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO ANTES DA EXPEDIÇÃO DO DIPLOMA. RESPONSABILIDADE TRANSFERIDA PARA A SECRETARIA DE ENSINO. REQUISITOS PARA EXPEDIÇÃO DO DIPLOMA PREENCHIDOS. MORA INJUSTIFICÁVEL. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. O mandado de segurança cabe na proteção de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* ameaçado ou violado por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública. Na hipótese dos autos, verifica-se que o impetrante concluiu no ano de 1995 o curso de formação geral do 2º grau, correspondente hoje ao ensino médio, conforme declaração de conclusão de curso e histórico escolar emitidos pela Coordenadoria Geral Pedagógica da Secretaria de Estado de Educação. Ademais, diante de sua conclusão do 2º grau, o impetrante ingressou e concluiu o ensino superior no Curso de Ciências Contábeis da Faculdade de Economia e Finanças do Rio de Janeiro da SUESC, obtendo a graduação em 2013. Nesse sentido, tanto os documentos emitidos pela Secretaria de Educação, quanto o fato de o impetrante ter concluído o ensino superior demonstram, de forma inequívoca, que houve a conclusão do 2º grau. Ressalte-se, por oportuno, que o referido documento foi, inclusive, expedido, o que torna cristalino o direito líquido e certo do

impetrante. Nada obstante, a hipótese não é de perda superveniente do interesse de agir, pois a apresentação do documento, objeto da demanda, ocorreu em razão da decisão liminar de f. 21/24, que deve ser devidamente confirmada. Concessão da segurança.

0023513-70.2015.8.19.0000 - MANDADO DE SEGURANÇA 1ª Ementa Des(a). MÁRCIA CUNHA SILVA ARAÚJO DE CARVALHO - Julgamento: 21/07/2015 - Vigésima Primeira Câmara Cível.

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. EXPEDIÇÃO. OMISSÃO. Mandado de segurança contra ato omissivo do impetrado consistente na não expedição de certificado de conclusão do ensino médio cursado em instituição de ensino que teve suas atividades encerradas. Quando do fechamento da instituição de ensino particular, com o encerramento das suas atividades, todo o seu acervo documental fica acautelado com a Secretaria do Estado de Educação, que passa a ser a responsável pela emissão de certidão de conclusão do curso. Impetrante que comprova ter concluído o curso e requerido ingressado com processo administrativo objetivando a expedição do referido documento. Direito líquido e certo a sua obtenção. O fato de a autoridade coatora ter cumprido a obrigação com a apresentação do documento, não leva à perda do objeto, eis que a expedição do diploma e a publicação só ocorreram após a autoridade coatora ter sido intimada da decisão liminar. Assim, houve cumprimento de determinação judicial, o que não caracteriza perda do objeto. Confirmação da liminar deferida e, na forma do art. 269, I, do CPC, julga-se procedente o pedido para conceder a segurança, a fim de garantir à impetrante o direito de obter a expedição do diploma de conclusão do ensino médio e a publicação do Diário Oficial, como requerido na inicial. Sem custas ante a isenção. Sem honorários advocatícios (Súmula nº 512

do STF, Súmula nº 105 do STJ e art. 25 da Lei nº 12.016/09).

In casu, a parte impetrante concluiu o Curso Superior de Pedagogia, o que reforça o seu direito líquido e certo quanto à obtenção de seu diploma e histórico escolar correspondente ao ensino médio, os quais são documentos indispensáveis à sua colação de grau, conforme a exigência de f. 11 e seguintes dos autos, motivo pelo qual a segurança deve ser concedida.

Ante o exposto, concedo a ordem, para determinar a expedição do histórico escolar e diploma pela autoridade coatora, referente ao ensino médio cursado pela aluna Roberta Vieira Campos, na Escola Técnica Fonseca Soares.

Isento ente público ao pagamento das custas processuais e da taxa judiciária, considerando a isenção legal, bem como o instituto da confusão. Sem horários advocatícios, na forma do art. 25 da Lei n.º 12.016/2009.

Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 2016.

DES^a. TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES
Relatora

OBRIGAÇÃO DE FAZER. MUNICÍPIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ECA. LBD. DIREITO À EDUCAÇÃO E À CRECHE. PRIORIDADE ABSOLUTA. ARTS. 208, IV E ART. 227 DA CRFB.

Obrigação de fazer. Deferimento da antecipação da tutela. Recurso da municipalidade. Estatuto da Criança e do Adolescente. Direito à educação e à creche. Doutrina da proteção integral. Prioridade absoluta. Arts. 208, IV, e 227 da CF. Obrigação dos municípios prevista na lei de diretrizes e bases da

educação nacional (Lei nº 9.394/96) que, em seu art. 11, V, estabelece que os Municípios incumbir-se-ão de oferecer educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental. Desprovimento do recurso.

Visto, relatado e discutido o Agravo de Instrumento nº. 0054800-51.2015.8.19.0000, interposto contra decisão proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Itaitiaia, em que figuram como Agravante Município de Itaitiaia e Agravado H.G.E.S.

Acordam Desembargadores que compõem a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, negar provimento, ao Agravo de Instrumento interposto por Município de Itaitiaia, nos termos do voto da relatora.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Município de Itaitiaia contra decisão proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Itaitiaia que, nos autos da Obrigação de Fazer que lhe move H.G.E.S., deferiu a antecipação da tutela para que fosse providenciada a matrícula do agravado em uma creche municipal próxima à sua casa.

Razão não assiste ao agravante.

Como se sabe, a Constituição Federal, em seu art. 227, garante ser dever do Estado assegurar à criança, adolescente e ao jovem, dentre outros, o direito à educação, *in verbis*:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência fami-

liar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

O art. 208, IV do mesmo Diploma Legal, por sua vez, assim determina:

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

Tais garantias constitucionais estão previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90 que, em seu art. 54, determina:

“É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade;”.

O art. 11, V, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei n.º 9.394/96, prevê:

“Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:
(...)

V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino”.

Como se vê, constitui dever de a Admi-

nistração Pública propiciar às crianças acesso ao atendimento público educacional de forma a assegurar que tais serviços sejam prestados de forma adequada.

Por outro lado, como é de usual sabença, a demanda das crianças na idade escolar é superior à oferta de vagas, devendo o ente público adotar políticas mais eficientes para a inserção de menores nas escolas e creches, destinando verbas para a construção de mais unidades, principalmente quando se trata de crianças cujos pais necessitam trabalhar para o sustento da família.

Destaca-se, por oportuno, que inexistente a infringência ao princípio da igualdade, já que não se trata de privilegiarem-se uns poucos em detrimento de toda a sociedade, mas de garantir acesso à educação adequada a todos que a buscarem, promovendo política educacional compatível com a Constituição Federal.

Assim, não merece reforma a decisão que deferiu a antecipação da tutela, a fim de que o menor fosse matriculado em creche pública próxima a sua residência.

Este mesmo entendimento predomina no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conforme arestos que se seguem:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MATRÍCULA E FREQUÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS EM CRECHE DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL. DEVER DO ESTADO.

1. Hipótese em que o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública com o fito de assegurar a matrícula de duas crianças em creche municipal. O pedido foi julgado procedente pelo Juízo de 1º grau, porém a sentença foi reformada pelo Tribunal de origem.

2. Os arts. 54, IV, 208, III, e 213 da Lei nº

8.069/1990 impõem que o Estado propicie às crianças de até 6 (seis) anos de idade o acesso ao atendimento público educacional em creche e pré-escola.

3. É legítima a determinação da obrigação de fazer pelo Judiciário para tutelar o direito subjetivo do menor a tal assistência educacional, não havendo falar em discricionariedade da Administração Pública, que tem o dever legal de assegurá-lo. Precedentes do STJ e do STF.

4. Recurso Especial provido”. (Processo REsp 511645 / SP RECURSO ESPECIAL 2003/0003077-4 - Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN - Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento 18/08/2009 - Data da Publicação/Fonte DJE 27/08/2009).

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ARTIGOS 54 E 208 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MATRÍCULA E FREQUÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS EM CRECHE DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/96, art. 4º, IV) asseguram o atendimento de crianças de zero a seis anos em creches e pré-escolas da rede pública.

2. Compete à Administração Pública propiciar às crianças de zero a seis anos acesso ao atendimento público educacional e a frequência em creches, de forma que, estando jungida ao princípio da legalidade, é seu dever assegurar que tais serviços sejam prestados mediante rede própria.

3. “Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Conseqüentemente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegure, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na

esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo” (REsp n. 575.280-SP, relator para o acórdão Ministro LUIZ FUX, DJ de 25.10.2004).

4. A consideração de superlotação nas creches e de descumprimento da Lei Orçamentária Municipal deve ser comprovada pelo Município para que seja possível ao órgão julgador proferir decisão equilibrada na busca da conciliação entre o dever de prestar do ente público, suas reais possibilidades e as necessidades, sempre crescentes, da população na demanda por vagas no ensino pré-escolar.

5. No caso específico dos autos, não obstante tenha a municipalidade alegado falta de vagas e aplicação *in totum* dos recursos orçamentários destinados ao ensino fundamental, nada provou; a questão manteve-se no campo das possibilidades. Por certo que, em se tratando de caso concreto no qual estão envolvidas apenas duas crianças, não haverá superlotação de nenhuma creche.

6. Recurso especial provido”. (Processo REsp 510598 / SP RECURSO ESPECIAL 2003/0003273-3 - Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA - Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento 17/04/2007 - Data da Publicação/Fonte DJ13/02/2008 p. 148).

Também é este o entendimento deste Tribunal de Justiça. Veja-se:

“0006936-81.2013.8.19.0066 - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - DES. MONICA COSTA DI PIERO - Julgamento: 11/07/2014 - OITAVA CÂMARA CÍVEL - APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA. MATRÍCULA DE MENOR EM CRECHE. DIREITO À EDUCAÇÃO.

1. Menor que conta com 02 (dois) anos de idade. Direito à educação, bem como à dignidade, previstos nos arts. 208, 211, 2º da Constituição da República c/c art. 54, IV do Estatuto

da Criança e do Adolescente). Precedentes. 2. A Súmula nº 145 desta Corte, prevê a isenção da taxa judiciária ao Município somente quando este for autor da ação e tiver a política de reciprocidade. No caso dos autos o Município de Volta Redonda figura no polo passivo da demanda, razão pela qual não faz jus ao benefício. 3. Nega-se seguimento ao recurso”.

“0008375-30.2013.8.19.0066 - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - DES. JAIME DIAS PINHEIRO FILHO - Julgamento: 16/06/2014 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL - APELAÇÃO CÍVEL/ REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. MATRÍCULA EM CRECHE MUNICIPAL DE VOLTA REDONDA. SENTENÇA QUE CONCEDEU A ORDEM. IRRESIGNAÇÃO DA EDILIDADE EM DISSONÂNCIA COM A PREVISÃO CONSTITUCIONAL ESTAMPADA NO ART. 7º, INCISO XXV. DIREITO SUBJETIVO À EDUCAÇÃO. APLICABILIDADE DOS ARTIGOS 205, 208 E 211 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ARTIGO 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. JURISPRUDÊNCIA SEDIMENTADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A PARTIR DO JULGAMENTO DO RE 410715/SP .CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DA TAXA JUDICIÁRIA EM DECORRÊNCIA DA SUCUMBÊNCIA, CONFORME SÚMULA Nº 145, DESTA CORTE E ENUNCIADO 42, DO FETJ. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO. SEGUIMENTO NEGADO, A TEOR DO ART. 557, CAPUT, DO CPC, MANTIDA A SENTENÇA COMO PROLATADA, EM REEXAME NECESSÁRIO”.

“0025929-75.2013.8.19.0066 - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - DES. ANDRÉ RIBEIRO - Julgamento: 06/08/2014 - VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

LAPELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA. CRECHE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. Esta e. Corte tem posicionamento jurisprudencial sobre o tema, havendo direito líquido e certo à matrícula em creche, razão pela qual deve ser concedida a segurança para tal finalidade. Com efeito, cuida-se de direito à educação essencial ao desenvolvimento do menor, permitindo ainda que o mesmo fique em ambiente livre de risco, o que se afigura um direito subjetivo da criança, competindo ao poder público garantir sua efetivação. A cláusula da reserva do possível encontra limites na garantia de um mínimo existencial, não podendo a criança ficar a mercê do orçamento quando seus direitos básicos possam ser violados, mormente quando incumbe ao Poder Público, e notadamente à Municipalidade, o dever de assegurar o atendimento de crianças em creches e pré-escolas, com amparo no art. 208, inciso IV, da Constituição Federal. Taxa Judiciária. Hipótese que não se trata da pretendida reciprocidade tributária, que sequer restou comprovada nos autos. Município que deve suportar tal ônus. Súmulas nºs 76 e 145 deste Tribunal. Enunciado Administrativo nº. 42 do Fundo Especial do Tribunal de Justiça. Entendimento jurisprudencial deste Tribunal. Sentença confirmada. Recurso a que se nega seguimento, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC”.

“0004918-87.2013.8.19.0066 - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO- DES. HELENA CANDIDA LISBOA GAEDE - Julgamento: 14/07/2014 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL-APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA. NEGATIVA DE MATRÍCULA EM CRECHE PÚBLICA. DIREITO À EDUCAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO. ART. 227, 208, IV DA CRFB/88, ART. 54, IV, DO ECA E ART. 11, V DA LEI DE DIRETRIZES E BASES EDU-

CACIONAIS QUE ASSEGURAM DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL EM CRECHE ATÉ OS CINCO ANOS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE VIOLADO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA QUE SE IMPÕE. TAXA JUDICIÁRIA DEVIDA PELO MUNICÍPIO, POSTO QUE A ISENÇÃO SOMENTE É VÁLIDA PARA ESTE QUANDO FIGURA NO PÓLO ATIVO. VERBETE Nº 145, DO TJRJ E DO ENUNCIADO Nº 42 DO FETJ. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO, NA FORMA DO ART.557, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL”.

Por fim, destaca-se que a unidade próxima à residência do menor deve ser aquela que permita a matrícula e que disponha de condições para tal atendimento.

Por ser assim, nego provimento ao Agravo de Instrumento interposto por Município de Itatiaia mantida, na íntegra, a decisão agravada.

Rio de Janeiro, 04 de outubro de 2016.

DES^a. NORMA SUELY FONSECA QUINTES
Relatora

PROGRAMA TODOS PELA EDUCAÇÃO. MÉDIA OBTIDA NO ENSINO FUNDAMENTAL CURSADO NA REDE MUNICIPAL. BOLSA INTEGRAL DE ESTUDOS EM ESCOLA PARTICULAR. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA PUBLICIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. REDUÇÃO DE VAGAS. MAIORES MÉDIAS ARITMÉTICAS. CRITÉRIOS DE IGUALDADE E RAZOABILIDADE.

Apelação Cível. Direito administrativo. Município de Petrópolis. Programa Todos pela Educação. Concessão de bolsas de

estudo a estudantes da rede pública em instituições de ensino privadas. Apelante que não preencheu os requisitos previstos em lei e em norma regulamentar. Inexistência de direito à obtenção da bolsa. Sentença de improcedência mantida. Recurso de apelação interposto em face da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados pela apelante na inicial contra o Município de Petrópolis de obtenção do direito de matricular-se em escola particular para cursar o ensino médio, no Programa Todos pela Educação, tendo em vista a média obtida no ensino fundamental cursado na rede pública. Alegação recursal no sentido de que os critérios adotados pelo Município para a seleção dos alunos a serem beneficiado com o Programa Todos pela Educação foram ilegais, desproporcionais e violadores dos princípios da igualdade e da publicidade, sobretudo porque inexistiu qualquer divulgação prévia acerca da quantidade de vagas oferecidas ou de que seriam contemplados somente os cinco primeiros alunos de cada escola, além do que foi criada situação absurda de permitir que alunos de outras escolas com médias inferiores fossem preferidos àqueles com médias mais altas. Insurgência infundada. Redução do quantitativo de vagas ocorrida no ano de 2011 que se respaldou no disposto no artigo 1º, §1º, da Lei Municipal nº 6.414/06, que criou o Programa Todos pela Educação no Município de Petrópolis, já que o número de bolsas ofertadas pelas escolas particulares encontrava-se adstrito ao valor do ISSQN devido mensalmente à municipalidade, acrescido do valor de 20%, ou seja, mediante o encontro de contas da instituição particular de ensino junto à Secretaria Municipal de Fazenda. Divulgação do número de vagas que, de fato, mostrou-se fundamental, a fim de oportunizar o controle por parte dos interessados, mas que, todavia, não impedia a postergação para momento futuro, sobre-

tudo porque apenas depois da verificação dos valores devidos à municipalidade pelas instituições de ensino privadas cadastradas é que se apresentava possível o número de bolsas disponibilizadas, além do que possuía a seleção caráter restrito e interno, que não se direcionou ao público em geral. Ao contrário do alegado pela apelante o critério de seleção de bolsistas prestigiou a isonomia. Distribuição das vagas que contemplou todas as escolas municipais, que certamente não se encontravam em idêntico patamar de igualdade, de forma que permitiu que estudantes oriundos de escolas públicas com qualidade de ensino diversa fossem avaliados entre seus pares. Sentença que solucionou da forma mais adequada a controvérsia instaurada entre as partes, razão por que deve ser mantida integralmente. Conhecimento e desprovimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0005244-90.2011.8.19.0042, em que figura como Apelante G.D.S.T.e como Apelado o Município de Petrópolis.

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e desprovê-lo, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Trata-se de recurso de apelação interposto por G.D.S.T. em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca da Capital, CHRISTIANNE MARIA FERRARI DINIZ, à pasta eletrônica 000106, que julgou improcedentes os pedidos formulados pela apelante na inicial contra o Município de Petrópolis de obtenção do direito de matricular-se em escola particular para cursar o ensino médio, no Programa Todos pela Educação, tendo em vista a média obtida no ensino fundamental cursado na rede pública.

Em suas razões recursais ofertadas à pasta eletrônica 000250, aduziu a agravante que o magistrado de primeiro grau equivocadamente entendeu pela improcedência de seu pedido, tendo em vista que, embora preenchidos todos os requisitos legais para a obtenção de bolsa de estudos, não foi selecionada para participar do Programa.

Nesse contexto, afirmou que houve violação aos princípios da publicidade, da legalidade e da razoabilidade, haja vista que inexistiu qualquer divulgação prévia acerca da quantidade de vagas oferecidas ou de que seriam contemplados somente os cinco primeiros alunos de cada escola.

Salientou, ainda, que a situação criada pelo Município com os critérios adotados gerou o absurdo de se permitir que alunos de outra escola com média inferior ao da apelante e maior número de faltas obtivesse a bolsa no Programa. Afirmou, desse modo, que, diante da ausência de qualquer previsão acerca da seleção de apenas cinco alunos egressos de cada escola municipal, deveria ser observada a listagem conforme publicada no Diário Oficial, figurando a apelante no décimo sétimo lugar.

Contrarrazões apresentadas à pasta eletrônica 000258.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça, à pasta eletrônica 000278, em que se manifestou pela ausência de interesse público a justificar sua atuação no feito.

VOTO

A apelação é tempestiva e estão satisfeitos os demais requisitos de admissibilidade, razão por que deve ser conhecida.

Com efeito, insurgiu-se a autora, ora ape-

lante, em face da sentença que julgou improcedente seu pedido de condenação do Município de Petrópolis a conceder-lhe bolsa integral de estudo em escola particular para cursar o ensino médio em cumprimento ao disposto no Programa Todos pela Educação. Nesse contexto, sustentou que os critérios adotados pelo Município para a seleção dos alunos a serem beneficiado com o Programa Todos pela Educação foram ilegais, desproporcionais e violadores do princípio da igualdade e da publicidade, sobretudo porque inexistiu qualquer divulgação prévia acerca da quantidade de vagas oferecidas ou de que seriam contemplados somente os cinco primeiros alunos de cada escola, além do que foi criada situação absurda de permitir que alunos de outras escolas com médias inferiores fossem preferidos àqueles com médias mais altas.

No entanto, em que pese o inconformismo da apelante, é de se notar que o seu recurso não comporta provimento.

De fato, a redução do quantitativo de vagas ocorrida no ano de 2011 respaldou-se no disposto no artigo 1º, §1º, da Lei Municipal nº 6.414/06, que criou o Programa Todos pela Educação no Município de Petrópolis, já que o número de bolsas ofertadas pelas escolas particulares encontrava-se adstrito ao valor do ISSQN devido mensalmente à municipalidade, acrescido do valor de 20%, ou seja, mediante o encontro de contas da instituição particular de ensino junto à Secretaria Municipal de Fazenda.

Assim, se em determinado ano o valor devido à Municipalidade a título de ISSQN foi reduzido, em idêntica proporção foram justificadamente reduzidas as vagas. Desse modo, apenas depois da verificação dos valores devidos à municipalidade pelas instituições de ensino privadas cadastradas é que se apresentou possível o número de bolsas disponibilizadas.

Como muito bem salientou o magistrado

sentenciante, a divulgação do número de vagas mostrava-se fundamental, a fim de oportunizar o controle por parte dos interessados. Todavia, não havia qualquer empecilho para que as informações fossem postergadas a momento futuro, sobretudo diante do caráter restrito e interno da seleção, que não se direcionou ao público em geral.

De outro lado, não houve qualquer violação da isonomia no critério da distribuição de vagas, haja vista que foi obedecido o disposto na Lei Municipal nº 6.414/06 e na Resolução nº 003/2007, no sentido de que seriam beneficiados os alunos com maiores médias aritméticas obtidas no ensino fundamental de todas as escolas municipais e conveniadas.

O critério utilizado, portanto, como se verifica prestigiou não só a igualdade como a razoabilidade, uma vez que a distribuição das vagas contemplou todas as escolas municipais, que certamente não se encontravam em idêntico patamar de igualdade, de forma que permitiu que estudantes oriundos de escolas públicas com qualidade de ensino diversa fossem avaliados entre seus pares. Dessa maneira, observa-se que a sentença solucionou da forma mais adequada a controvérsia instaurada entre as partes, razão por que deve ser mantida integralmente.

Por todos esses motivos, direciono meu voto no sentido do conhecimento e do desprovimento do recurso.

Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 2016.

DES. ALCIDES DA FONSECA NETO
Relator

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. GRATIFICAÇÃO DENOMINADA NOVA ESCOLA. CLASSIFICAÇÃO

DE AVALIAÇÃO AUTOMÁTICA. NATUREZA GENÉRICA. INCORPORAÇÃO AOS VENCIMENTOS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

Incidente de Uniformização de Jurisprudência. divergência verificada em julgamento de inúmeras câmaras cíveis deste tribunal acerca da natureza jurídica da gratificação denominada Nova Escola prevista pelo Decreto Estadual nº 25.959/2000 aos servidores da rede pública de educação do Estado do Rio de Janeiro, no período anterior à edição da Lei Estadual nº 5.539/2009. A intenção do *caput* do artigo 3º do referido decreto em atribuir à gratificação nova escola um caráter *pro labore faciendo*, vinculando seu valor ao grau de desempenho da escola, apurado através de avaliação periódica, cai por terra diante do disposto no seu parágrafo único que, ao estabelecer que todas as unidades escolares da rede pública estadual serão classificadas, automaticamente, no nível I do sistema permanente de avaliação, equiparou todas as escolas, graduando-as no mesmo patamar de desempenho, independentemente de qualquer aferição. Caráter genérico da gratificação que deve ser reconhecido. Concessão da referida parcela estipendiária, de forma indistinta, a todos os servidores em exercício nas unidades escolares que consiste em verdadeiro aumento indireto de remuneração, razão pela qual é legítima a incidência dos descontos previdenciários sobre seu valor bem como sua incorporação aos proventos dos servidores inativos. Lei Estadual nº 5.539/2009 que, ao estender expressamente a gratificação Nova Escola aos servidores inativos, corrobora a tese da natureza genérica. Jurisprudência dos tribunais superiores. Conhecimento do incidente de uniformização de jurisprudência para fixar a interpretação no sentido de que a gratificação Nova Escola possui natu-

reza genérica, devendo ser incluída na base de cálculo da contribuição previdenciária bem como, incorporada aos proventos dos servidores inativos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 0038253-72.2013.8.19.0042, em que é Requerente a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Acordam os Desembargadores integrantes do Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer do Incidente de Uniformização de Jurisprudência e, no mérito, aprovar o seguinte enunciado: “A gratificação denominada Nova Escola, instituída pelo Decreto Estadual nº 25.959/2000, possui natureza genérica, devendo ser incluída na base de cálculo da contribuição previdenciária bem como incorporada aos proventos dos servidores inativos”.

Trata-se de Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado pela 5ª Câmara Cível deste Tribunal, por ocasião do julgamento de Apelação Cível, ao argumento de que pende divergência jurisprudencial acerca da natureza da gratificação denominada Nova Escola prevista pelo Decreto Estadual nº 25.959/2000 aos servidores da Rede Pública de Educação do Estado do Rio de Janeiro, no período anterior à edição da Lei Estadual nº 5.539/2009.

Sustenta a câmara suscitante que é necessária a uniformização da interpretação sobre a referida vantagem, a fim de que se previna o aprofundamento da controvérsia entre as câmaras cíveis, ressaltando que este Órgão Especial já teve a oportunidade de manifestar-se sobre a questão.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou, à pasta 00362, no sentido de que a gratificação Nova Escola se caracteriza como efetivo rea-

juste salarial, incorporando-se aos proventos de inatividade e submetendo-se aos descontos previdenciários sobre o seu valor.

Voto

O Incidente de Uniformização de Jurisprudência é cabível existindo divergência acerca de interpretação do direito, consoante dispõe o artigo 476, do Código de Processo Civil de 1973.

No presente caso, verifica-se que as Câmaras Cíveis deste Tribunal vêm discordando acerca da natureza jurídica da gratificação denominada Nova Escola, no período anterior a Lei nº 5.539/2009, algumas posicionando-se no sentido de que a referida verba teria natureza *pro labore faciendo*, o que impossibilitaria a sua incorporação e a incidência do desconto previdenciário sobre o seu valor e, outras favoráveis ao caráter genérico da vantagem salarial em análise e o seu cômputo na base de cálculo da contribuição previdenciária.

Neste diapasão, faz-se oportuna breve digressão acerca do tema, a fim de reunir elementos aptos a propiciar o melhor enquadramento jurídico dos institutos pertinentes.

A gratificação Nova Escola foi instituída pelo Decreto nº 25.959/2000 em seu artigo 3º e parágrafo único, *in verbis*:

Art. 3º. Os servidores em efetivo exercício em qualquer das unidades da Rede Pública Estadual de Educação farão jus à gratificação específica de desempenho da escola classificada pelo Grau de Desempenho nos níveis de I a V, conforme Anexo ao presente Decreto.

Parágrafo Único – A partir da publicação deste Decreto, todas as unidades escolares da Rede Pública Estadual de Educação serão classificadas, automaticamente, no nível I do Sistema Permanente de Avaliação de que trata

o artigo anterior, passando os servidores, que nelas estiverem em efetivo exercício, a perceberem as respectivas gratificações.

Numa primeira impressão, com base somente no *caput* do artigo 3º, verifica-se a intenção de atribuir-se à gratificação Nova Escola um caráter *pro labore faciendo*, uma vez que o seu valor corresponderia ao grau de desempenho da escola na qual o servidor estivesse em exercício, variável do nível I ao IV, aferido através de avaliação periódica.

No entanto, tal conclusão cai por terra diante do parágrafo único daquele artigo. Ao estabelecer que todas as unidades escolares da Rede Pública Estadual serão classificadas, automaticamente, no nível I do Sistema Permanente de Avaliação, passando seus servidores a fazer jus à respectiva gratificação, o dispositivo legal equiparou todas as unidades escolares, colocando-as no mesmo patamar de desempenho, independentemente de qualquer avaliação.

Consequentemente, a referida gratificação foi concedida, indistintamente, a todos os servidores em exercício nas unidades escolares, de forma genérica, consistindo em verdadeiro aumento de remuneração e, portanto, devendo ser incluída na base de cálculo da contribuição previdenciária.

Com efeito, caracterizado o aumento indireto na remuneração, deve ser reconhecida a possibilidade de incorporação de tal vantagem salarial aos proventos dos servidores inativos, ex vi do artigo 40, § 8º da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998 e artigo 89, § 5º da Constituição Estadual.

Neste sentido, entendeu este Órgão Especial no julgamento do Mandado de Segurança

impetrado em 2000, cujo julgado ora se transcreve, *in verbis*:

Mandado de segurança impetrado por professores públicos estaduais aposentados, pedindo que lhes seja pago benefício estipendial, deferido pelo Sr. Governador do Estado a todos os servidores em efetivo exercício nas Escolas Públicas da Rede Estadual de Ensino. Concessão da segurança em face do disposto no art. 40 § 8º da Constituição Federal e 89 § 5º da Constituição Estadual, mas com desacolhimento à pretensão ao recebimento de prestações vencidas antes do ajuizamento do writ (Súmula nº 271 do STF), sem condenação em honorários.

(Mandado De Segurança nº 0025640-06.2000.8.19.0000 (2000.004.00521) - Relator: DES. PESTANA DE AGUIAR - Órgão Julgador: ÓRGÃO ESPECIAL - Data do Julgamento: 04/09/2000 - DJ: 25/10/2000)

Ademais, insta salientar que a edição da Lei Estadual nº 5.539/2009, que estendeu expressamente a gratificação Nova Escola aos servidores inativos, corroborou a tese da natureza genérica.

Cabe destacar que o direito à incorporação da referida parcela remuneratória aos proventos dos servidores inativos, em razão da concessão de aumento salarial “mascarado”, foi ratificado pela 2ª Câmara Cível deste Tribunal no julgamento do recurso de apelação interposto no bojo da Ação Civil Pública, ajuizada pelo Sindicato Estadual dos Profissionais de Educação do Rio de Janeiro, valendo trazer à colação a ementa do julgado:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. GRATIFICAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. PEDIDO DE EXTENSÃO A INATIVOS. 1) Nas relações de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quan-

do não tiver sido negado o direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação (Súmula nº 85 do STJ). 2) Se o ente público equipara todas as unidades da rede pública estadual de ensino, graduando-as no mesmo nível I do Sistema Permanente de Avaliação, todos os servidores da educação, indiscriminadamente, passam a fazer jus à percepção da gratificação correspondente ao referido grau. 3) A concessão de gratificação o pertinente ao aludido nível conferida de forma genérica, independentemente de apuração do desempenho da escola, na verdade, configura aumento a todos os servidores da educação, independentemente do cargo que estes ocupam, pelo que, da mesma forma, assiste direito aos inativos de recebê-la. Inteligência do art. 40, § 8º, da CRFB, com a redação dada pela EC nº 20/98, e do art. 89, § 5º, da Constituição Estadual. 4) Considerando a pouca complexidade da causa, deve o valor dos honorários advocatícios ser reduzido para R\$1.000,00. 5) Provimento parcial do recurso. (Apelação Cível nº 0075201-20.2005.8.19.0001 (2007.001.38590) Relator: Desembargador HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES – Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível - Data do Julgamento: 17/10/2007 - Dje: 12/11/2007).

Nesta esteira, é o entendimento da jurisprudência dos tribunais superiores que admite a incorporação das vantagens salariais de caráter genérico concedidas aos servidores públicos. Confira-se:

Recurso Extraordinário. Gratificação de Desempenho da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho – GDPST. Critérios de cálculo. Extensão. Servidores públicos inativos. Repercussão geral reconhecida. Precedentes. Reafirmação da jurisprudência. Recurso improvido. É compatível com a Constituição a extensão, aos servidores públicos inativos, dos critérios de cálculo da GDPST estabelecidos

para os servidores públicos em atividade. (RE 631880 RG / CE - Relator: Ministro Presidente CEZAR PELUSO – Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Data do Julgamento: 09/06/2011 – Dje: 31/08/2011).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA ESTADUAL APOSENTADA. EXTENSÃO DA GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE DE SAÚDE (LEI ESTADUAL Nº 2.383/96). SERVIDORES DA SECRETARIA DE SAÚDE. AUSÊNCIA DE CARACTERÍSTICA *PROPTER LABOREM*. CABIMENTO. VANTAGEM INSTITUÍDA DE FORMA GENÉRICA AOS ATIVOS. RECURSO PROVIDO.

1. A Gratificação de Produtividade de Saúde foi concedida aos servidores ativos pela Lei do estado do Amazonas nº 2.383, em março de 1996, quando estava em vigor o art. 40, § 4º, da Constituição, com a redação original (anterior à emenda constitucional nº 41/2003).

2. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm entendido que, instituída uma gratificação ou vantagem, de caráter genérico, paga indistintamente aos servidores da ativa, deve ser ela estendida aos inativos e pensionistas, consoante o art.40,§ 4º (redação original)

§ 8º (após EC nº 20/98 e anterior a EC nº 41/2003), da Constituição.

3. *In casu*, apesar da tentativa de atribuir uma feição *propter laborem* à referida gratificação ao destiná-la apenas aos servidores que se encontravam em efetivo exercício, na verda-

de, a própria lei desvirtua o caráter específico e a natureza *pro labore faciendo* da referida gratificação ao concedê-la a todos os servidores do Sistema de Saúde daquele estado (art. 3º, *caput*), sem qualquer circunstância condicionante, e prever, ainda, a sua incorporação aos proventos de aposentadoria dos servidores (art. 3º, §5º).

4. Outrossim, cumpre observar, que essa gratificação surgiu da aglutinação de diversas outras (art. 3º, § 6º), dentre as quais a Gratificação de Serviço de Saúde, que é percebida pela impetrante, servidora aposentada desde 1986, devendo, dessa forma, a ela ser estendida. 5. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se dá provimento

(Recurso em Mandado de Segurança Nº 18.647/AM; Relator: Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (Juiz Convocado do TRF 1ª Região) Órgão Julgador: Sexta Turma - Data do Julgamento: 09/10/2007 - DJE: 29/10/2007).

Por tais razões, conheço do incidente de Uniformização de Jurisprudência para fixar a interpretação no sentido de que a gratificação denominada Nova Escola, instituída pelo Decreto Estadual nº 25.959/2000, possui natureza genérica, devendo ser incluída na base de cálculo da contribuição previdenciária bem como, incorporada aos proventos dos servidores inativos.

Rio de Janeiro, 17 de outubro de 2016.

DES. LUIZ ZVEITER
Relator

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Jurisprudência Cível

AÇÃO CÍVEL COLETIVA. SINDICATO DOS TAXISTAS. UBER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INDEFERIDA. ARGUMENTAÇÃO AUTURAL FRÁGIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DIFERENÇAS. DECISÃO EM HARMONIA COM SÚMULA Nº 59 DO TJERJ.

Agravo de Instrumento. Ação civil coletiva. Indeferimento da antecipação de tutela fundamentada na ausência de plausibilidade das alegações (*fumus boni iuris*), art.300, *caput*, CPC.

1. A concessão de antecipação de tutela, com base no art. 300, do CPC/2015 (art. 273, I, do CPC/1973), tem como requisitos a prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

2. Ao indeferir a tutela pleiteada pelo Recorrente, o juízo primevo registrou que controvérsia análoga fora examinada no Mandado de Segurança, autuação nº 0406585-73.2015.8.19.0001 em que se decidiu pela denegação da segurança. Nessa toada, conforme ressaltou o julgador, “admitir raciocínio contrário equivaleria a estabelecer verdadeiro “caos jurídico”, ensejando que decisões frontalmente contrárias produzissem efeitos simultaneamente, no mesmo recorte territorial”.

3. A partir da leitura do ato hostilizado se depreende a similaridade entre o caso destes autos e a controvérsia trazida no bojo do mandado de segurança de nº 0406585-73.2015.8.19.0001, que já foi julgado por sentença, conforme registra a decisão hostilizada. Deste modo, vale aqui relembrar duas antigas regras de hermenêutica jurídica segundo as quais: *Ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma

razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir). Quanto ao mais, subscrevo as razões expostas no judicioso parecer ministerial de f. 396/411 e, considerando que a decisão hostilizada está em harmonia com o enunciado da súmula n.º 59 deste Tribunal. Manutenção da decisão não teratológica. Recurso não provido.

Vistos, relatados e discutidos este Agravo de Instrumento, processo n.º 0046051-11.2016.8.19.0000 em que é Agravante Sindicato dos Motoristas de Empresas e Auxiliares de Táxi do Estado do Rio de Janeiro - SIMEA-TAERJ e Agravada UBER do Brasil Tecnologia Ltda.

Acordam, por unanimidade de votos, os Desembargadores que integram a Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em negar provimento ao recurso.

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento para modificar decisão que indeferiu antecipação da tutela do mérito (art.300, *caput*, CPC) pleiteada no bojo de Ação Civil Pública, autuação nº 0217065-60.2016.8.19.0001 que tramita no Juízo de Direito da 37ª Vara Cível da Comarca da Capital.

No arrazoado de f. 02/10, o sindicato Agravante alinhou, em síntese, os seguintes argumentos:

i) Ausência de fiscalização por parte dos órgãos públicos das atividades exercidas pelos motoristas credenciados do aplicativo;

ii) Necessidade de equiparação das tarifas cobradas aos taxistas, sob pena de afronta ao princípio da isonomia, implicando em concorrência desleal por afronta ao art. 173, § 4º, da CF;

iii) Impossibilidade de o Juízo *a quo* fundar suas razões de decidir na liminar concedida no Mandado de Segurança nº 0406585-73.2015.8.19.0001, por serem distintas as par-

tes, o pedido e causa de pedir;

iv) O art. 170, da CF/88, é norma de eficácia contida, tendo sido regulamentado pelo art. 231, VIII, da Lei nº 9.503/97 c/c art. 2º da Lei nº 12.468/11 c/c art. 6º da Lei Complementar Municipal nº 159, os quais dispõem que o transporte individual remunerado de passageiros é atividade exclusiva de taxistas;

v) Colacionou ementa do julgado no Mandado de Segurança nº 0195452-81.2016.8.19.0001, da 7ª Vara de Fazenda Pública, em que aplicativo de serviço análogo ao UBER foi impedido de explorar a atividade econômica até adequar-se à regulamentação administrativa e fiscalizatória do Poder Público.

vi) Pleiteou a concessão de tutela de urgência.

Na f. 16 determinei a intimação da parte Agravada para oferecimento de resposta, e em seguida o encaminhamento do feito à Procuradoria de Justiça, art.1.019, II e III, do CPC.

Nas contrarrazões de f. 20/36 instruída com os documentos de f. 37/392, a parte Agravada pleiteou a manutenção da decisão hostilizada, forte nos seguintes argumentos:

i) A atividade exercida pelos motoristas cadastrados no aplicativo UBER é distinta daquela prestada por taxistas, sendo prevista em Lei Federal e reconhecida por sólida jurisprudência em todo o território nacional;

ii) A natureza da atividade exercida pelos motoristas cadastrados no aplicativo UBER é privada, sendo atividade econômica em sentido estrito, conforme também reconhece doutrina e ampla jurisprudência, inclusive deste Tribunal de Justiça;

iii) Os motoristas cadastrados no aplicativo UBER estão sujeitos ao poder de polícia como quaisquer outros motoristas, devendo obedecer às normas de trânsito cabíveis, como reconhecido pela C. 17ª Câmara Cível deste E. TJRJ;

iv) Inexiste concorrência desleal entre motoristas cadastrados no aplicativo UBER e taxistas, conforme reconhecido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), autarquia federal que é autoridade em matéria de concorrência no Brasil;

v) O mandado de segurança impetrado pela UBER, em que já houve sentença de mérito e posicionamento deste E. TJRJ, tratou da legalidade das atividades de transporte desempenhadas com o uso do aplicativo UBER, desconstituindo, portanto, as alegações do Agravante de que tais atividades seriam ilícitas;

vi) A Lei Federal nº 12.587/2012 prevê expressamente a atividade de transporte privado individual de passageiros, que também encontra respaldo no Código Civil.

Pugnou pela rejeição do requerimento de atribuição de efeito ativo e pelo não provimento e manutenção da decisão agravada.

A douta Procuradoria de Justiça ofereceu parecer no sentido do não provimento do recurso.

Voto

Conheço do recurso, pois estão presentes os requisitos para sua admissibilidade.

Não há preliminares a enfrentar.

A questão de fundo é o desacerto na decisão que indeferiu o pedido de antecipação de tutela, art. 300, *caput*, CPC.

A decisão hostilizada possui o seguinte teor:

Trata-se de ação pelo rito comum, voltada à tutela de direito de índole coletiva, proposta pelo Sindicato dos Motoristas e Empresas e Auxiliares de Táxi do Estado do Rio de Janeiro

- SIMEATAERJ – em face de UBER do Brasil Tecnologia Ltda.

Como causa de pedir, em síntese, sustenta-se que o réu atua de forma ilegal e abusiva, oferecendo ao autor concorrência “desleal”. Isso porque funciona no mesmo setor de atuação do autor, de “transporte público individual”, cobrando tarifa sensivelmente mais barata, sem, no entanto, submeter-se aos ônus inerentes à fiscalização decorrente do poder de polícia municipal a que se submete o autor, na condição de autorizatário de serviço público.

Sob o argumento central de que se deve aplicar aos “colaboradores” do réu o regime jurídico aplicável aos seus substituídos, pretende o autor, liminarmente, a título de antecipação de tutela, a suspensão dos serviços prestados pelo réu e, subsidiariamente, seja o réu compelido a adotar, em todas as categorias de serviços oferecidas, as tarifas fixadas pelo Município do Rio de Janeiro para o serviço de táxi.

A f. 151/164, o réu veio aos autos espontaneamente para manifestação acerca do pedido liminar. Requer a rejeição do pleito liminar, face à ausência das exigências legais ao seu acolhimento, destacando para tal precedentes do Eg. TJERJ e de tribunais de outras unidades da Federação acerca do tema.

O MP, a f. 643/648, oficiou pela rejeição do pleito liminar, pontuando o esvaziando da pretendida tutela de urgência, porque abrangida pelo objeto do mandado de segurança de nº 0406585-73.2015.8.19.0001, que já conta, inclusive, com sentença de mérito.

Destaca o MP, ainda, que a aplicação, ao serviço prestado pelo UBER, das tarifas obedecidas pelos taxistas, é matéria submetida à discricionariedade do gestor público, não havendo respaldo legal para a pretendida intervenção do Poder Judiciário.

É o relatório. Decido.

Analisados os elementos dos autos, em cognição sumária, própria do momento processual presente, tem-se que não assiste razão ao autor.

Inicialmente, como pontuado pelo réu, que veio aos autos espontaneamente, a f. 151/164, com a específica finalidade de dizer do pleito liminar, esta é mais uma das plúrimas ações judiciais intentadas perante os órgãos judiciais das diversas unidades da Federação, para discussão da “legitimidade” da atuação do réu.

Vale dizer que, dentre os feitos em trâmite no âmbito desta Comarca da Capital do Rio de Janeiro/RJ, merece destaque o Mandado de Segurança de nº 0406585-73.2015.8.19.0001 (6ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital), referido pelo réu em sua manifestação, e pelo MP, a f. 643/648.

No feito em questão, que contrapõe UBER do Brasil Tecnologia Ltda., ora réu, e UBER International B.V., como impetrantes, e o Presidente do DETRO-RJ - e Secretário Municipal de Transportes do Rio de Janeiro, como impetrados, houve decisão liminar favorável ao pleito dos impetrantes, integralmente confirmado pelo TJERJ, *in verbis*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. UTILIZAÇÃO DO APLICATIVO “UBER”. CONCESSÃO DE LIMINAR PELO JUÍZO *A QUO*. MANUTENÇÃO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO DE SÚMULA Nº 58 DESTA TJ/RJ. 1- A medida liminar em mandado de segurança individual pode ser concedida *inaudita altera pars*, nos termos do art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09, quando presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, ficando adiado o contraditório em virtude do perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação. 2- As impetrantes são titulares de aplicativo que é comercializado a vasto público alvo de consumidores, com o objetivo de facilitar e assegurar a interação entre motoristas e clientes. Dessa forma, a ameaça de conduta da Municipalidade, que coíba a utilização do aplicativo por meio da alegada ‘perseguição e punição’

de motoristas que dele fazem uso, acaba por atingir direito líquido e certo das próprias impetrantes, eis que impede a livre utilização de seu produto econômico. Portanto, não estão as agravadas pleiteando direito alheio, mas atuando contra o que reputam ser ameaça de lesão a direito líquido e certo próprio. 3- A constitucionalidade da Lei Municipal nº 159/2015 ainda não foi objeto de apreciação por decisão com eficácia *erga omnes* nesta E. Corte, sendo, portanto, admissível, que se questione se, em concreto, o referido diploma legal deve manter a presunção de constitucionalidade de que goza somente em abstrato. Na mesma linha, é questionável a frágil construção conceitual da recorrente, com o objetivo de inferir da legislação federal uma autorização para que a Municipalidade possa perseguir e punir todo aquele que pratica atividade de transporte individual sem ser taxista. 4- Em nenhum momento está em discussão aqui a competência e legitimidade da Municipalidade de regular e fiscalizar a atividade de transporte, zelando pela sua qualidade e segurança. O ponto controverso cinge-se a avaliar se exercer essa prerrogativa abrange a possibilidade de proibir todo um setor dessa atividade econômica, isto é, se é compatível com os postulados normativos da razoabilidade e da proporcionalidade, que o Município possa, em lugar de fiscalizar a presença dos requisitos para realizar o transporte, impedir que os particulares celebrem contratos de transporte individual, com pessoas que não sejam taxistas, com autorização do Poder Público. 5- A complexidade da questão impõe a adequada instrução probatória, mas em sede de juízo de cognição sumária, não parece admissível autorizar que o Poder Público possa, no curso desse feito, ser autorizado a perseguir e punir titulares e usuários de um aplicativo que até então vinha sendo utilizado livremente. Nesse sentido, considerando que a decisão atacada não é teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos, deve ser mantida em sua integralidade, conforme o verbete sumular

nº 58 desta Corte. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.” (AI Nº 0061837-32.2015.8.19.0000 – Décima Sétima Câmara Cível - REL. DES. MARCIA FERREIRA ALVARENGA - JULG. EM 10/12/2015)

Anote-se que o feito mandamental em questão, de objeto extremamente abrangente, veiculando pretensão de que fosse proscrito aos impetrados obstar/impedir o exercício da atividade empresarial dos impetrantes, conta com sentença de mérito, proferida em 05/04/2016, segundo o sítio eletrônico do TJERJ.

O provimento final de mérito em questão ainda comporta revisão pelo TJERJ, contudo, em seu texto, houve confirmação parcial da liminar outrora proferida, nos seguintes termos, *in verbis*:

“(...) Por todo o exposto, concedo, em parte, a segurança, para tornar definitiva, em parte, a liminar concedida, a fim de determinar ao Presidente do Departamento de Transportes Rodoviários do Estado do Rio de Janeiro - DETRO/RJ e ao Secretário Municipal de Transportes do Rio de Janeiro, além de todos aqueles a eles subordinados, que se abstenham de praticar quaisquer atos que restrinjam ou impossibilitem o exercício da atividade econômica das impetrantes de conexão de provedores e usuários do serviço privado de transporte individual remunerado de passageiros, bem como o exercício da atividade econômica de transporte privado individual remunerado de passageiros mediante utilização da plataforma tecnológica UBER por todos aqueles que comprovem a condição de motoristas profissionais credenciados às impetrantes, em até que estas atividades venham a ser válida e efetivamente regulamentadas pelo poder público, em especial por meio da aplicação de multas e apreensão dos veículos pelos mesmos utilizados, sob pena de multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por cada ato praticado em desacordo com a presente decisão judicial. (...)’.

Com efeito, nota-se que não há novidade

alguma, tampouco ineditismo na tese ora suscitada pelo autor, em síntese, de que o serviço prestado pelo réu, em verdade, insere-se na mesma categoria do prestado pelos taxistas e que, portanto, mereceria submeter-se ao mesmo regime jurídico a eles aplicável.

De certo, havendo processo de tutela coletiva (proc. nº 0406585-73.2015.8.19.0001), no qual a tese em questão foi rejeitada, mesmo que sustentada por outros agentes, e sob eventuais argumentos distintos, é evidente que se trata de precedente a ser levado em consideração.

Afinal, admitir raciocínio contrário equivaleria a estabelecer verdadeiro ‘caos jurídico’, ensejando que decisões frontalmente contrárias produzissem efeitos simultaneamente, no mesmo recorte territorial (art. 16, da Lei nº 7.347/85).

Assim, de saída, tem-se que carece de plausibilidade a tese inicial, porquanto já foi objeto de apreciação judicial, nos autos de feito instaurado anteriormente, em curso, e no qual foi exercida cognição exauriente, de resultado contrário à pretensão inicial ora deduzida, no sentido de suspensão do serviço desempenhado pelo réu.

Mesmo porque a argumentação autoral mostra-se extremamente frágil e carente de fundamentos técnicos, voltando-se, em verdade, a responsabilizar o réu por uma suposta redução do volume de demanda de seus substituídos (taxistas), sob a alegação de que o demandado oferecer-lhe-ia ‘concorrência desleal’.

Ora, consoante se extrai do que já decidido nos autos do processo de nº 0406585-73.2015.8.19.0001, e do que consta destes autos, o réu opera serviço de transporte privado individual de passageiros (art. 4º, X, da Lei nº 12.587/12), com a utilização de veículos particulares, por meio de aplicativo (plataforma tecnológica) que conecta motoristas e pretendidos passageiros.

Logo, o que se estabelece entre passagei-

ro e motorista, independente da relação jurídica entre este e o ora réu, é contrato privado de transporte remunerado, regido pelas disposições do Código Civil.

O pagamento pelo transporte, ressalte-se, é denominado preço, de natureza privada.

Os taxistas, substituídos pelo autor, por outro lado, desempenham transporte público individual de pessoas (art. 4º, VIII, da Lei nº 12.587/12), transporte aberto ao público, realizado com a utilização de veículos de aluguel.

Nessa linha, são autorizatários do Poder Público municipal, nos termos dos arts. 20 e 21, ambos, da LC nº 159/15, do Município do Rio de Janeiro, e do Regulamento de f. 101/133, submetendo-se ao poder de polícia específico quanto à matéria (art. 30, I, da CR/88).

É dizer que, entre passageiro e o taxista, dá-se contrato de transporte submetido a regime jurídico híbrido, de direito privado (Código Civil) e de direito público (Direito Administrativo), aplicando-se a legislação específica e os regulamentos municipais específicos

O pagamento pelo transporte, sublinhe-se, é denominado tarifa, preço-público, contraprestação típica de serviços públicos concedidos ou serviços privados de interesse público.

Em breves linhas, traçados os lindes fundamentais do serviço prestado por cada agente, vê-se que o *modus operandi* de cada qual é sensivelmente próprio, não havendo que se dizer da existência de concorrência entre os prestadores de cada qual.

Pelas mesmas razões, dadas às várias diferenças entre os serviços, não há, tampouco, que se cogitar da aplicação, ao réu, do regime jurídico próprio dos taxistas, ora substituídos pelo autor.

De modo que, ausente ilegalidade que se divise de pronto na atuação do réu, a quem é livre a prática de atividade econômica, assim como a qualquer pessoa (art. 170, parágrafo único, da CR/88), não há que se falar na suspensão da atividade que desempenha.

De outro ângulo, consoante destaque

efetuado pelo MP, em seu parecer inicial (f. 643/648), é atividade reservada ao gestor público a específica atuação no sentido de estabelecer que os ‘colaboradores’ do réu submetam-se ao regime tarifário aplicado aos taxistas.

Não há norma legal específica que traga a previsão em questão, atividade criativa que cabe ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, no desempenho de suas funções típicas e/ou de freios e de contrapeso, previstas constitucionalmente.

Não é dado ao Judiciário atuar como legislador positivo, em regra, em substituição ao legitimado constitucional, sob pena de evidente violação do princípio da separação dos poderes (art. 2º, da CR/88).

Face ao exposto, ausente a necessária plausibilidade das alegações iniciais, o *fumus boni juris* exigido pelo art. 300, *caput*, do NCPC, indefiro o pedido de antecipação de tutela deduzido pelo autor.

Ante a manifestação autoral de ausência de interesse na designação de audiência inaugural de conciliação/mediação, e sendo inconveniente e contraproducente, no caso, o ato, como providência inicial, cite-se o réu, por via postal, com as advertências legais, com o prazo de 15 dias (art. 231, I, do NCPC) para ofertar sua contestação, sob pena de revelia.

Intimem-se as Fazendas estadual e municipal para manifestação de interesse no presente feito, na figura das respectivas procuradorias, nos termos do art. 269, § 3º, do NCPC. P.I. Ciência ao MP”.

A concessão de antecipação de tutela, com base no art. 300, do CPC/2015 (art. 273, I do CPC/1973), tem como requisitos a prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Ao indeferir a tutela pleiteada pelo Recorrente, o juízo primevo registrou que controvérsia análoga fora examinada no

Mandado de Segurança, autuação nº 0406585-73.2015.8.19.0001 em que se decidiu pela denegação da segurança. Nessa toada, conforme ressaltou o julgador, “admitir raciocínio contrário equivaleria a estabelecer verdadeiro “caos jurídico”, ensejando que decisões frontalmente contrárias produzissem efeitos simultaneamente, no mesmo recorte territorial”.

A partir da leitura do ato hostilizado se depreende a similaridade entre o caso destes autos e a controvérsia trazida no bojo do Mandado de Segurança de nº 0406585-73.2015.8.19.0001, que já foi julgado por sentença, conforme registra a decisão hostilizada. Deste modo, vale aqui lembrar duas antigas regras de hermenêutica jurídica segundo as quais: *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir).

Quanto ao mais, subscrevo as razões expostas no judicioso parecer ministerial de fls 396/411 e, considerando que a decisão hostilizada está em harmonia com o enunciado da Súmula nº 59 deste Tribunal, dirijo meu voto no sentido da negativa de provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 28 de março de 2017.

DES. CARLOS AZEREDO DE ARAÚJO
Relator

ACÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA. PROFESSOR DO MUNICÍPIO POSTULA RECEBIMENTO DE PISO SALARIAL. LEI Nº 11.736/2008. VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO PÚBLICO DA EDUCAÇÃO BÁSICA. INAPLICABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL EM REEXAME

NECESSÁRIO. MUNICÍPIO CONDENADO A PAGAR TAXA JUDICIÁRIA.

Apelação Cível. Reexame necessário. Ação de obrigação de fazer c/c cobrança. Professor do Município de Santo Antônio de Pádua. Pretensão de que seja observado o piso salarial nacional para a categoria do magistério. Lei Federal nº 11.738/2008. Recebimento das diferenças salariais, em razão do pagamento ser efetuado em desacordo com o piso da categoria. Sentença de parcial procedência do pedido. Impossibilidade de o professor receber salário inferior ao piso nacional da categoria, conforme estabelecido na Lei Federal nº 11.738/2008. Em reexame necessário, condena o município no pagamento da taxa judiciária, Mantida a sentença nos demais termos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 0003982-42.2015.8.19.0050, em que é Apelante Carlos André Coleta Santos e Apelado Município de Santo Antônio de Pádua.

Acordam os Desembargadores que compõem a Egrégia Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade, em manter a sentença, e, em reexame necessário, condenar o município ao pagamento da taxa judiciária, nos termos do voto da desembargadora Relatora.

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c cobrança, ajuizada por Carlos André Coleta Santos em face do Município de Santo Antônio de Pádua, por meio do qual o autor, servidor público no exercício do cargo de professor, objetiva a utilização do piso salarial, estabelecido na Lei nº 11.738/2008, como valor mínimo do seu vencimento-base, com os reajustes períodos, mencionados na lei, bem como, a percepção das diferenças sobre as par-

celas vencidas e vincendas.

Devidamente citado, o réu ofereceu contestação, a f. 55/58, sustentando que o Município efetivamente deve analisar as suas forças financeiras e a observância da lei de responsabilidade fiscal no que concerne ao limite de gastos com pessoal. Afirma que, o piso nacional é uma regra que tem uma ingerência nacional no âmbito municipal sem a observância das regras fiscais de gastos com pessoal no âmbito municipal.

Por sentença, proferida, a f. 73/75, foi julgado procedente o pedido, na forma do art. 269, I, do CPC/73, para condenar o Município réu a adequar o vencimento-base da parte autora ao piso nacional da educação, instituído pela Lei Federal nº 11.738/2008, observados os reajustes, estabelecidos pelo Ministério da Educação e, proporcionalmente, conforme a carga horária do autor, devendo observar sobre tal vencimento-base o adicional por tempo de serviço e outras vantagens pecuniárias, bem como, pagar as diferenças das parcelas, vencidas posteriores ao dia 27 de abril de 2011. Por fim, condenou o Município ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), nos termos do § 4º, do art. 20, do CPC.

Não houve interposição de recurso.

A Procuradoria de Justiça opinou a f. 85/91, em reexame necessário, pela manutenção da sentença.

VOTO

Trata-se de ação em que a parte autora, integrante dos quadros da educação do Município de Santo Antônio de Pádua, postula o recebimento do piso salarial nacional para o magistério público, fixado pela Lei Federal nº 11.738/08, sem prejuízo dos reflexos inci-

dentes nas demais verbas remuneratórias, bem como, as diferenças não pagas.

Inicialmente, cabe destacar que a Constituição Federal de 1988 rendeu papel de destaque ao direito social à educação, prevendo, que se trata de direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Com o escopo de viabilizar a prestação de tal serviço pelo poder público, o art. 208 da Constituição Federal elencou uma série de garantias, dentre elas a educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, que nos termos do § 1º, do mencionado artigo, constitui direito público subjetivo.

Contudo, a adequada prestação de um serviço público de qualidade passa pela valorização dos servidores que realizam tal atividade. Nesse diapasão, o poder constituinte derivado entendeu por bem adicionar a alínea “e” ao inciso II, do art. 60 das disposições constitucionais transitórias, a qual prevê a fixação, em lei específica de piso salarial nacional para os profissionais do magistério público da educação básica.

Nesse contexto, foi sancionada a Lei nº 11.738/08, cuja constitucionalidade foi questionada junto ao Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento da ADI 4167/DF, declarou sua constitucionalidade, conforme ementa, que passo a transcrever.

CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. PACTO FEDERATIVO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA. PISO NACIONAL PARA OS PROFESSORES DA EDUCAÇÃO BÁSICA. CONCEITO DE PISO: VENCIMENTO OU REMUNERAÇÃO GLOBAL. RISCOS

FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO. JORNADA DE TRABALHO: FIXAÇÃO DO TEMPO MÍNIMO PARA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES EXTRACLASSE EM 1/3 DA JORNADA. ARTS. 2º, §§ 1º E 4º, 3º, *CAPUT*, II E III E 8º, TODOS DA LEI Nº 11.738/2008. CONSTITUCIONALIDADE. PERDA PARCIAL DE OBJETO. 1. Perda parcial do objeto desta ação direta de inconstitucionalidade, na medida em que o cronograma de aplicação escalonada do piso de vencimento dos professores da educação básica se exauriu (arts. 3º e 8º da Lei nº 11.738/2008). 2. É constitucional a norma geral federal que fixou o piso salarial dos professores do ensino médio com base no vencimento, e não na remuneração global. Competência da União para dispor sobre normas gerais relativas ao piso de vencimento dos professores da educação básica, de modo a utilizá-lo como mecanismo de fomento ao sistema educacional e de valorização profissional, e não apenas como instrumento de proteção mínima ao trabalhador. 3. É constitucional a norma geral federal que reserva o percentual mínimo de 1/3 da carga horária dos docentes da educação básica para dedicação às atividades extraclasse. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Perda de objeto declarada em relação aos arts. 3º e 8º da Lei nº 11.738/2008. (ADI 4167 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Relator (a): Min. JOAQUIM BARBOSA - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Julgamento: 27/04/2011 - Publicação: DJe-162)

Oportuno salientar que no julgamento dos embargos de declaração, levado a efeito em 27/02/2013, a Corte estabeleceu que a Lei nº 11.738/2008 passou a ser aplicável a partir de 27/04/2011.

Desse modo, urge reconhecer a necessidade da adequação dos entes municipais ao disposto na legislação atinente ao tema, deven-

do eles adotar as providências cabíveis a fim de cumprir a norma supramencionada, no que diz respeito ao piso salarial a ser implementado.

Assim, considerando que a norma em questão entrou em vigor na data de sua publicação, qual seja, 17/07/2008, o ente municipal teve tempo suficiente para adequar a remuneração dos servidores do magistério.

Não merece acolhida a alegação do Município no que diz respeito à aplicabilidade da reserva do possível, haja vista a previsão, contida na Lei nº 11.738/08, segundo a qual caberá a complementação pela União da integralização dos vencimentos dos profissionais da educação básica, quando devidamente justificada a necessidade e a incapacidade econômica do ente federativo, *in verbis*:

Art. 4º A União deverá complementar, na forma e no limite do disposto no inciso VI do *caput* do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e em regulamento, a integralização de que trata o art. 3º desta Lei, nos casos em que o ente federativo, a partir da consideração dos recursos constitucionalmente vinculados à educação, não tenha disponibilidade orçamentária para cumprir o valor fixado

§ 1º O ente federativo deverá justificar sua necessidade e incapacidade, enviando ao Ministério da Educação solicitação fundamentada, acompanhada de planilha de custos comprovando a necessidade da complementação de que trata o *caput* deste artigo.

§ 2º A União será responsável por cooperar tecnicamente com o ente federativo que não conseguir assegurar o pagamento do piso, de forma a assessorá-lo no planejamento e aperfeiçoamento da aplicação de seus recursos.

Verifica-se, portanto, que ao Município caberia tomar as providências necessárias para, se adequando aos requisitos legais, implementar o reajuste necessário a fim de dar cumprimen-

to ao comando legal, não havendo que se falar em violação ao disposto no art. 169 da Constituição Federal, bem como no art. 19 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Deste modo, urge reconhecer a procedência do pleito autoral, visto que o autor faz jus a implementação do piso nacional, conforme disposto no § 3º, do art. 2º da Lei nº 11.738/08.

Vale destacar, que a partir de 27/04/2011, momento da declaração de constitucionalidade do artigo 2º da Lei Federal nº 11.738/2008, que instituiu o piso salarial nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, deveria o Município réu ter implementado o piso salarial, ali definido, nos contracheques de seus professores. Assim, não tendo realizado o ajuste necessário, assumiu o risco de ter que pagar as diferenças, pleiteadas pelo autor.

No mesmo sentido, aliás, a reiterada jurisprudência desse Tribunal de Justiça:

Administrativo. Ação ordinária com pedido de obrigação de fazer e antecipação de tutela. Professora do Município de Miracema. Pretensão ao recebimento das diferenças salariais, em razão do pagamento dos salários efetuado pelo Município de Miracema ter sido efetuado em desacordo com o piso nacional da categoria. Impossibilidade de o professor receber salário inferior ao piso nacional da categoria, conforme estabelecido na Lei Federal nº 11.738/2008. Sentença integralmente mantida. Recurso desprovido. (APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO 0004142- 86.2013.8.19.0034 - DES. JOSÉ CARLOS VARANDA - Julgamento: 27/05/2015 – Décima Câmara Cível).

Reexame necessário. Ação de obrigação de fazer c/c cobrança. Professora do Município de Miracema. Pretensão de percepção de diferenças salariais. Servidora do Município de Miracema. Impossibilidade de o professor re-

ceber salário inferior ao piso nacional da categoria, conforme estabelecido na Lei Federal nº 11.738/2008. Acerto da sentença, que é mantida em reexame necessário na forma do art. 557, *caput*, do CPC. (REEXAME NECESSÁRIO 0004066- 62.2013.8.19.0034 - Des. WAGNER CINELLI - Julgamento: 29/07/2015 – Décima Sétima Câmara Cível)

DIFERENÇAS SALARIAIS. SERVIDOR DE MIRACEMA. PROFESSOR. DESCUMPRIMENTO DO MUNICÍPIO À LEGISLAÇÃO FEDERAL Nº 11.738/08 QUE FIXA O PISO SALARIAL NACIONAL PARA OS PROFISSIONAIS DO MAGISTÉRIO PÚBLICO DA EDUCAÇÃO BÁSICA. SENTENÇA JULGANDO PROCEDENTE O PEDIDO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO DE SÚMULA Nº 85 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REITERADOS PRECEDENTES DESTES EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO MANEJADO PELO MUNICÍPIO. DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, COM FULCRO NO ARTIGO 557, § 1º, A DO CPC, APENAS PARA REDUZIR A VERBA HONORÁRIA. PEQUENO REPARO QUE SE FAZ DE OFÍCIO NO QUE TANGE À TAXA JUDICIÁRIA, JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. (APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO 0003920- 21.2013.8.19.0034 - DES. FLÁVIA ROMANO DE REZENDE - Julgamento: 17/12/2014 - Décima Sétima Câmara Cível).

Reexame necessário. Ação ordinária com pedido de obrigação de fazer e antecipação de tutela. Professora do Município de Miracema. Pretensão ao recebimento das diferenças salariais, em razão do pagamento dos salários efetuado pelo Município de Miracema ter sido efetuado em desacordo com o piso nacional da categoria. Impossibilidade de o professor receber salário inferior ao piso nacional da categoria, conforme estabelecido na Lei Federal nº

11.738/2008. Adequação que se faz necessária diante da redução da carga horária estabelecida pela Lei Municipal. Sentença integralmente mantida, inclusive em sede de reexame necessário. (REEXAME NECESSÁRIO 0004130-72.2013.8.19.0034 - DES. CELSO PERES - Julgamento: 28/08/2014 - Décima Câmara Cível).

No que tange às despesas processuais a sentença proferida pelo douto juiz, merece pequeno ajuste, o que se faz de ofício, consoante entendimento, consagrado no enunciado da Súmula nº 161 desta E. Corte de Justiça.

De fato, não há que se falar em condenação da municipalidade ao recolhimento das custas judiciais em virtude da isenção prevista no art. 17, inciso IX, da Lei nº 3.350/99. Contudo, subsiste a obrigação quanto ao pagamento da taxa judiciária, ante a sucumbência, suportada.

Com efeito, sendo o réu sucumbente, deverá arcar com tal tributo, conforme entendimento consignado no enunciado da súmula nº 145 desta Corte de Justiça:

“Se for o Município autor estará isento da taxa judiciária desde que se comprove que concedeu a isenção de que trata o parágrafo único do artigo 115 do CTE, mas deverá pagá-la se for o réu e tiver sido condenado nos ônus sucumbenciais”.

Por tais fundamentos, voto no sentido de ser mantida a sentença, e, em reexame necessário, condenar o Município ao pagamento da taxa judiciária, nos termos da súmula nº 145 desta corte.

Rio de Janeiro, 23 de novembro de 2016.

DES^a. CLAUDIA PIRES DOS SANTOS FERREIRA
Relatora

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. MENOR. SITUAÇÃO CONSTRANGEDORA EM SALA DE AULA. CANCELAMENTO DA MATRÍCULA. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. NÃO COMPROVAÇÃO. MERO ABORRECIMENTO. RECURSO NEGADO.

Direito do consumidor. Apelação Cível. Ação de reparação de danos materiais e morais. Autora alega ter passado por situação de humilhação ao ter se urinado em sala de aula. Ausência de comprovação de ato atentatório à dignidade da autora ou abalo suficiente a lesionar sua honra. Inocorrência de dano moral. Dano material comprovado em parte. Sentença prestigiada. Negado provimento ao recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0018929-97.2010.8.19.0205 em que é Apelante E.V.S.S, Rep/P/S/Mãe,. sendo Apelado Centro Escolar Mendanha Ltda.

Acordam os Desembargadores que integram a Vigésima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Trata-se de recurso interposto ante o julgado proferido nos autos da ação de reparação de danos materiais e morais ajuizada por E.V.S.S. Rep/P/S/Mãe, em face de Centro Escolar Mendanha Ltda, alegando a Autora, em síntese, que no dia 04 de março de 2010 a representante legal recebeu um telefonema da Ré solicitando que comparecesse à escola com uma muda de roupa, pois a Autora havia se urinado. Narra, ainda, que a diretora da escola informou que a menor havia pedido para a professora para ir ao banheiro, que estava ocupado e a Autora não aguentou esperar, por isso acabou se urinando.

No dia seguinte, a Autora não queria retornar à escola, e contou para a mãe que já tinha pedido antes para ir ao banheiro, mas deu vontade de novo e a professora não deu a devida atenção, então acabou se urinando na classe na frente dos amigos, e estava com vergonha. A representante legal afirma que diante disso solicitou o cancelamento da matrícula e a devolução da mensalidade e do material que havia entregado para o ano letivo, mas recebeu resposta negativa da Ré. Requer a condenação da Ré no pagamento de indenização pelos danos morais e materiais sofridos.

Assim constou a parte dispositiva da sentença – Índice Eletrônico nº 118:

“(…) Diante do exposto, julgo procedente, em parte, para condenar a Ré a restituir a quantia de R\$ 119,00 (cento e dezenove reais), corrigidos monetariamente a contar do desembolso e acrescida de juros de mora no percentual de 12% ao ano, contados da citação. Considerando a sucumbência recíproca, as custas serão rateadas e os honorários advocatícios compensados, observando-se, contudo, ser a Autora beneficiária da gratuidade de justiça (artigo 12 da Lei nº 1.060/50). Certificado o trânsito em julgado, dê-se baixa e arquivem-se. Publique-se. Intimem-se”.

Razões de recurso – Índice Eletrônico nº 121 – alegando que a sentença foi injusta ao arbitrar o dano material apenas na mensalidade paga, afirmando que deveria ser ressarcida também pelo valor que pagou com matrícula, material, livros e uniformes em novo colégio, totalizando o montante de R\$1.333,00. Sustentou a ocorrência de dano moral na hipótese.

Contrarrazões – Índice Eletrônico nº 137 – em prestígio à sentença.

Parecer de mérito da Procuradoria de Justiça opinando pelo desprovimento do recurso

– Índice Eletrônico nº 151.

Voto

Inicialmente, cumpre observar que se encontram presentes os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual conheço do recurso interposto.

Não há dúvidas de que estamos diante de relação de consumo, considerando consumidor todo aquele que utiliza serviço como destinatário final (art. 2º da Lei nº 8.078/1990), e fornecedor a pessoa jurídica que presta o serviço mediante remuneração (art. 3º, e seu § 2º, da Lei nº 8.078/1990), devendo ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, a responsabilidade da empresa apelante, na qualidade de fornecedora, é objetiva, fundada na “Teoria do Risco do Empreendimento”, consoante dispõe o artigo 14 da Lei nº 8.078/90, *verbis*:

“O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

Dessa forma, responde pela reparação dos danos a que der causa, independentemente de culpa, ou seja, objetivamente, conforme artigo 14 do CDC. Diante disso, cabe ao fornecedor do serviço provar que o defeito inexistiu ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

A Autora pretende reparação por danos morais e materiais ao argumento de que sofreu humilhação ao se urinar em sala de aula, razão pela qual mudou de colégio.

Verificando os documentos acostados e as provas produzidas, não vislumbro a ocorrência

de fato atentatório à dignidade da parte apta a justificar a pretensão indenizatória

Em audiência de instrução e julgamento realizada (índice eletrônico nº 108), foi colhido o depoimento de M.S.S. (índice eletrônico nº 109), ouvida na condição de informante por ser funcionária da Ré, que afirmou “que era responsável pela turma no dia dos fatos; que autora pediu para ir ao banheiro, sendo permitido pela depoente; que ao retornar do banheiro e alguns minutos após a autora pediu novamente para ir ao banheiro, tendo a depoente afirmado que esperasse um pouquinho, pois havia outras colegas no banheiro (...) que a nova solicitação da autora foi feita tão logo ela tenha voltado do banheiro; que a autora acabou urinando na frente dos demais colegas; que na época a autora tinha 4 anos; que os amigos de turma não fizeram qualquer tipo de brincadeira ou gozação(...)”.

Neste mesmo sentido, a própria Autora relata em sua exordial que tinha ido ao banheiro anteriormente, mas que deu vontade novamente, sendo razoável, portanto, que a professora pedisse que aguardasse um pouco, especialmente diante da informação de que o banheiro estava ocupado. Outrossim, a instituição teve o cuidado de solicitar uma troca de roupa para que a Autora permanecesse na escola, o que foi feito pela avó da Autora, não havendo que se falar em negligência por parte da escola.

Portanto, no caso vertente não restou comprovada qualquer circunstância que tenha agredido a honra, a imagem, a integridade física, ou qualquer outro direito da personalidade que seja protegido pelo ordenamento jurídico em vigor e que seja capaz de tornar o aludido acontecimento superior ao mero aborrecimento.

Com efeito, para caracterizar do dano moral é necessária a ocorrência de ato atentatório à dignidade da parte, que, no caso, não restou comprovado, aplicando-se à hipótese o

entendimento consubstanciado na Súmula nº 75 deste E. Tribunal de Justiça, *verbis*:

“O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”.

Assim, não se vislumbra a ocorrência de qualquer fato que justifique a pretensão indenizatória, devendo ser mantida a sentença.

No que se refere aos danos materiais, o julgado igualmente não merece qualquer reparo, já que devida a restituição do valor pago relativo à mensalidade de março de 2010 (índice eletrônico nº 20), considerando que a Autora deixou de prosseguir na instituição. As despesas apontadas no documento acostado junto ao índice eletrônico nº 90 foram efetivadas em razão da matrícula da Autora junto à instituição CEES, não sendo devido pela Ré qualquer reembolso a este título.

Diante do exposto, meu voto é no sentido de negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 22 de março de 2017.

DES. ANTONIO CARLOS ARRÁBIDA PAES
Relator

AÇÃO INDENIZATÓRIA. COMPARCIMENTO À SOLENIDADE SEM CONVITE. RETIRADA DO EVENTO DE FORMA VEXATÓRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CONDUTA AGRESSIVA. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

Apelação Cível. Ação indenizatória. Autora alega que foi retirada de evento nas de-

pendências da associação ré de maneira vexatória. Improcedência. Autora admite que não era associada e compareceu à solenidade sem possuir convite, sendo certo que se tratava de um evento privado e fechado para médicos da associação. Ausência de comprovação de qualquer conduta agressiva e vexatória na abordagem. Abuso de direito não caracterizado. Associação ré que agiu no exercício regular do direito. Inexistência de ato ilícito. O dano moral somente pode ser reconhecido nos casos de efetiva violação da integridade, da intimidade, da honra subjetiva e da imagem do cidadão. Dano moral não configurado. Sentença mantida. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. Desprovimento do recurso na forma do Verbete Sumular nº 568 do STJ.

DECISÃO MONOCRÁTICA

Apelação Cível nº 0011377-06.2013.8.19.0002 interposta, tempestivamente, pela parte autora - Neuza de Sena Ferreira, contra a sentença de improcedência de f. 201/203, prolatada pelo juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Niterói, nos autos da ação indenizatória proposta em face de Associação Médica Fluminense.

Como causa de pedir, alega a autora que no dia 25/09/2012 compareceu ao teatro da associação ré a fim de assistir à posse do médico angiologista, Dr. Antônio Luiz. Narra que, apesar de ter assinado o livro de presença sem qualquer problema, ao final da solenidade, quando aguardava uma oportunidade para cumprimentar o médico, foi retirada do local por dois seguranças, de maneira indelicada e em voz alta, por não possuir convite, o que lhe causou grande constrangimento e humilhação. Desta forma, requer a respectiva indenização por danos morais.

Entendendo que a ré agiu no exercício regular de direito, o juízo *a quo* julgou improce-

dente o pedido, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 500,00.

Inconformada, apela a parte autora - Neuza de Sena Ferreira, a f. 214/215, repisando os termos da exordial quanto a ocorrência de conduta ilícita a ensejar a reparação moral, uma vez que a ré praticou ato abusivo expulsando a apelante de suas dependências de forma vexatória e arbitrária.

Aduz que o exercício regular do direito só poderia ser entendido se a direção da ré tivesse chamado autoridade policial para resolver a questão e não por meios próprios, pugnando, assim, pela procedência do pedido.

Contrarrazões a f. 226/232.

Os autos vieram conclusos em 17/03/2015, sendo devolvidos hoje, com a presente decisão.

É o relatório. Passo a decidir.

Cinge-se a controvérsia na apuração da responsabilidade da ré – Associação Médica Fluminense – pelo dano moral supostamente sofrido pela autora – Neuza de Sena Ferreira.

Em que pese todo o arrazoado pela autora apelante, não há como se atribuir à associação ré a responsabilidade pelo constrangimento que alega ter sofrido.

Da análise dos autos, verifica-se que a autora admite que não era associada e compareceu à solenidade sem possuir convite, e que pretendia conhecer o médico homenageado para conversar sobre o seu problema de varizes, sendo certo que se tratava de um evento privado e fechado para os médicos da associação.

Do mesmo modo, o depoimento da

testemunha arrolada pela própria autora (f. 190/191) evidencia que foi a cerimonialista do evento que solicitou que a autora se retirasse por não possuir convite, não tendo sido demonstrada qualquer conduta agressiva ou vexatória na abordagem.

Desta forma, considerando que o procedimento da associação ré não foi imotivado, é forçoso concluir que a apelada agiu no exercício regular do seu direito ao solicitar que a autora se retirasse de suas dependências.

Ademais, o fato narrado na exordial, por si só, não foi capaz de perpetrar verdadeiro constrangimento ou prejuízo à autora, e, portanto, não encontra respaldo jurídico para uma reparação civil, já que o dano moral somente pode ser reconhecido nos casos de efetiva violação da integridade, da intimidade, da honra subjetiva e da imagem do cidadão, o que não se verificou na presente hipótese

Nessa esteira, não há como se imputar à associação ré a prática de qualquer ato ilícito, mostrando-se descabida, portanto, a pretensão de reparação extrapatrimonial, impondo-se a manutenção da sentença de improcedência ora guerreada.

Corroborando todo o exposto:

“0086181-36.2013.8.19.0004 – Apelação - Julgamento: 28/09/2016 - Vigésima Terceira Câmara Cível Consumidor - Apelação Cível. Direito do Consumidor. Estabelecimento de ensino. Autora menor de idade que alega ter sido impedida de trocar de roupa no vestiário da escola ré após o término da aula, tendo sofrido constrangimentos por parte da coordenadora. Pedido contraposto efetuado pelo estabelecimento réu. Sentença do juízo *a quo* que julgou improcedente o pedido autoral e o contraposto. Apelação exclusiva da autora, requerendo a condenação da ré em danos morais.

Apelação que não merece prosperar. Inexistência de ato ilícito cometido pela ré. Apelante que não logrou comprovar o fato constitutivo de seu direito. Inteligência da Súmula nº 330 do TJRJ. Sentença mantida na íntegra. Negado provimento ao recurso.”

“021354-10.2002.8.19.0066 – Apelação - Julgamento: 10/10/2006 - Sétima Câmara Cível - Ação de indenização por danos morais. Constrangimento suportado pelo autor em razão de ter-lhe sido imputada a prática de crime de furto. Autor que não logrou provar os fatos constitutivos de seu direito, na forma do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, ônus que lhe competia. Não há como reputar ilícita a conduta de alguém que noticia crime à autoridade policial por se configurar exercício regular de seu direito. Dano moral. Descabimento. Não gravita na órbita da ilicitude civil a mera indicação de alguém como suspeito da prática de um crime perante a autoridade competente, eis que a investigação de delitos e de seus respectivos autores é permitida por lei, dentro de certos limites, em atenção a superiores interesses públicos. É dever moral e legal de todos levar ao conhecimento da autoridade competente a ocorrência de fato ilícito, mormente quando circunstâncias do evento autorizam supor a existência de crime. Não pode o réu ser responsabilizado pela prática de ato ilícito consistente em denúncia caluniosa se a representação por ele feita contra o autor à autoridade policial não se reveste de dolo, temeridade ou má-fé. Sentença de improcedência. Desprovimento do recurso.”

“0009952-85.2007.8.19.0023 – Apelação - Julgamento: 09/06/2009 - Oitava Câmara Cível - Apelação Cível. Obrigação de Fazer c/c Dano Moral. Condomínio. Síndico. Impedimento de utilização de salão de festas. Exercício regular de direito do condômino. Tutela antecipada deferida para entrega da chave do referido espaço com 5 horas de an-

tecedência. Imposição de multa por descumprimento. Evento realizado. Esgotamento da liminar deferida. Atos de embaraço do síndico que, conquanto não se afigurem razoáveis, não ensejam reparação por dano moral, ainda pelo fato de que a demandante não mais reside no condomínio. Entrega das chaves para realização do evento com 4 horas e 20 minutos de antecedência (f.24 e 97). Princípios da razoabilidade e instrumentalidade. Ausência de prejuízo. Multa indevida. Dano moral não configurado. Manutenção da sentença. Improvimento ao apelo.”

“0090107-42.2012.8.19.0042 – Apelação - Julgamento: 01/10/2014 -Décima Primeira Câmara Cível - Ação de Indenização por Danos Morais pelo procedimento comum sumário. Alegação da autora, professora de escola municipal, de que sofreu constrangimento ao ser removida pela diretora da instituição de ensino na qual lecionava, após veiculação de vídeo na internet que fora gravado durante a aula, através de celular, com conteúdo desabonador à escola. Sentença julgando improcedente o pedido. Manutenção, pois a ré, diretora do colégio, agiu dentro dos limites de sua função, ao requerer a remoção de professor da escola a qual dirige. Dano moral não configurado. Não demonstrou a autora o fato constitutivo de seu direito, na forma do artigo 333, I, do CPC. Desprovimento do recurso.”

Por tais fundamentos, nego seguimento ao recurso, na forma da súmula nº 568 do STJ, mantendo-se a sentença em todos os seus termos.

Publique-se.

Rio de Janeiro, 28 de março de 2017.

DES. PEDRO SARAIVA DE ANDRADE LEMOS
Relator

AÇÃO MONITÓRIA. EXISTÊNCIA DE DOCUMENTO ESCRITO COM IDENTIFICAÇÃO DA OBRIGAÇÃO EXIGIDA, SEM EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DURANTE TRÊS MESES. AJUSTE DO VALOR HISTÓRICO DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. NÃO ISENÇÃO DAS DESPESAS PROCESSUAIS E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS SUSPENSOS.

Apelação cível. Monitória. Contrato de serviços educacionais. Juros de mora e correção monetária. Termo inicial. Gratuidade de justiça. Suspensão da exigibilidade que se impõe.

1. O ordenamento positivo, com a finalidade de atribuir maior efetividade aos processos de cobrança de obrigação provada por escrito, embora sem os atributos da certeza e liquidez, adotou a ação monitória em sua modalidade documental. A causa de pedir desta ação é a existência de documento escrito, sem eficácia de título executivo, cujo conteúdo revele diretamente a relação jurídica estabelecida entre as partes e identifique a obrigação exigida.

2. *In casu*, incontroversa a relação jurídica existente entre as partes, consistente na prestação de serviços educacionais, bem como a mora do réu em relação às mensalidades vencidas em outubro, novembro e dezembro de 2009, no valor unitário de R\$ 637,00.

3. Ultrapassadas tais considerações, é preciso verificar se há excesso na condenação e a questão acerca dos ônus sucumbenciais, ante a gratuidade de justiça deferida.

4. Veja-se que o contrato de prestação de serviços firmado, com as mensalidades previamente fixadas, constitui dívida líquida

e exigível já a partir da data do vencimento das prestações assumidas e não adimplidas. Portanto, a regra aplicável à hipótese é a do artigo 397 do CC/02, segundo a qual, nas obrigações decorrentes de ato contratual, com obrigação líquida, certa e com prazo para cumprimento, a mora se constitui a partir do inadimplemento do devedor. Assim, é desse momento em diante que devem correr os juros e a correção monetária. Precedentes do STJ e do TJRJ.

5. Em que pese a alegação de excesso apresentada no recurso sob julgamento, patente que, nos termos do artigo 494, inciso I, do Código de Processo Civil, o erro material pode ser retificado a qualquer tempo, sem que caracterize violação à coisa julgada.

6. Para tanto, basta análise do valor histórico apontado na sentença e o teor da planilha que instrui a inicial, para se concluir que o valor alcançado pelo julgado ocorreu após somatório do valor já atualizado. Doutrina.

7. Note-se que o erro material é aquele que pode ser constatado a partir de critérios objetivos, que não corresponda, de forma alguma, à intenção do Magistrado. Trata-se de engano evidente e involuntário. Doutrina e precedentes do STJ.

8. Assim, merece pequeno reparo a sentença para que o título executivo judicial seja constituído com o valor histórico de R\$ 1.911,00, acrescido de juros de mora de 1% ao mês e correção monetária, conforme índice pactuado, ambos a contar do vencimento de cada parcela, além da multa contratual de 2% sobre o valor do débito, sem alterar a sucumbência, pois o equívoco do juízo não influi nas razões de decidi.

9. Impõe-se, ainda, outro retoque na sentença objurgada, uma vez que o apelante encontra-se sob o pálio da gratuidade de justiça, motivo pelo qual se deve suspender a exigibilidade dos ônus sucumbenciais impostos até que o beneficiário possa fazer o pagamento sem prejuízo do sustento próprio ou

da família, nos termos do artigo 98, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil. Precedentes do STJ.

10. Por fim, insta salientar que o artigo 85, §11 do atual Código de Processo Civil dispõe que o Tribunal, ao julgar o recurso interposto, majorará os honorários fixados anteriormente. Desse modo, arbitra-se os honorários sucumbenciais recursais no percentual de 1% (um por cento), que deverá incidir sobre o valor da causa, com fundamento no artigo 85, §§ 2º e 11 do Código de Processo Civil vigente, mas, ante ao provimento parcial do apelo, caberá a cada parte suportar os honorários recursais no percentual de 0,5%(meio por cento).

11. Recurso parcialmente provido. Honorários recursais que devem ser suportados pelas partes, no percentual de 0,5%(meio por cento) sobre o valor da causa para cada.

Vistos, relatados e discutidos esta Apelação Cível, nos autos do Processo nº 0028395-85.2014.8.19.0202, em que é Apelante Fabricio dos Santos Honorato e Apelado Instituto Brasileiro de Contabilidade.

Acordam os Desembargadores que integram a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer o apelo e a ele dar parcial provimento para que passe a constar como valor histórico do débito a ser corrigido e atualizado a quantia de R\$ 1.911,00 (mil e novecentos e onze reais), bem como para determinar a suspensão da exigibilidade da condenação imposta a título de ônus sucumbenciais, na forma do artigo 98, §3º, do CPC, mantidos os demais termos do julgado, com honorários recursais fixados em 0,5% (meio por cento) sobre o valor da causa em favor do patrono de cada parte.

VOTO

Conhece-se o recurso, pois tempestivo,

com gratuidade deferida a f. 72 (000093), presentes os demais requisitos de admissibilidade.

O ordenamento positivo, com a finalidade de atribuir maior efetividade aos feitos de cobrança de obrigação provada por escrito, embora sem os atributos da certeza e liquidez, adotou a ação monitória em sua modalidade documental, nos termos do artigo 1.102-A do Código de Processo Civil.¹

A causa de pedir desta ação é a existência de documento escrito, sem eficácia de título executivo, cujo conteúdo revele diretamente a relação jurídica estabelecida entre as partes e identifique a obrigação exigida

NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, ao cuidarem do tema, afirmam¹

Conceito. Ação monitoria é o instrumento processual colocado à disposição do credor de quantia certa, de coisa fungível ou de coisa móvel determinada, com crédito comprovado por documento escrito sem eficácia de título executivo, para que possa requerer em juízo a expedição de mandado de pagamento ou de entrega da coisa para a satisfação de seu direito.²

Pois bem.

In casu, incontroversa a relação jurídica existente entre as partes, consistente na prestação de serviços educacionais, bem como a mora do réu em relação às mensalidades ven-

¹ Art. 1.102.A - A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

² NERY, Nelson; Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**, 10ª edição revista, atualizada e ampliada até 1º de outubro de 2007. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1242.

cidas em outubro, novembro e dezembro de 2009, no valor unitário de R\$ 637,00.

Ultrapassadas tais considerações, é preciso verificar se há excesso na condenação e a questão acerca da condenação imposta a título de ônus sucumbenciais, ante a gratuidade de justiça deferida.

Veja-se que o contrato de prestação de serviços firmado, com as mensalidades previamente fixadas, constitui dívida líquida e exigível já a partir da data do vencimento das prestações assumidas e não adimplidas. Portanto, a regra aplicável à hipótese é a do artigo 397 do CC/02, segundo a qual, nas obrigações decorrentes de ato contratual, com obrigação líquida, certa e com prazo para cumprimento, a mora se constitui a partir do inadimplemento do devedor. Assim, é desse momento em diante que devem correr os juros e a correção monetária³

A propósito, veja-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. COBRANÇA DE MENSALIDADES ESCOLARES. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO *A QUO*. DATA DO VENCIMENTO. MORA *EX RE*. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL.

1. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide. Ademais, o

magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pelas partes.

2. Incidência de juros de mora e correção monetária desde a data do vencimento da prestação, no caso de mora *ex re*. Precedente da Corte Especial.

3. Agravo regimental desprovido.⁴

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EDUCACIONAL E PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. MECANISMO PARA RECOMPOSIÇÃO DO VALOR DA MOEDA. CONTRATO QUE PREVÊ VALOR E DATA DE PAGAMENTO DAS MENSALIDADES. MORA *EX RE*. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA E DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. A CONTAR DO VENCIMENTO DE CADA PRESTAÇÃO. ART. 397 DO CÓDIGO CIVIL. DECISÃO MANTIDA.

1. Na ação de cobrança de mensalidades escolares, incidem atualização monetária e juros de mora a partir do vencimento de cada prestação - ocasião (termo) em que, por decorrência do inadimplemento contratual, a credora ficou privada do valor especificado no contrato ao qual fazia jus (REsp nº 1192326/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 08/04/2014, DJe 08/05/2014).

2. Ao repisar os fundamentos do recurso especial, a parte agravante não trouxe, nas razões do agravo regimental, argumentos aptos a modificar a decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

3. Agravo regimental a que se nega pro-

3 CC. Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

4 BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1372546/MG. Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Terceira Turma – Julgamento: 09/05/2015 – Data da publicação: 22/05/2015.

vimento.⁵

No mesmo sentido, seguem precedentes deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO - AÇÃO MONITÓRIA – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - EMBARGOS MONITÓRIOS - DEDUÇÃO DA IMPORTÂNCIA PAGA - MORA *EX RE* – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA - TERMO INICIAL – VENCIMENTO. A Prova documental que configura o pressuposto da tutela reclamada é hábil a demonstrar a relação jurídica entre as partes, devendo-se observar o princípio *pacta sunt servanda*. Irretocável a sentença recorrida diante da adequação do crédito a ser executado em exata correspondência à prova documental que embasa a inicial da ação monitoria, observada a dedução da parcela paga. Obrigação líquida, certa e com prazo para o cumprimento a ensejar a aplicação da regra *dies interpellat pro homine*. Pequeno reparo, de ofício, para fixar a incidência dos juros e da correção monetária a contar da data do vencimento de cada mensalidade. Negado provimento ao recurso.⁶

Civil. Ação Monitoria. Contrato de prestação de serviços educacionais inadimplido. Mensalidades escolares vencidas e não pagas no período de fevereiro a dezembro de 2007. Preliminar de inépcia da inicial afastada. Alegação de prescrição das mensalidades escolares, com fulcro no art. 206 §3º, IV do Código Civil. Prazo prescricional de mensalidades escolares de cinco anos, a teor do art. 206, parágrafo 5º, I do Código Civil de 2002. Ajuiza-

mento da ação em dezembro de 2011, antes, portanto, do termo final do lapso prescricional quinquenal aplicável ao caso. Correção monetária e juros de mora corretamente fixados a contar do vencimento de cada obrigação. Nega-se seguimento ao recurso.⁷

Não obstante, analisando o valor histórico apontado na sentença (R\$ 2.512,86) e o teor da planilha de f. 11 (000011), segundo a qual a mensalidade alcançava o valor de R\$ 637,00, patente o erro material no julgado, uma vez que o valor histórico do débito é de R\$ 1.911,00 e não aquele acima apontado, alcançado após somatório do valor já atualizado (R\$ 837,62 x 3 = R\$ 2.512,86).

Em que pese a alegação de excesso apresentada no recurso sob julgamento, patente que, nos termos do artigo 494, inciso I, do Código de Processo Civil, o erro material pode ser retificado a qualquer tempo, sem que caracterize violação à coisa julgada.⁸

Transcreve-se, nesse sentido, a seguinte lição de PONTES DE MIRANDA:

1) Correção de inexatidão material e erro de cálculo. - Trata-se de exceção ao princípio de que só a declaração de vontade, e não a vontade mesma, opera nos atos processuais. Pode ser feita a correção material, a qualquer tempo, ainda depois da coisa julgada. Têm a mesma faculdade os juízes árbitros. Em caso de recurso. Do despacho que nega o requerimento de correção não se pode recorrer, salvo se ainda

5 BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1401973/MG. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Quarta Turma – Julgamento: 21/08/2014 – Data da publicação: 26/08/2014.

6 Brasil. TJRJ. Apelação. Processo 0001649-88.2011.8.19.0202. Des. EDSON AGUIAR DE VASCONCELOS. Décima Sétima Câmara Cível - Julgamento: 01/06/2016.

7 Brasil. TJRJ. Apelação. Processo 0487907-57.2011.8.19.0001. Des. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA. Vigésima Segunda Câmara Cível – Julgamento: 09/12/2013.

8 Art. 494. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:

I – para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou erros de cálculo;

caberia agravo de instrumento.⁹

Note-se que o erro material é aquele que pode ser constatado a partir de critérios objetivos, que não corresponda, de forma alguma, à intenção do Magistrado. Trata-se de engano evidente e involuntário.

Confira-se, por oportuno, o seguinte ensinamento de EDUARDO TALAMINI:

Constitui erro material aquele que pode ser verificado e corrigido a partir de critérios objetivos. Trata-se de defeito manifesto, evidente, reconhecível à primeira vista, patente, notório. O erro material reside na expressão do julgamento, e não no julgamento em si ou em suas premissas. Aliás, isso é o que distingue o erro material do erro de fato (hipótese de ação rescisória, art. 485, IX). No erro de fato, o defeito está nas premissas em que se baseou o julgamento, e não na sua mera expressão. O que aproxima ambas as categorias é a circunstância de não poder ter havido direto enfrentamento da questão pelo juiz - com o que deixa de ser simples erro (material, num caso; de fato, no outro), para se tornar, se estiver errado, um juízo incorreto em seu próprio conteúdo. Em suma, o erro material consiste em uma inconsistência que pode ser clara e diretamente apurada e que não tem como ser atribuída ao conteúdo do julgamento, podendo apenas ser imputada à forma (incorreta) como ele foi exteriorizado.¹⁰

E continua o doutrinador:

9 MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense. 1974, p. 102.

10 TALAMINI, Eduardo. **Processo Civil - Aspectos Relevantes. Estudos em homenagem a Humberto Theodoro Junior**. Vol. 2. Coordenadores Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 201.

Afirma-se, por vezes, que o erro material que manifestamente não corresponde à intenção do juiz. Mas a expressão deve ser compreendida nos seus devidos termos. Por um lado, se não há dúvidas de que o juiz clara e intencionalmente assumiu uma escolha, formulando um juízo errado ou uma afirmação despropositada, não há como qualificar isso como erro material. O que se tem é um erro de julgamento, e não na sua expressão. Então o problema não se resolverá pela norma que permite a correção de erro material a todo o tempo. Mas a relevância da vontade, da intenção subjetiva da pessoa do juiz que proferiu a sentença para por aí.¹¹

Nesse sentido, segue aresto do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO SINGULAR. ART. 557, *CAPUT*, DO CPC. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. AÇÃO COLETIVA. CUNHO DECLARATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO. VERBA HONORÁRIA. VALOR DA CAUSA. INCIDÊNCIA. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO. ART. 463, I, DO CPC. OFENSA À COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA.

- À teor do disposto no art. 557 do Código de Processo Civil, pode o relator, em decisão monocrática, negar seguimento a recurso manifestamente improcedente e inadmissível, como é o caso dos autos.

- Em ação coletiva de cunho declaratório - inexistência de condenação -, a verba honorária deve ser calculada sobre o valor dado à causa, consoante orientação jurisprudencial desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

- Erro material pode ser sanado a qualquer tempo, nos termos do art. 463, I, do CPC, sem implicar ofensa à coisa julgada.

11 *Idem*, p. 202.

Agravo regimental improvido.¹²

Assim, existiu erro material que, para a Corte Superior, é aquele perceptível *primu ictu oculi*, sem a necessidade de maior exame, além de traduzir desacordo entre a vontade e a manifestação apresentada.

Colha-se a seguinte lição do professor HUMBERTO THEODORO JUNIOR, ao citar AMARAL SANTOS:

(...) inexactidões materiais e erros de cálculo, vícios que se percebam a primeira vista e sem necessidade de maior exame, tornando evidente que o texto da decisão não traduziu o pensamento ou a vontade do prolator da sentença.¹³

Assim, merece pequeno reparo a sentença para que o título executivo judicial seja constituído com o valor histórico de R\$ 1.911,00, acrescido de juros de mora de 1% ao mês e correção monetária, conforme índice pactuado, ambos a contar do vencimento de cada parcela, além da multa contratual de 2% sobre o valor do débito, sem alteração da sucumbência, pois o equívoco do Juízo não influi em suas razões de decidir.

Impõe-se, ainda, outro retoque a sentença objurgada, uma vez que o apelante, a f. 72 (000093), teve deferida a gratuidade de justiça.

A concessão da justiça gratuidade não exige a imposição de condenação ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios quando a sentença for desfavorável ao beneficiário

Enseja, entretanto, a suspensão da exigibilidade dos ônus sucumbenciais impostos até que o beneficiário possa fazer o pagamento sem prejuízo do sustento próprio ou da família, nos termos do artigo 98, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil.¹⁴

A respeito, veja-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO RECORRIDA PUBLICADA NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE VEÍCULO E CONTRATO DE FINANCIAMENTO. VÍCIO DO PRODUTO. INEXISTÊNCIA DE ACESSORIEDADE ENTRE OS CONTRATOS. PARTE BENEFICIÁRIA DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA. CONDENÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO PAGAMENTO. DECISÃO MANTIDA.

1. Consoante jurisprudência desta Corte não há relação de acessoriedade entre o contrato de compra e venda de bem de consumo e o de financiamento bancário com alienação fiduciária destinado a viabilizar a aquisição, haja vista a autonomia dos negócios jurídicos realizados. Precedentes.

2. “A parte beneficiária da justiça gratuita também está sujeita aos ônus de sucumbência, não se desonerando, dessa forma, das verbas

14 § 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

12 Brasil. STJ. AgRg no REsp 1223157/RS. Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA. Segunda Turma – Julgamento: 02/08/2012 – Data da publicação: 10/08/2012.

13 Theodoro Junior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 43ª edição. 2005. Rio de Janeiro: Editora Forense. P. 555.

dela decorrentes, quando vencida. Apenas a exigibilidade do pagamento respectivo deve ficar suspensa, nos termos do art. 12 da Lei n.º 1.060/50. Precedentes” (AgRg na SEC 9.437/EX, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Corte Especial, julgado em 06/04/2016, DJE 06/05/2016.) 3. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁵

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VERBA SUCUMBENCIAL. DEVEDOR BENEFICIÁRIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. COMPROVAÇÃO PELO CREDOR DA MODIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE DE PROCEDIMENTO PRÓPRIO. REJEIÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.

1. Não ocorre negativa de entrega da plena prestação jurisdicional se a Corte de origem examinou e decidiu, de forma motivada e suficiente, as questões que delimitaram a controvérsia.

2. É entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça que, uma vez deferido, o benefício da assistência judiciária gratuita estende-se a todas as fases do processo, em todas as instâncias, até decisão final do litígio e sua revogação, quando pleiteada no curso da ação, deve ser feita em autos apartados.

3. Encerrado, contudo, o processo, eventual condenação aos ônus sucumbenciais daquele que litigou sob o pálio da gratuidade da justiça ficará com sua exigibilidade suspensa enquanto perdurar seu estado de pobreza e prescreverá após decorrido o prazo de cinco anos (art. 12 da Lei n.º 1.060/50).

4. Configurada a hipótese de execução

de título judicial sujeito a condição suspensiva, basta que o credor, na inicial do pedido de cumprimento de sentença, faça a devida comprovação do implemento da condição, conforme preceituam os arts. 572 e 614, III, do CPC.

5. Recurso especial conhecido e provido.¹⁶

Por fim, insta salientar que o artigo 85, §11 do atual Código de Processo Civil dispõe que o Tribunal, ao julgar o recurso interposto, majorará os honorários fixados anteriormente.¹⁷

Noutra toada, dispõe o Enunciado administrativo número 7 do Superior Tribunal de Justiça que “Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, §11, do novo CPC”.

Desse modo, tendo em vista que a sentença foi proferida em 17/03/2016 (000109) e publicada na Imprensa Oficial em 29/03/2016, conforme consulta realizada pela *intranet*, quando vigente o Código de Processo Civil atual, cabível a fixação dos honorários sucumbenciais recursais.

Por outro lado, como acima apontado, por ter sido proferida a quando vigente o novo ordenamento processual, incidente o Código novo no que concerne à majoração da verba

16 Brasil. TJRJ. REsp nº 1341144/MG. Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Terceira Turma – Julgamento: 03/05/2016 - Data da publicação: 09/05/2016.

17 § 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

15 Brasil. STJ. AgRg no REsp 1252879/RJ. Relator Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA. Quarta Turma – Julgamento: 02/06/2016 – Data da publicação: 09/06/2016.

honorária, motivo pelo qual se majora os honorários sucumbenciais no percentual de 1% (um por cento), como previsto no artigo 85, §2º, do CPC/2015.¹⁸

Impende salientar que a majoração a ser aplicada, nos termos do dispositivo citado (CPC/2015, artigo 85, §11), deve levar em consideração a finalidade de se inibir a interposição de recurso, mas, também, o percentual mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (artigo 85, §2º, CPC/2015), considerando o cômputo geral dos honorários, logo, este Relator deve determinar tal majoração entre 0,01% e 10% do valor da causa.

Entretantes, verifica-se que o apelante saiu vencedor, em parte, e, por isso, os honorários recursais devem ser rateados entre as partes.

Desse modo, arbitram-se os honorários sucumbenciais recursais no percentual de 0,5% (meio por cento) em favor do patrono de cada parte, que deverá incidir sobre o valor da causa, com fundamento no artigo 85, §§ 2º e 11 do Código de Processo Civil vigente.

Por tais fundamentos, conhece-se o recurso e a ele dá-se parcial provimento, para que passe a constar como valor histórico do débito a ser corrigido e atualizado a quantia de R\$

1.911,00 (mil novecentos e onze reais), bem como para determinar a suspensão da exigibilidade da condenação imposta a título de ônus sucumbenciais, na forma do artigo 98, §3º, do CPC, mantidos os demais termos do julgado. Honorários recursais arbitrados em 0,5% sobre o valor da causa em favor do patrono de cada parte.

Rio de Janeiro, 22 de fevereiro de 2017.

DES. JOSÉ CARLOS PAES
Relator

CONSUMIDOR. INSTITUIÇÃO DE ENSINO. QUEIMADURA NO ROSTO DA MENOR. TINTA GUACHE. UTILIZAÇÃO EM PINTURA FACIAL. ADVERTÊNCIA CONSTANTE DA EMBALAGEM. DANO MORAL. PEDIDO IMPROCEDENTE EM RELAÇÃO À EMPRESA.

Apelação cível. Direito do consumidor. ação de reparação de danos morais. Queimadura na pele do rosto da 1ª autora, menor, que contava com quatro anos à época dos fatos, ocasionada por aplicação de tinta guache, fabricada pela 2ª ré, em atividade proposta pela instituição de ensino, 1ª ré. sentença de procedência em face da 1ª ré e improcedência em face da 2ª ré. Indenização por danos morais arbitrada em Rr\$ 6.000,00 (seis mil reais), sendo r\$ 3.000,00 (três mil reais) para cada autora. Apelo em que buscam as autoras a condenação solidária da 2ª ré. Ausência de falha no dever de informação por parte da 2ª ré. Embalagem do produto que é clara ao informar que o mesmo não é indicado para pintura facial. Conduta danosa exclusiva da 1ª ré. Sentença que deu adequada solução à lide, não merecendo reforma. desprovimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos os

18 § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

autos da Apelação Cível nº 0073635-41.2013.8.19.0038, em que figuram como Apelantes R.L.S. e A.C.O.L. e como Apelados Instituto Vimercat de Ensino Ive Ltda Me e Acrilex Tintas Especiais S/A.

Acordam os Desembargadores que compõem a Vigésima Terceira Câmara Cível do Consumidor, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Na forma do permissivo regimental, adoto o relatório da doutra sentença:

“A.C.O.L- por si, e representando sua filha, R.L.S - propôs ação, em face de Instituto Vimercart de Ensino Ive Ltda. - Me e Acrilex Tintas Especiais S/A requerendo a compensação por dano moral, impondo-se, ao fim, à parte ré o custeio de despesas processuais e de honorários advocatícios. E, ao abono de sua pretensão, afirma que a menor constituiu-se aluna do primeiro réu. Diz que, 04/04/2013, percebeu marca no rosto da criança, a qual queixava-se de dor no local. Informa que, em consulta emergencial, foi constatada a existência de queimadura na pele da menor, dada a aplicação de tinta fabricada pela segunda ré, em atividade proposta pela unidade de ensino. Acompanham a petição inicial os documentos de f. 14/26 dos autos. Contestação (f. 31/39), requerendo a segunda ré a improcedência do pedido.

Contestação (f. 84/87), requerendo a primeira ré a improcedência do pedido.

Réplica (f. 92/101).”

O dispositivo da sentença restou assim redigido (index. 0000115):

“Em face do exposto, improcedente o pedido, em relação, somente, à segunda ré, Acrilex Tintas Especiais S/A. Em vista da su-

cumbência, condeno a parte autora ao custeio de despesas processuais e de honorários advocatícios, fixados em R\$ 300,00, observado o artigo 12, da Lei nº 1.060/1950. . Enfim, julgo procedente o pedido, com fulcro no art. 269, inciso I do CPC, para condenar o primeiro réu, Instituto Vimercat de Ensino Ive Ltda. - ME, ao pagamento a título de indenização por danos morais, da quantia de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) - sendo R\$ 3.000,00, para cada autora - corrigida em conformidade com os índices do TJERJ e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da publicação desta sentença. Em vista da sucumbência, condeno a primeira ré ao custeio de despesas processuais e de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento), sobre o valor da condenação, conforme artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.”

Apelação das Autoras (index. 000118), em que requerem a condenação solidária da 2ª Ré, pelos fatos expostos na inicial, devendo esta também suportar a indenização por danos morais imposta pela sentença.

Não foram apresentadas contrarrazões pelos Réus.

VOTO

O recurso deve ser conhecido, uma vez que preenchidos os pressupostos de admissibilidade, sendo pertinente consignar que foi interposto contra sentença publicada sob a égide do Código de Processo Civil de 1973.

Neste prisma, quanto ao direito intertemporal, relevante a análise do disposto no artigo 14 do Código de Processo Civil e transcrição do Enunciado Administrativo nº 2 do STJ:

“Enunciado administrativo número 2: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até

17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.”

O exame da admissibilidade, todavia, compete ao Tribunal, nesse sentido, o enunciado doutrinário do Fórum Permanente de Processualistas Civis n° 356:

“(arts. 1.010, § 3º, e 1.046) Aplica-se a regra do art. 1.010, § 3º, às apelações pendentes de admissibilidade ao tempo da entrada em vigor do CPC, de modo que o exame da admissibilidade destes recursos competirá ao Tribunal de 2º grau.”

Com efeito, o apelo deve ser admitido no duplo efeito, nos termos do artigo 1.012 NCPC.

À relação jurídica em análise e às suas partes integrantes se enquadra o CDC, devendo se inserir todos os princípios e regras a ele atinentes de proteção e defesa do consumidor hipossuficiente e vulnerável.

A hipótese denota verdadeiro fato do produto, ou seja, dano causado por um produto, na qual incidem, especialmente, as regras trazidas nos arts. 9º e 12º, caput, do CDC, *in verbis*:

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados

aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

A 1ª Apelante, que contava com apenas quatro anos de idade à época dos fatos, teve a pele da face queimada por aplicação imprópria de tinta guache, em atividade proposta pela instituição de ensino que frequenta, ora 1ª Apelada.

A controvérsia a ser dirimida em sede recursal limita-se a verificação de responsabilidade da 2ª Apelada, fabricante do produto, pelos danos causados às Apelantes em razão deste fato.

Neste aspecto, depreende-se das provas dos autos, que a embalagem do produto utilizado pelas prepostas da 1ª Apelada trazia a informação clara de que este não é indicado para pintura facial (e-doc. 00020), não se caracterizando qualquer omissão ou falha no dever de informação por parte da fabricante.

Cumprido destacar que o produto possui certificado de conformidade do INMETRO, estando de acordo com as regras impostas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, os fatos descritos nos autos apenas ocorreram uma vez que as prepostas da 1ª Apelada utilizaram o produto em desconformidade com as advertências constantes da embalagem, não podendo a 2ª Apelada ser responsabilizada por tal uso inadequado.

Desta forma, escoreita a sentença que afastou a responsabilidade da 2ª Apelada pelo evento danoso e julgou improcedente o pedido em face desta, não merecendo qualquer reforma.

Registro, por fim, que no caso dos autos

não se aplica o disposto no art. 85, §11, do CPC/2015, que trata dos honorários recursais, pois, adotando-se a orientação do enunciado administrativo nº 07, aprovado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça, na sessão de 09 de março de 2016, referida previsão legal somente incide nos casos de recurso interposto contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, *in verbis*:

Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art.85, §11, do novo CPC.

Por tais fundamentos, conduzo meu voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, para manter a sentença.

Rio de Janeiro, 08 de fevereiro de 2017.

DES. MARCOS ANDRÉ CHUT
Relator

CONTRATO DE AFRETAMENTO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. NAVIO-SONDA. PETROBRAS. PERÍODO DE DEZ ANOS. GRANDES INVESTIMENTOS. DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE MANUTENÇÃO DE EQUIPAMENTO. RISCO À SEGURANÇA. RESCISÃO UNILATERAL. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE.

Agravo de instrumento. Direito Processual Civil. Direito Civil. Meio ambiente. PETROBRAS. Navio-Sonda Carolina. Ação de tutela cautelar, requerida em caráter antecedente, na forma do art. 305 do CPC-15. Rescisão unilateral de contratos de afretamento e de prestação de serviços pela PETROBRAS, por motivo de inadimplemento

contratual, consistente na superação do prazo contratual de indisponibilidade da embarcação. Recurso contra a decisão concessiva da tutela de urgência que determinou a continuidade dos contratos até julgamento final da lide. Reforma que se impõe. Ausência dos requisitos legais previstos no art. 300 do CPC-15.

1. Conforme se depreende das cláusulas 11.1 e 11.1.12 do Contrato de Arrendamento (celebrado com a Commodore) e 11.1 e 11.1.15 do Contrato de Prestação de Serviços (celebrado com a Ventura), ajustou-se que, a cada período de seis meses, as Autoras poderiam contabilizar prazo de indisponibilidade de 54 dias (downtime), cerca de 30% do tempo de operação. Ultrapassado esse prazo, estabelecem os contratos que a PETROBRAS poderia rescindi-los unilateralmente, por violação do limite máximo de indisponibilidade da embarcação afretada.

2. O art. 300 do CPC-15 estabelece os requisitos indispensáveis à concessão das tutelas provisórias de urgência, sendo eles, no caso da tutela cautelar, a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

3. No presente caso, a probabilidade da existência do direito ainda não está suficientemente demonstrada, exigindo cognição exauriente na fase de instrução Probatória, quando será possível apurar se a rescisão unilateral foi motivada ou imotivada, resolvendo-se a lide, conforme o caso, em perdas e danos. O mesmo se pode afirmar em relação ao *periculum in mora*, pois, assistindo razão à tese das autoras, a questão será resolvida em perdas e danos, o que esmorece a alegação de risco ao resultado útil do processo.

4. A manutenção da vigência do contrato até o desfecho da lide carece de sustentação jurídica, pois, nas relações paritárias regidas pelo Código Civil, ninguém pode ser obrigado a se manter vinculado a um con-

trato contra sua vontade. A extinção antecipada do contrato é um direito potestativo que assiste as partes, fruto da liberdade de contratar (autonomia da vontade), devendo ser observadas as regras contratuais e legais aplicáveis à hipótese.

5. No Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do AgRg no AREsp 291.995/BA, em que figu ou como Relator o douto Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, restou consignado no abalizado voto de S.Exa. que “esta Corte tem entendido que, havendo manifestação de uma das partes no sentido de rescindir o contrato, não pode o Poder Judiciário, em regra, impor a sua continuidade, sob pena de flagrante violação do princípio da autonomia da vontade”.

6. Segundo lição doutrinária de SÍLVIO VENOSA, “quando as partes estipulam no contrato que o descumprimento de qualquer de suas cláusulas autoriza a resolução dos contratos, estamos perante uma cláusula resolutória expressa, que legitima a resolução por iniciativa de uma delas.”

7. As Autoras não negam que, desde o início da operação da referida embarcação (em 14/12/2011), o limite de 30% da taxa de indisponibilidade foi ultrapassado “em pelo menos outras quatro oportunidades” (f. 20).

8. Segundo manifestação da ANP, que integra o feito na condição de *Amicus Curiae*, “tanto o operador do contrato (concessionário) como o operador da instalação (proprietário da unidade de perfuração) podem demandar a subida do BOP (*blowout preventor*) quando diagnosticada uma falha/anomalia. E, em qualquer forma, a ANP pode determinar essa subida, quando discordar das conclusões firmadas nas avaliações de riscos realizadas por essas empresas”.

9. Em uma relação de direito civil, paritária e horizontal, deve ser respeitado o princípio da força obrigatória dos contra-

tos (*pacta sunt servanda*). Eventual falha no equipamento de segurança (BOP) pode resultar em consequências catastróficas para o meio ambiente, sendo certo que a responsabilidade por eventual acidente recairá, sobretudo, sobre a PETROBRAS.

10. Pode-se afirmar, em linha de princípio, que a subida do BOP representa paralisação da atividade de perfuração, resultando prejuízos não apenas para as autoras, mas também para a PETROBRAS, em razão do atraso na prospecção de óleo e gás.

11. De mais a mais, considerando os elevados riscos inerentes à atividade exercida pelas empresas, deve-se atentar permanentemente para os princípios da prevenção e da precaução, diretamente ligados à proteção do meio ambiente. Importa dizer que, presumivelmente, a PETROBRAS não agiu de má-fé, como afirmam as autoras, ao exercer seu direito de determinar a subida do equipamento de segurança, para manutenção. “A boa-fé se presume, a má-fé se prova”.

12. Provimento do recurso, tornando-se sem efeito a decisão agravada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0051264-95.2016.8.19.0000, em que são Agravantes Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRAS e Agravadas Ventura Petróleo S/A e Commodore Marine LLP.

Acordam os Desembargadores que compõem a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em prover o recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão concessiva da tutela provisória de urgência, de natureza cautelar, requerida em caráter antecedente por Petróleo Brasileiro S/A

- PETROBRAS em face de Ventura Petróleo S/A e Commodore Marine LLP perante o Juízo da 21ª Vara Cível da Comarca da Capital.

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

“Ventura Petróleo S/A e Commodore Marine LLP ajuizaram ação de tutela cautelar antecedente em face de Petróleo Brasileiro S/A PETROBRAS, objetivando a concessão de liminar, *inaudita altera pars* para que seja imediatamente restabelecida a relação contratual entre as partes, com a continuidade da execução dos contratos de afretamento e de prestação de serviços em todos os seus termos, proibindo-se quaisquer decisões que impliquem na paralisação das atividades do navio sonda, bem como na retirada de equipamentos de propriedade da PETROBRAS e de terceiros, sob pena de multa diária de R\$ 2.000.000,00. Afirma a parte autora terem firmado contrato de afretamento e de prestação de serviços junto a ré tendo por objeto a perfuração de poços de petróleo e ou gás, com prazo de vigência de 10 anos, sendo o prazo considerado quando da contratação, haja vista o vultoso investimento realizado pelas rés, que consideraram que no prazo de vigência contratado haveria retorno dos investimentos. O contrato vinha sendo cumprido por ambos os contratantes sem percalços, o que se comprova pelos boletins de desempenho juntados aos autos e proferidos ao longo dos anos, havendo a troca da área de prestação do serviço pela ré, passando a parte autora a operar em um poço já existente, com maiores dificuldades na atuação. Não obstante, os prazos contratuais vinham sendo cumpridos pela parte autora, com observância de todas as cláusulas, com utilização do percentual de paralisação previsto no anexo, sendo que a ré solicitou uma manutenção do BOP, principal peça para a operação do navio sonda sem consultar a parte autora, o que normalmente ocorria, contrariando determinação técnica da desnecessi-

dade da manutenção naquele momento. Com a manutenção efetuada por requisição unilateral da ré, veio a parte autora a receber notificação posterior de que atingidos mais de 30% do percentual de paralisação em seis meses previstos no contrato, o que poderia dar ensejo a rescisão unilateral do contrato, aberto prazo para defesa pela parte autora, prazo obedecido, com o oferecimento de defesa e dos fundamentos, conforme documentos juntados a inicial, fundamentos não considerados, o que culminou com a rescisão do contrato pela ré, conforme f. 535/541 dos autos, constando a informação de que a ré iniciará a retirada imediata de todos os equipamentos e materiais da ré e de terceiros a bordo da unidade. Aduz que há comprovação da desnecessidade de manutenção da peça, já incorrendo a paralisação em percentual acima de 30% por outras vezes, sem que houvesse sequer a notificação, sendo prática comum nos últimos tempos a rescisão de outros contratos da mesma forma, sem verdadeiro fundamento contratual, presentes os requisitos para a concessão da medida liminar sem oitiva da parte contrária, uma vez que comprovada a probabilidade do direito e o perigo de dano, uma vez que a operação envolve terceiros, com muitos empregados, tributos e outros, sendo o mero custo de manutenção do navio muito elevado.

É o relatório. decido.

Inicialmente ressalto que a ré, na forma do disposto no artigo 83 do CPC oferece Caução Judicial Fidejussória no valor de R\$ 200.000,00, conforme f. 205 dos autos, cumprida a exigência processual por tratar-se a segunda autora de empresa estrangeira.

Após a análise da narrativa da inicial e de todos os documentos juntados, mormente os contratos objeto do feito, a notificação da ocorrência do fato causador de hipótese de rescisão contratual, a defesa apresentada e a rescisão propriamente dita, concluo que presentes os requisitos para concessão da liminar pleiteada sem a oitiva da parte contrária, pelos fundamentos a seguir expostos. O artigo 300 do

CPC estabelece que para a concessão de tutela de urgência necessária a presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano, podendo ser concedida liminarmente ou após justificação prévia

No caso concreto ora analisado discutir-se -á posteriormente, conforme já informado pela parte autora, a ocorrência ou não de causa apta a dar ensejo a rescisão unilateral dos contratos celebrados entre as partes, não concordando a parte autora com a fundamentação apresentada pela ré para a rescisão antecipada de contratos de tão grande vulto econômico e social.

A probabilidade do direito encontra-se demonstrada com a juntada de documentos, laudos pela parte autora que demonstram, a princípio, a desnecessidade de manutenção da peça, manutenção essa que deu ensejo ao alegado descumprimento de cláusula contratual que previa a paralisação das atividades por no máximo 30% do período em seis meses, atingindo o percentual de menos de 31%, fato que já teria inclusive ocorrido anteriormente sem maiores consequências, a comprovação de que o contrato vinha sendo cumprido com exatidão por anos, conforme laudos de desempenho emitidos pela própria ré, havendo dúvidas quanto ao descumprimento do contrato e configuração de fato apto a dar ensejo a rescisão unilateral operada, o que será comprovado mediante provas cabíveis no decorrer do feito.

Quanto ao perigo de dano, tem-se que os contratos foram celebrados pelo período de 10 anos, com vultosos investimentos, mobilização de pessoas, criação de empregos, envolvimento de terceiros, presentes os riscos econômico e social na abrupta rescisão do contrato, havendo dúvidas quanto a configuração de causa para tanto.

Caso o processo tramite com o contrato rescindido para futuro provimento jurisdicional no sentido de prosseguimento, tem-se que nesse último caso pode haver configuração de dano irreparável, ao navio objeto da operação, as partes envolvidas, não sendo possível vol-

tar-se ao *status* anterior, o que não ocorre caso mantido o contrato no período de trâmite processual e discussão quanto a validade ou não da rescisão, fato já natural, uma vez que contrato foi celebrado para perdurar por 10 anos, mantendo-se o *status* anterior e o cumprimento das obrigações por ambas as partes até que se verifique se houve descumprimento contratual apto a dar ensejo a rescisão.

Destarte, verifique -se que o deferimento do pedido liminar não traz perigo de irreversibilidade, havendo inclusive previsão legal de possibilidade de responsabilização por perdas e danos por eventuais prejuízos causados com deferimento de medida de urgência, caso ao final, o pedido seja julgado improcedente.

Isto posto, defiro a tutela de urgência antecedente sem oitiva da parte contrária para suspender de forma imediata os efeitos da resolução dos contratos mencionados a f. 535/541 dos autos, até julgamento do pedido principal, sob pena, em caso de descumprimento, de multa diária no valor da diária devida pela ré as contratantes pela execução dos contratos.

Intime-se o réu, por OJA, da tutela deferida.

Considerando a manifestação do autor pelo prosseguimento do feito, independentemente da eventual estabilização da tutela, fica o mesmo, desde já, intimado para aditar a inicial, no prazo de quinze dias, sob pena de revogação da medida e extinção do processo, nos termos do art. 303, § 1º, I c/c § 2º do CPC”.

Em seu recurso, a Agravante pugna pela revogação da referida decisão, defendendo a possibilidade de rescisão unilateral do contrato em razão do (alegado) descumprimento, pelas Agravadas, da taxa máxima de indisponibilidade (54 dias a cada 6 meses, equivalente a 30% do tempo de operação) ajustada entre as partes, tudo no que se refere ao Navio-Sonda Carolina (NS-29). Explica que essa embarcação, objeto do afretamento, destinasse “à sondagem e prospecção de petróleo, podendo chegar mesmo em

áreas ultra profundas (notadamente o pré-sal)”.

Avança em sua narrativa aduzindo que a manutenção do aparelho de segurança denominado BOP (*blowout preventor*) foi responsável por cerca de 97% de todo o período de indisponibilidade da sonda no período de 6 meses levado em consideração para a rescisão, e que a “precariedade e ineficiência” dessa manutenção é imputável somente às empresas agravadas. Segundo a Agravante, a indisponibilidade total das Agravadas, no curso de 6 meses, foi de 36%, equivalente a quase 2 meses.

Nesse contexto, defende a Agravante a aplicação das cláusulas 11.1 e 11.1.12 do Contrato de Arrendamento (celebrado com a Commodore) e 11.1 e 11.1.15 do Contrato de Prestação de Serviços (celebrado com a Ventura), e seus respectivos Anexo II, tudo a fim de permitir a rescisão unilateral sem direito de indenização ou retenção.

Com isso, requer a atribuição de efeito suspensivo ao seu recurso, tornando sem efeito a decisão agravada até julgamento do mérito recursal, quando a medida deverá, então, ser casada pelo Tribunal. Subsidiariamente, pede a reforma parcial, de modo a condicionar a tutela à prestação de contra garantia suficiente e idônea.

O pedido de efeito suspensivo não foi concedido pelo relator, conforme decisão de f. 57/66, tendo sido determinado o ingresso no feito, na condição de *Amicus Curiae*, da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, com subsequente apresentação de contrarrazões.¹

Contrarrazões a f. 78/111. Manifestação da ANP (*Amicus Curiae*) a f. 142/167.

Manifestações da Agravante a f. 173/181 e 182/207, e das Agravadas a f. 235/254, com documentos anexados, respectivamente, a f. 208/324 e f. 255/302.

VOTO

O recurso deve ser conhecido, pois é tempestivo e questiona decisão concessiva de tutela de urgência (NCPC, art. 1015, I).

Trata-se de ação de tutela cautelar, requerida em caráter antecedente (art. 305, CPC-15), decorrente da rescisão de Contrato de Afretamento e Prestação de Serviços por parte da PETROBRAS.

A tutela de urgência foi deferida em 1º grau, sem oitiva da parte contrária, para “suspender de forma imediata os efeitos da resolução dos contratos mencionados às f. 535/541 dos autos, até julgamento do pedido principal, sob pena, em caso de descumprimento, de multa diária no valor da diária devida pela ré as contratantes pela execução dos contratos”.

Em seu recurso, a PETROBRAS defende a regularidade da sua conduta, pugnano pela reforma da decisão atacada, pois se limitou a aplicar as cláusulas rescisórias em caso de infração contratual, em exercício regular de direito.

Conforme se depreende das cláusulas 11.1 e 11.1.12 do Contrato de Arrendamento (celebrado com a Commodore) e 11.1 e 11.1.15 do Contrato de Prestação de Serviços (celebrado com a Ventura), ajustou-se que, a cada período de seis meses, as Autoras poderiam contabilizar prazo de indisponibilidade de 54 dias (downtime), cerca de 30% do tempo de operação.

Ultrapassado esse prazo, estabelecem os

¹ Barreira de contenção para erupções de petróleo, com vistas a impedir seu vazamento para o meio ambiente.

contratos que PETROBRAS poderia rescindi-los unilateralmente, por violação do limite máximo de indisponibilidade da embarcação afretada. Passo a transcrever o teor das referidas cláusulas contratuais:

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - RESCISÃO

11.1 - A PETROBRAS poderá rescindir o presente CONTRATO, sem que assista à CONTRATADA qualquer direito de indenização ou de retenção, nos seguintes casos:

11.1.12 - Se atingidos os limites estabelecidos na OBS2 da Ref. 102 do Anexo II deste Contrato.

Anexo II do Contrato: Aplicabilidade das cláusulas:

OBS2: Caso a CONTRATADA permaneça em Taxa de Reparo por um total acumulado de 30% (trinta por cento) do tempo, para qualquer período de 6 (seis) meses contratuais, a PETROBRAS poderá rescindir este Contrato de Afretamento com base no seu subitem 11.1.12.

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - RESCISÃO

11.1 - A PETROBRAS poderá rescindir o presente CONTRATO, sem que assista à CONTRATADA qualquer direito de indenização ou de retenção, nos seguintes casos:

11.1.15 - Se atingidos os limites estabelecidos na OBS2 da Ref. 102 do Anexo II deste Contrato.

Anexo II do Contrato: Aplicabilidade das cláusulas:

OBS2: Caso a CONTRATADA permaneça em Taxa de Reparo por um total acumulado de 30% (trinta por cento) do tempo, para qualquer período de 6 (seis) meses contratuais, a PETROBRAS poderá rescindir este Contrato de Prestação de Serviço com base no seu subitem 11.1.15.

O cerne da questão, nessa prematura etapa processual, concentra-se apenas na possibilidade - ou não - de manutenção da vigência

dos contratos declarados rescindidos pela PETROBRAS com base em infração contratual, consubstanciada na superação do limite da taxa de indisponibilidade.

O art. 300 do CPC-15 estabelece os dois requisitos indispensáveis à concessão das tutelas provisórias de urgência, sendo eles, no caso da tutela cautelar, a probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Ao tratar do tema em sede doutrinária, o Prof. ALEXANDRE FREITAS CÂMARA² aduz que:

“Ambas as modalidades de tutela de urgência, portanto, têm como requisito essencial de concessão a existência de uma situação de perigo de dano iminente, resultante da demora do processo (*periculum in mora*). Este perigo pode ter por alvo a própria existência do direito material (caso em que será adequada a tutela de urgência satisfativa) ou a efetividade do processo (hipótese na qual adequada será a tutela cautelar).

O *periculum in mora*, porém, embora essencial, não é requisito suficiente para a concessão da tutela de urgência. Esta, por se fundar em cognição sumária, exige também a probabilidade de existência do direito (conhecida como *fumus boni iuris*), como se pode verificar pelo texto do art. 300, segundo o qual “[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.”

No presente caso, a probabilidade da existência do direito não está suficientemente demonstrada no momento, exigindo cognição exauriente na fase de instrução probatória, quando será possível apurar se a rescisão unilateral foi motivada ou imotivada, resolvendo-se

² in **O Novo Processo Civil Brasileiro**, São Paulo, Atlas, 2015, p. 158/159.

a lide, conforme o caso, em perdas e danos. O mesmo se pode afirmar em relação ao *periculum in mora*, pois, assistindo razão à tese das autoras, a questão será resolvida em perdas e danos, o que esmorece a alegação de risco ao resultado útil do processo.

A manutenção da vigência do contrato até o desfecho da lide carece de sustentação jurídica, pois, nas relações paritárias regidas pelo Código Civil, ninguém pode ser obrigado a se manter vinculado a um contrato contra sua vontade. A extinção antecipada do contrato é um direito potestativo que assiste as partes, fruto da liberdade de contratar (autonomia da vontade), devendo ser observadas as regras contratuais e legais aplicáveis à hipótese.

No Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do AgRg no AREsp 291.995/BA, em que figurou como Relator o douto Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, restou consignado no abalizado voto de S.Exa. que “esta Corte tem entendido que, havendo manifestação de uma das partes no sentido de rescindir o contrato, não pode o Poder Judiciário, em regra, impor a sua continuidade, sob pena de flagrante violação do princípio da autonomia da vontade” (AgRg no AREsp 291.995/BA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 18/06/2015, DJe de 03/08/2015). No mesmo sentido:

RECURSO ESPECIAL. CONTRATO. RESCISÃO UNILATERAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DETERMINAÇÃO DE CONTINUIDADE DO VÍNCULO CONTRATUAL. NÃO CABIMENTO.

1. Em ação anulatória cumulada com obrigação de fazer, o aresto recorrido concedeu antecipação da tutela para manter o vínculo contratual entre as partes, apesar da notificação

de rescisão unilateral.

2. Se o órgão jurisdicional antecipa os efeitos da tutela e, apesar da exigência de prova inequívoca, assegura o direito da parte autora de provar as alegações ventiladas na inicial, incorre em ofensa ao art. 273 do Código de Processo Civil.

3. Nas relações jurídicas paritárias, havendo manifestação de uma das partes no sentido de rescindir o contrato, não pode o Poder Judiciário, em regra, impor a sua continuidade, sob pena de ofensa ao art. 473, *caput*, do Código Civil de 2002.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1517201/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 12/05/2015, DJe de 15/05/2015)

CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. RESCISÃO DE CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL. LIMINAR PARA CONTINUIDADE DA CONCESSÃO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO.

I. É princípio do direito contratual de relações continuativas que nenhum vínculo é eterno. Se uma das partes manifestou sua vontade de rescindir o contrato, não pode o Poder Judiciário impor a sua continuidade.

II. Ausência do *fumus boni juris*, pressuposto indispensável para concessão de liminar. Precedentes do STJ.

III. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 988.736/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, julgado em 23/09/2008, DJe de 03/11/2008)

Ao comentar o art. 474 do Código Civil, o Prof. SÍLVIO DE SALVO VENOSA³ enfatiza o seguinte:

³ in *Código Civil Interpretado*, 2ª edição, São Paulo, Atlas, 2011, p. 565/566.

“o termo resolução é, geralmente, reservado para as hipóteses de inexecução do contrato por uma das partes, embora, como vimos, seja utilizada, na prática, indiferentemente a palavra rescisão. (...)”

Essa inexecução por ser culposa ou não. Quando se imputa culpa ao outro contratante, o demandante pode pedir a resolução do contrato, ou a execução em espécie, quando a natureza do negócio permitir, com indenização por perdas e danos. Quando existe o dever de indenizar, parece que o termo rescindir é mais forte, porque significa e traz a noção de rasgar, dilacerar, destruir o que está feito, e não simplesmente finalizar um acordo de vontades. A exceção de contrato não cumprido permite esse desfazimento. Outra hipótese de resolução é a excessiva onerosidade que não leva necessariamente à extinção do contrato.

A figura jurídica que autoriza a resolução por descumprimento imputável a uma das partes é conhecida pela denominação de pacto comissório ou cláusula resolutória, que pode ser expressa ou tácita. Evita-se o termo condição, para que não se confunda com o elemento acidental que pode ser apostado no negócio jurídico, de acordo com o art. 172 do Código. A noção fundamental, porém, daí decorre.

O pacto comissório pode ser conceituado como a cláusula pela qual se estipula que qualquer das partes opte pela resolução do contrato, se o outro contratante não cumpre a obrigação que lhe compete. (...)”

Quando as partes estipulam no contrato que o descumprimento de qualquer de suas cláusulas autoriza a resolução dos contratos, estamos perante uma cláusula resolutória expressa, que legitima a resolução por iniciativa de uma delas.”

Por seu turno, o Prof. ARNALDO RIZZARDO⁴ esclarece que:

“Como já referido, a expressão acima epigrafada [resilição] significa a extinção dos contratos pela vontade de ambas as partes ou de uma delas somente. Opera-se a ruptura, ou o desfazimento, do vínculo porque ambos contratantes assim decidem, ou apenas um deles. [...]

A segunda hipótese, bastante comum, decorre da natureza de certos contratos, e vem admitida geralmente pela lei. Termina o contrato em razão da manifestação de uma das partes. Encontra-se a previsão no art. 473 da lei civil vigente, que supriu a omissão de que se ressentia o Código de 1916, exigindo que deve ser manifestada por meio de denúncia, e precisando da permissão expressa ou implícita da lei: ‘A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte’. [...]

Vários os casos de resilição, exemplificando-se a locação para fins residenciais, que se estende por prazo indeterminado quando, vencido o contrato, permanecer o locatário no imóvel por mais de trinta dias sem oposição do locador. O § 2º do art. 46 da Lei nº 8.245, de 18/10/1991, reserva ao locador o direito de denunciar o contrato a qualquer tempo, concedendo o prazo de trinta dias para a desocupação. Igualmente quanto ao depósito, prevendo o art. 633 do Código Civil (art. 1.268 do Código revogado) a obrigação de o depositário entregar a coisa, quando solicitada pelo depositante, ainda que o contrato fixe prazo para a restituição. O contrato de trabalho, tornando-se por prazo indeterminado, pode extinguir-se mediante o aviso-prévio dado ao empregado. No comodato sem prazo, reconhece-se a eficácia da notificação para dar fim ao mesmo, tornando-se precária a posse se negar-se o comodatário à restituição do imóvel.

Bem compreendidos os conceitos, cabe reprimir que o caso em tela versa sobre a possibilidade de rescisão unilateral de contrato por

⁴ *in Contratos*, 12ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2011, pp. 273.

prazo determinado por motivo de (alegado) inadimplemento contratual. O prazo de vigência foi ajustado em 10 (dez) anos, dos quais já decorridos 6 (seis) anos.

As Autoras acusam a PETROBRAS de ter causado intencionalmente um suposto inadimplemento contratual ao exigir que elas paralisassem a operação do Navio-Sonda Carolina para manutenção do equipamento BOP, que estaria gerando ineficiência e riscos à segurança da operação. Entretanto, como antes assinalado, essa análise deverá ser realizada no curso da instrução processual, quando será apurado se a rescisão foi motivada ou imotivada.

As Autoras não negam que, desde o início da operação da referida embarcação (em 14/12/2011), o limite de 30% da taxa de indisponibilidade foi ultrapassado “em pelo menos outras quatro oportunidades” (f. 20). Parece intuitivo que eventual tolerância da PETROBRAS em não aplicar as cláusulas rescisórias, em tais ocasiões, não obsta seu direito de exercer o direito posteriormente.

Em relação à manifestação da Agência Nacional de Petróleo - ANP, que integra a lide na condição de *Amicus Curiae*, “tanto o operador do contrato (concessionário) como o operador da instalação (proprietário da unidade de perfuração) podem demandar a subida do BOP quando diagnosticada uma falha/anomalia. E, em qualquer forma, a ANP pode determinar essa subida, quando discordar das conclusões firmadas nas avaliações de riscos realizadas por essas empresas”.

Especificamente em relação ao Navio-Sonda Carolina, a ANP consignou que a embarcação “apresentou, desde julho de 2014, onze comunicados de incidentes por falha do BOP” sendo que “em 2016 foram

comunicados cinco incidentes de falha do BOP”. E, “destas cinco falhas de 2016, duas demandaram a subida do BOP para reparo”.

Os argumentos apresentados pelas Autoras/Agravadas, embora importantes, não autorizam a continuidade de um contrato considerado rescindido pela Ré/Agravante, por motivo de inadimplemento. Numa relação de direito civil, paritária e horizontal, deve ser respeitado o princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*). Eventual falha no equipamento de segurança (BOP) pode resultar em consequências catastróficas para o meio ambiente, sendo certo que a responsabilidade por eventual acidente recairá, sobretudo, sobre a PETROBRAS.

Pode-se afirmar, em linha de princípio, que a subida do BOP – seja por determinação do concessionário, do proprietário da unidade ou da ANP - representa paralisação da atividade de perfuração, resultando prejuízos não apenas para as Autoras, mas também para a PETROBRAS, em razão do atraso na prospecção de óleo e gás.

De mais a mais, considerando os elevados riscos inerentes à atividade exercida pelas empresas, deve-se atentar permanentemente para os princípios da prevenção e da precaução, diretamente ligados à proteção do meio ambiente. Importa dizer que, presumivelmente, a PETROBRAS não agiu de má-fé, como afirmam as Autoras, ao exercer seu direito de determinar a subida do equipamento de segurança, para manutenção. “A boa-fé se presume, a má-fé se prova”.

Tudo considerado, por não vislumbrar a presença dos requisitos autorizadores da tutela de urgência, decide-se pelo provimento do recurso, tornando sem efeito a

decisão recorrida.

Rio de Janeiro, 22 de fevereiro de 2017.

DES. LUCIANO SABOIA RINALDI DE CARVALHO
Relator

DESVIO DE FUNÇÃO. CRECHE MUNICIPAL. AUXILIAR QUE EXERCE ATIVIDADE DE PROFESSOR DE EDUCAÇÃO INFANTIL. COBRANÇA DE DIFERENÇA. RECONHECIMENTO PELO STJ. AUSÊNCIA DE PROVA EM CONTRÁRIO TRAZIDA PELA MUNICIPALIDADE.

Apelação cível. Ação para cobrança de diferenças em desvio de função. Auxiliares de creche do Município do Rio de Janeiro que exerciam atividades pertinentes ao professor de educação infantil (cargo criado apenas em 2010). Auxiliar de creche que possui função legal definida como a de apoio. Provas trazidas aos autos e depoimentos realizados em audiência que demonstram a existência do desempenho laboral das apeladas além das atividades exigidas na lei antes do efetivo exercício dos professores de educação infantil. Inexistência de contraprova pela municipalidade. delimitação do período para recebimento das diferenças levando em conta o exercício efetivo das auxiliares na sala de aula (início) e o posterior e efetivo ingresso do professor de educação infantil na sala de aula (término). Efeito devolutivo do apelo. desnecessária a decretação de nulidade da sentença para sanar omissão devolvida a esta instância. Pagamento das diferenças que englobam inclusive férias e afastamento, tidos como efetivo exercício segundo a lei. Redução dos honorários advocatícios à municipalidade. Conhecimento dos recursos para dar parcial provimento ao primeiro e negar provimento ao segundo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0072701-63.2014.8.19.0001, em que figuram como Apelantes Município do Rio de Janeiro e Cláudia da Conceição Cabral de Pina, e Apelados os mesmos.

Acordam os Desembargadores que compõem a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer dos recursos para dar parcial provimento ao primeiro e negar provimento ao segundo, na conformidade do voto da Desembargadora Relatora.

Voto

Conheço dos recursos, pois presentes seus requisitos de admissibilidade.

Restou demonstrado nos autos que a servidora trabalhou durante o período estabelecido entre sua posse no serviço público e a posse dos professores de educação infantil em atividades diferentes daquelas que seriam suas atividades fins, evidenciando-se o desvio de função, inexistindo qualquer prova em contrário trazida pela Municipalidade.

Discorre a Municipalidade que o reconhecimento do direito da autora implicaria em violação ao princípio da isonomia, no tocante à investidura em cargo público ou emprego público através de concurso público.

Ora, por certo, em nada macula o preceito constitucional da isonomia, o reconhecimento de que a servidora exercia atividades além daquelas para as quais prestara concurso, sendo possível o reconhecimento do desvio de função, com os seus qualitativos devidamente distribuídos, apenas acentuando a necessidade de dar cumprimento ao já decidido pela Corte Superior e sumulado no verbete nº 378 do Superior Tribunal de Justiça:

Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes.

Obviamente, não haverá quaisquer mudanças de cargo ou ascensão funcional, pois para tanto somente com a participação em certame, mas existe a necessidade de compensar as atividades exercidas em excesso na qualidade de professor infantil, ainda que sem qualificação para tanto.

A Municipalidade insurge-se quanto aos depoimentos prestados e a documentação apresentada pela apelada.

Ao contrário do que afirma o Município do Rio de Janeiro, a documentação demonstra que a segunda apelante exercia atividades docentes e não somente a de auxiliar de creche, posto que inexistia profissional que a dirigisse ou estabelecesse funções a serem desempenhadas, sendo dela a iniciativa e elaboração das atividades infantis.

O simples fato de que somente em 2010 ter sido criado o cargo de professor infantil de educação para atuar na creche, por si só, nos leva a concluir que a servidora, empregada anteriormente à vigência da Lei nº 5.217/10 e lotada em creches municipais, exercia atividade acima das funções para quais fora nomeada. E, repita-se, não há contraprovas nos autos, quanto ao exercício das funções do professor regente articulador.

Se as crianças ficavam todo o tempo com as auxiliares de creche, cujas atribuições possuem características próprias de apoio (*vide* Lei nº 3.985/2005), que são: (a) prestar apoio e participar do planejamento, execução e avaliação das atividades sócio pedagógicas e contribuir para o oferecimento de espaço físico e de convivência adequados à segurança, ao desenvolvimento, ao bem-estar social, físico e emocional das crianças nas dependências das unidades de atendimento da rede muni-

cipal ou nas adjacências; (d) participar da execução das rotinas diárias, de acordo com a orientação técnica do educador; (e) colaborar e assistir permanentemente o educador no processo de desenvolvimento das atividades técnico-pedagógicas; (f) auxiliar o educador quanto à observação de registros e avaliação do comportamento e desenvolvimento infantil; evidencia-se que essas auxiliares desempenhavam muito mais do que suas atribuições legais.

Na realidade, não basta apenas mencionar ou demonstrar que havia o professor articulador ou da direção da creche em sala isso não é o caso dos autos! Porém deveria ter sido evidenciado, mas não o foi, a demonstração cabal pela Municipalidade de que as auxiliares de creche, exerciam, rotineiramente, em sala tão somente suas funções.

A própria Edilidade afirma que a segunda apelante atuava a maior parte do tempo sozinha em sala de aula, o que comprova que o serviço por ela prestado ia bem além do “apoio”.

Entendo que as diferenças deverão ser pagas em todo o período acima delineado, sem exceção, incluindo-se férias ou licenças, pois, de fato, tais afastamentos equiparam-se ao efetivo exercício. Assim, o desvio de função ocasiona o pagamento das diferenças salariais decorrentes, sem exceção.

Quanto à correção monetária, matéria revolvada pela Municipalidade, pretendendo que a correção monetária seja computada até 25/03/2015 pelos índices da TR e, a partir de então, pelo IPCA-E, não prospera.

Em relação à alteração pretendida no tocante à correção monetária, por ser norma de ordem pública, não se tratando de crédito tributário, diante da referida declaração de inconstitucionalidade parcial da referida lei (11.960/90), deverá ser calculada aplicando-

se o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), aferido pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), também a partir de 30/06/2009.

Quanto aos honorários advocatícios, entendendo a necessidade de pequeno ajuste, pois vigia na prolação da sentença o artigo 20, §4º do Código de Processo Civil com aplicação específica para a Fazenda Pública de modo que sua fixação deve ser certa. Assim, arbitro o valor dos honorários de sucumbência em R\$ 3.200,00 (três mil e duzentos reais).

Pelas razões expostas, conheço dos recursos para dar parcial provimento ao primeiro e fixar os honorários advocatícios em R\$ 3.200,00 (três mil e duzentos reais) e nego provimento ao segundo.

Rio de Janeiro, 21 de fevereiro de 2017.

DES^a. LÚCIA MARIA MIGUEL DA SILVA LIMA
Relatora

ERRO MÉDICO. TROCA DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CASA DE SAÚDE POR VÍNCULO CONTRATUAL COM A CEPERJ. AUSÊNCIA DE DANO MORAL A SER INDENIZADO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE PREJUÍZO À SAÚDE DA CRIANÇA. INEXISTÊNCIA DE PROVA CONCLUSIVA NOS AUTOS DE ALEGADA FALHA. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

Apelações cíveis. Alegação de erro médico. Paciente recém-nascida que teria recebido medicação diversa daquela prescrita pelo médico assistente, erro que apenas teria sido percebido pelos pais após a alta da menor, quando levaram para casa os medicamentos excedentes e identificaram a troca. Ação indenizatória por danos morais

movida pela menor e pelos pais em face das instituições hospitalares envolvidas. Sentença que condena as rés a indenizar a menor e seus pais por danos morais. Irresignação das rés. 1. Legitimidade passiva da segunda ré que resta verificada, tendo em vista que cede suas dependências para a primeira ré, havendo nos autos indícios mínimos de seu vínculo contratual com a parte autora. 2. No mérito, assiste razão às rés em sua irresignação, tendo em vista que os fatos narrados não ensejam dano moral. Não houve qualquer prejuízo concreto à saúde da menor, que, a teor da própria narrativa autoral, teria recebido o medicamento inadequado por menos de dois dias. Ademais, a prova pericial afasta de modo contundente qualquer indício de falha na prestação do serviço. Finalmente, no que diz respeito ao dano moral invocado pelos pais, constata-se mero aborrecimento, e não dano moral indenizável. Recursos providos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos das apelações cíveis 0382526-60.2011.8.19.0001, em que figuram como Apelantes CEPERJ — Centro de Prematuros do Estado do Rio de Janeiro Ltda. e Casa de Saúde São José e como Apelados M.P.L.D. (Menor), M.P.L.B. e R.D.C.F.

Acordam os Desembargadores que compõem a 23ª Câmara Cível, por unanimidade de votos, em dar provimento aos recursos, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Adoto como relatório o de f. 829/836 – IE 829, na forma regimental (art. 92, o RITJRJ).

VOTO

Os recursos apresentam todos os requisitos de admissibilidade, pelo que deles conheço.

Preliminarmente, cumpre analisar a alegação de ilegitimidade passiva *ad causam* for-

mulada pela casa de saúde.

A preliminar de ilegitimidade passiva não merece acolhida, com base na própria teoria da asserção, tendo em vista que o autor apresenta indícios mínimos da participação da ré, ora Apelante, na relação jurídica de direito material litigiosa.

Aliás, é a própria casa de saúde que reconhece ceder suas dependências para o CEPERJ, corroborando as alegações autorais, tendo em vista que na petição inicial se afirma o vínculo contratual entre as partes. Todas as questões suscitadas pela casa de saúde para justificar sua ilegitimidade consistem em questões de mérito, já que dizem respeito ao seu envolvimento concreto para a produção dos danos narrados, pelo que se impõe o não provimento do agravo retido de IE 000381.

No que tange aos dois recursos de apelação, seu cerne consiste em saber se houve dano moral a ser indenizado aos autores e, em caso afirmativo, qual deve ser o montante da indenização.

A pretensão autoral no presente caso é simples, restringindo-se ao ressarcimento por danos morais à menor (que teria recebido medicamento trocado, apresentando quadro de taquicardia em decorrência disso) e aos pais (pelo sofrimento daí decorrente).

Como em qualquer caso de responsabilidade civil, a verificação do dano consiste em pressuposto indispensável para o surgimento do dever de indenizar, não havendo que se falar em responsabilidade sem dano.

Nesse sentido, mesmo que se considere que a responsabilidade civil deve atender a outras funções para além da função reparatória, tais como a chamada função punitiva da indenização, sabe-se que essas funções adicionais dependem da existência de dano a ser repara-

do, não se podendo cogitar de indenização sem qualquer papel ressarcitório.

Tais considerações se fazem relevantes no presente caso porque, compulsados os autos e considerados todos os fatos narrados pelas partes, constata-se que não haveria dano moral a ser indenizado no presente caso, ainda que restasse comprovado que a menor recebeu medicamento trocado.

Vale trazer à colação a narrativa fática desenvolvida na petição inicial. Em síntese, narram os pais da autora menor que esta, com poucas horas de vida, encontrava-se internada na UTI Neonatal do CEPERJ e que, no dia 4 de agosto de 2009, os pais haviam percebido uma elevação nos batimentos cardíacos da filha, característica que os médicos, então, reputaram decorrer da agitação da criança (f. 03).

Já no dia seguinte, a criança recebeu alta e os pais a levaram para casa, vindo então a perceber, ainda no dia 5 de agosto de 2009, que um dos medicamentos entregues pelo hospital como remanescentes da medicação que estava sendo ministrada durante a internação (Bero-tec) divergia da prescrição médica (Bromoprida), conforme relato de f. 04.

Quais consequências danosas daí resultaram? Felizmente, nenhuma. Os pais entraram em contato com a equipe do CEPERJ, que teria reconhecido o erro, pedido desculpas “efusivamente” (f. 04).

Todos os fatos narrados em seguida dizem respeito aos grandes esforços movidos pelos pais para demonstrar negligência médica e falha na prestação do serviço, incluindo registro de ocorrência perante a autoridade policial e o ajuizamento de ação criminal.

Todas essas medidas consistem em providências adequadas, tendo em vista que, eventualmente, assiste às esferas penal e ad-

ministrativa responsabilizar agentes pela mera conduta, independentemente do resultado produzido, ou pela exposição a risco de determinados bens jurídicos.

Na esfera cível, o dever de indenizar não pode advir de conduta que não acarretou qualquer lesão concreta a interesse juridicamente merecedor de tutela, ainda que a conduta do agente que se busque responsabilizar pudesse ser qualificada como ilícita.

No presente caso, como se extrai da própria narrativa autoral, o que pretendem os ora apelados é indenização por danos morais por ter a menor recebido medicamento alegadamente incorreto por menos de dois dias, e compensação por danos morais por terem os pais passado menos de um dia “estressados”, “angustiadados” e em situação de “incômodo” (todos termos utilizados a f. 10-11).

O alegado dano moral à menor não restou configurado, tendo em vista que, como já destacado, felizmente não houve nenhum prejuízo à saúde da criança: pretende-se indenização porque a conduta das rés teria sido “hábil a causar lesão à integridade à primeira autora” (f. 10), lógica que, como se acaba de ressaltar, não se coaduna como o sistema de responsabilidade civil.

O alegado dano moral aos pais tampouco restou configurado, eis que os dois genitores passaram período ínfimo de tempo efetivamente preocupados com a saúde da filha

A mãe chega a alegar que “viu seu leite secar, o que acabou por impedi-la de amamentar a menor”, fato que, além de não ter restado comprovado, apenas demonstra excesso de sensibilidade aos aborrecimentos narrados pelos autores.

Aliás, os pais de criança recém-nascida,

com poucas horas de vida, não deveriam esperar uma rotina livre de preocupações nos primeiros dias de vida de sua filha, ainda que não tivesse havido, no presente caso, qualquer intervenção médica, nem alegação de falha na prestação dos serviços pelas rés.

O pai, por sua vez, afirma que “não pôde dispor dos cinco dias de licença paternidade”, pois precisou usá-los para diligenciar junto à delegacia policial, ao CREMERJ, ao médico e aos advogados – medidas que, frise-se, foram de sua livre escolha e não mais refletem preocupação com a saúde de sua filha, o que afasta a alegação de abalo moral juridicamente relevante.

Em suma, nenhuma das alegações autorais permite justificar o pleito indenizatório, o que já autorizaria o indeferimento liminar dos pedidos.

Mas não é só.

Ainda que tivesse havido dano moral a qualquer das partes no presente caso, não consta dos autos prova conclusiva da alegada falha na prestação do serviço por parte das rés.

O laudo pericial confirma, a f. 424, que “a primeira autora não teve qualquer piora ou agravamento de seu *statu quo* em razão de alegada administração de medicamento não prescrito em detrimento a outro” e que “os períodos de taquicardia (aceleração de batimentos) do bebê fazem parte da própria vida de qualquer ser humano”, de modo que “sua ausência é que conferiria problema”.

A perícia concluiu, ainda, que “nada mais necessitou a paciente em termos médico-hospitalares além do que corretamente ofertado no hospital demandado” (f. 424), que todos os procedimentos médicos foram adequados, que não há “qualquer evidência nos registros médi-

cos ou de enfermagem presentes no prontuário da criança da administração de outras drogas além da Bromoprida e da Ranitidina” e que não haveria “melhora tão pronta dos sintomas se fosse administrado Berotec (bromidrato de Fenoterol) ao invés de Bromoprida” (f. 425).

Mais ainda: a respeito da taquicardia que fora observada exclusivamente pelos pais, conforme narrativa da inicial, a perícia esclarece que é comum que o aparelho “oxímetro de pulso” sofra influência da agitação da criança: “Tal fato ocorre com frequência nas UTIs, sendo recomendado que a interpretação dos valores apresentados nos monitores sejam feitas exclusivamente por profissionais de saúde” (f. 426)

Todas as conclusões alcançadas pela perícia indicam, portanto, que não há indício de falha na prestação do serviço, isto é, que não há prova mínima de troca dos medicamentos, e que a criança não teria melhorado de seu quadro clínico ao ponto de receber alta se de fato tivesse recebido Berotec em lugar de Bromoprida.

O mais provável é que tenha havido erro na entrega dos medicamentos aos pais para que os mesmos fossem ministrados em casa, mas não terapia medicamentosa incorreta durante a internação, e, como bem destacado pelas rés, a questão controvertida na lide não consistiu nos medicamentos que foram entregues, e sim nos medicamentos que foram efetivamente ministrados à menor, a teor do despacho saneador (l. 269).

Todas essas considerações conduzem à conclusão de que não há qualquer fundamento nos autos que autorize a imposição do dever de indenizar às rés. Sem dúvida, uma alegação de erro médico por troca de medicamentos (em princípio, um caso de negligência grave), principalmente quando envolve uma criança recém-nascida, sensibiliza os pais e o próprio julgador.

No entanto, a via da responsabilidade civil

não pode se prestar a todas as finalidades, não apenas por ser dotada de uma finalidade precípua, mas, principalmente, porque, no presente caso, nem mesmo a alegada negligência restou demonstrada, muito menos os danos mencionados.

Ante o exposto, o voto é pelo provimento dos recursos, reformando-se integralmente a sentença, para se julgar improcedentes todos os pedidos, condenando os autores a arcar com a integralidade das custas e despesas judiciais e a pagar honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o valor da causa, para cada advogado das demandadas, diante da ausência de condenação, nos termos do art. 85, §2º do NCPC.

Rio de Janeiro, 22 de março de 2017.

DES. CELSO SILVA FILHO
Relator

INDENIZATÓRIA. GRATIFICAÇÃO POR DESEMPENHO DE ATIVIDADE PERIGOSA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL EM EXERCÍCIO EM UNIDADE PRISIONAL. PERCEPÇÃO DE GEE. CABIMENTO DA GRATIFICAÇÃO PLEITEADA PELO AUTOR, DESCONTANDO-SE OS VALORES JÁ PAGOS A TÍTULO DE GEE. PARCIAL PROVIMENTO.

Apelação cível. Ação indenizatória. Direito administrativo. Gratificação de atividade perigosa. Professor em efetivo exercício na secretaria de estado de direitos humanos e sistema penitenciário. Sentença de improcedência. 1- Por meio da Lei nº 3.694/2001, foi concedido aumento a todos os servidores que se encontram ativos na Secretaria de Estado de Direitos Humanos e Sistema Penitenciário, em 230% do vencimento-base do funcionário público, limitado ao máximo de R\$ 478,40; 2- Com efeito, o entendimento deste E. Tribunal é no sentido de que ao professor

em exercício em uma das unidades escolares prisionais é devida a gratificação prevista nos mencionados diplomas legais, diante da notória periculosidade da atividade, respeitando-se o princípio da isonomia material; 3- O apelante já recebe gratificação destinada a compensar os servidores que atuam em unidades escolares com funcionamento em unidades prisionais, denominada “GEE “; 4- Por essa razão, considerando que o benefício é decorrente de um mesmo fato gerador da gratificação por encargo especial já percebida e descabendo a cumulação de tais verbas, deve o valor pago a esse título ser deduzido do numerário a ser auferido pelo servidor decorrente de gratificação de atividade perigosa. Inexistência de dano moral. recurso a que se dá parcial provimento.

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0247200-94.2012.8.19.0001, em que é Apelante Edilson Vicente da Silva e Apelado Estado do Rio de Janeiro.

Acordam os Desembargadores que integram a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, dar parcial provimento ao apelo, para condenar o réu a pagar a gratificação por atividade perigosa pleiteada, descontando-se dos valores devidos a quantia paga a título de gratificação por encargos especiais, com juros de mora de 6% ao ano, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, a partir da citação. Custas e honorários na forma do art. 21 do CPC/73, observada a gratuidade de justiça concedida ao autor, bem como a isenção do Estado conforme o art. 17, IX da Lei Estadual nº 350/99.

Assim, decidem na conformidade do relatório e voto do relator.

Trata-se de ação indenizatória c/c antecipação de tutela proposta por Edilson Vicente

da Silva em face do Estado do Rio de Janeiro, em que alega o autor que é funcionário público do Estado e está lotado em instituição voltada para apenados, ministrando aulas, não havendo alunos de fora. Afirmou que tem contato direto e diário com internos em cumprimento de pena, em jornada não inferior a 4 horas diárias. Aduziu que, na forma da Lei nº 3.694/2001, tem direito a gratificação de 230% sobre os ganhos dos funcionários lotados na Secretaria de Justiça – SEAP. Requereu a antecipação de tutela, a fim de que o Estado incorpore a referida gratificação à sua remuneração, ante as atividades especiais e perigosas desempenhadas, com a posterior conversão da tutela em definitivo, devendo o demandante ser indenizado, desde a vigência da Lei, nas diferenças existentes sobre as férias e 13º salário e, por fim, requereu a condenação da parte ré ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos.

Indeferimento de antecipação de tutela a f. 22.

Promoção do Ministério Público a f. 43, pela desnecessidade de sua intervenção.

A sentença de f. 46/51, julgou improcedentes os pedidos e condenou o autor, ao pagamento de custas e honorários no percentual de 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade de justiça deferida ao autor.

Inconformado, apelou o autor a f. 52/58, alegando que seja reformada a sentença, a fim de que reconhecido o seu direito ao recebimento da gratificação de atividade perigosa, uma vez que existem provas nos autos de que faz jus à pretensão, inexistindo qualquer bis in idem ante ao recebimento de GEE (recebidas por todos os professores).

Afirma, ainda, o direito ao recebimento de indenização pelos danos morais, ante o stress que passa todos os dias.

Contrarrazões do Estado a f. 61/65.

Promoção do Ministério Público a f. 67, pela desnecessidade de sua intervenção.

Parecer da Procuradoria de Justiça a f. 79/81, pela desnecessidade de sua intervenção.

VOTO

O apelo é tempestivo e estão satisfeitos os requisitos de admissibilidade recursal.

Trata-se de ação indenizatória, em que requer o autor seja o réu condenado a efetuar o pagamento de gratificação de atividade perigosa, instituída pela Lei nº 3.694/01, com nova redação dada pela Lei nº 5.348/08, em benefício dos servidores que se encontram em efetivo exercício na Secretaria de Estado de Direitos Humanos e Sistema Penitenciário.

De fato, por meio da Lei nº 3.694/2001, foi concedido aumento a todos os servidores que se encontram ativos na Secretaria de Estado de Direitos Humanos e Sistema Penitenciário, em 230% do vencimento-base do funcionário público, limitado ao máximo de R\$ 478,40, *in verbis*:

Art. 1º - É estendida a gratificação de atividade perigosa, prevista na Lei n.º 1.659, de 07 de junho de 1990, a todos os servidores que se encontrem em efetivo exercício na Secretaria de Estado de Direitos Humanos e Sistema Penitenciário.

Art. 2º - A gratificação prevista pelo artigo anterior terá seu valor calculado em 230% do vencimento-base do servidor público efetivo que a percebe, limitada ao valor máximo de R\$ 478,40 (quatrocentos e setenta e oito reais e quarenta centavos).

Pois bem, percebe-se que o autor é servidor da Secretaria de Estado de Educação,

lotado em unidade educacional pertencente a SEEDUC, alocado em unidade de privação de liberdade.

A sentença atacada, partiu da premissa de que como o autor é servidor do SEEDUC e percebe gratificação denominada GEE, estaria excluído do direito ao recebimento do referido benefício, sob pena de configuração de *bis in idem*.

Com efeito, o entendimento deste E. Tribunal é no sentido de que ao professor em exercício em uma das unidades escolares prisionais é devida a gratificação prevista nos mencionados diplomas legais, diante da notória periculosidade da atividade, respeitando-se o princípio da isonomia material, como se vê:

(0035747-86.2012.8.19.0001 - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - DES. NAGIB SLAIBI - Julgamento: 24/02/2016 - Sexta Câmara Cível). Direito Administrativo. Gratificação de atividade perigosa estabelecida para servidores da SEAP/DEGASE. A autora é professora de uma escola situada em unidade de detenção. Sentença de procedência do pedido, com fixação de danos morais. Apelação. Provimento parcial. Nos termos do art.1 da Lei Estadual nº 3.694/01, a gratificação prevista na Lei nº 1.659/90 deverá ser estendida a todos os servidores que se encontram em efetivo exercício na Secretaria de Estado de Direitos Humanos e Sistema Penitenciário. É devido à autora a gratificação em apreço, como forma de compensar a notória periculosidade das funções que desempenha. Ausência de *bis in idem* com outras gratificações. Danos morais. Reforma da sentença neste ponto. Mero aborrecimento. Precedente desta Corte: 0018619-82.2014.8.19.0001 – Apelação - 1ª Ementa DES. MARCELO LIMA BUHATEM - Julgamento: 05/05/2015 - Vigésima Segunda Câmara Cível Provimento parcial do recurso.

(0003265-17.2014.8.19.0001 - Apelação

- DES. CARLOS AZEREDO DE ARAÚJO - Julgamento: 12/07/2016 - Nona Câmara Cível) APELAÇÃO CÍVEL. GRATIFICAÇÃO POR EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PERIGOSA. SERVIDOR QUE, NÃO OBSTANTE PERTENCER A SEE, EXERCE SUA ATIVIDADE NO DEGASE, JUNTO A MENORES INFRACTORES. NEGATIVA DE PAGAMENTO PELO RÉU. DANO MORAL. DE ACORDO COM A LEI ESTADUAL Nº 3.694/01, A GRATIFICAÇÃO POR ATIVIDADE PERIGOSA SE ESTENDE A TODOS OS SERVIDORES QUE EXERCEM EFETIVAMENTE ATIVIDADE PERIGOSA NA SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS E SISTEMA PENITENCIÁRIO, SEJAM ELES INTEGRANTES DESTAS SECRETARIAS OU NÃO, VISTO QUE TAL PARCELA É PAGA EM RAZÃO DA ATIVIDADE EXERCIDA E NÃO DA SECRETARIA A QUE O SERVIDOR SE VINCULA. DESTA FORMA, MALGRADO O AUTOR PERTENCER A SEE, DEVE A ESTE SER ESTENDIDO A GRATIFICAÇÃO PELA ATIVIDADE PERIGOSA EXERCIDA. NÃO HÁ DE SE FALAR EM DANOS MORAIS, UMA VEZ QUE O ATO PERPETRADO PELO RÉU NÃO CAUSA ABALO PSÍQUICO OU QUALQUER REPERCUSSÃO EXTRAPATRIMONIAL AO AUTOR. RECURSO CONHECIDO PARA, NO MÉRITO, DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Entretanto, o apelante já recebe gratificação destinada a compensar os servidores que atuam em unidades escolares com funcionamento em unidades prisionais, denominada “GEE”.

Por essa razão, considerando que o benefício é decorrente de um mesmo fato gerador da gratificação por encargo especial já percebida e descabendo a cumulação de tais verbas, deve o valor pago a esse título ser deduzido do numerário a ser auferido pelo servidor, decorrente de gratificação de atividade perigosa

Por outro lado, no que tange aos danos morais, entendo que não merece provimento, posto que inexistente repercussão extrapatrimonial que justifique a condenação do réu no pagamento de verba reparatória.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo, para condenar o réu a pagar a gratificação por atividade perigosa pleiteada, descontando-se dos valores devidos a quantia paga a título de gratificação por encargos especiais, com juros de mora de 6% ao ano, na forma do art. 1º-F da Lei Nº 9.494/97, a partir da citação.

Custas e honorários na forma do art. 21 do CPC/73, observada a gratuidade de justiça concedida ao autor, bem como a isenção do Estado conforme o art. 17, IX da Lei Estadual Nº 350/99.

Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 2016.

DES. MÁRCIA FERREIRA ALVARENGA
Relatora

MANDADO DE SEGURANÇA. EDUCAÇÃO. ESTUDANTE DA REDE PRIVADA QUE FEZ INSCRIÇÃO ELETRÔNICA PARA ESCOLA TÉCNICA ESTADUAL. SORTEIO. VAGA ASSEGURADA. NÃO PREENCHIMENTO DOS CRITÉRIOS DE SELEÇÃO NA APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS. NÃO ADEQUAÇÃO À POLÍTICA DE AÇÃO AFIRMATIVA. ESTUDANTES CARENTES. CUNHO UNIVERSALISTA. REDUÇÃO DE DESIGUALDADES ÉTNICAS, SOCIAIS E ECONÔMICAS.

Agravo de instrumento. Liminar deferida em mandado de segurança. Negativa de matrícula em escola técnica estadual. Lei estadual nº 6.433/13, em que aplicadas medidas de ação afirmativa para garantir o acesso

às escolas técnicas do estado do Rio de Janeiro aos estudantes carentes que cursaram integralmente o ensino fundamental na rede pública de ensino, com vistas à redução de desigualdades étnicas, sociais e econômicas (art. 1º, I), lei estadual que foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0022870-83.2013.8.19.0000, que foi julgada improcedente. Resolução nº 5326/2015 da secretaria de estado de educação que estabelece normas e procedimentos para o ingresso e permanência de alunos na rede estadual de ensino para o ano letivo de 2016. Parágrafo 4º do art. 4º da mencionada resolução que dispõe que na unidade de círculo operário, para onde foi efetuada a inscrição do agravado, haverá tratamento informatizado para os processos de pré-matrícula e matrícula. Art. 18 da resolução que prevê que, independentemente do processo automatizado de inscrição, deve ser observada a permanência na rede pública de ensino entre outros critérios para a distribuição de vagas. Estudante proveniente da rede privada de ensino. Garantia da vaga que somente seria obtida após a apresentação de documentos que comprovassem o atendimento aos critérios de seleção. Parágrafo 2º, do art. 18 da Resolução SEEDUC nº 5326/2015, em que previsto que, “no momento da confirmação da matrícula na unidade escolar, o aluno ou responsável deve apresentar documentação que comprove a adequação aos critérios especificados no *caput* e seus incisos, tais como, conforme o caso, a rede de origem, a idade do candidato, o local de residência, e o laudo comprobatório da deficiência declarada”. Verificado, em sede de cognição sumária, que o diretor da unidade de ensino impetrado, ao negar a matrícula a estudante que não se enquadra nos critérios legalmente estabelecidos para a preferência na distribuição de vagas, agiu em conformidade com a legislação vigente, considerando-se os específicos efeitos da aplicação do princípio da legalidade no direito administrativo, não

podendo o agente público se escusar de agir conforme determina a lei. Ausente o requisito do *fumus boni iuris*, deve ser indeferida a medida liminar pleiteada. Dado provimento ao recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0005329-32.2016.8.19.0000, em que é Agravante Estado do Rio de Janeiro e Agravado A.E.F Rep/P/S/Pai A.O.F.

Acordam, por unanimidade, os desembargadores que compõem a Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de agravo de instrumento, tempestivamente ofertado, em que se veicula irrisignação com a decisão do MM. Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Duque de Caxias, proferida nos autos do Processo de nº 0001066-88.2016.8.19.0021 (mandado de segurança), em que deferido o pedido de concessão de liminar para que seja realizada a matrícula do autor no 1º ano do curso Técnico em Metrologia do Colégio Estadual Círculo Operário.

Na petição inicial do mandado de segurança impetrado pelo ora agravado, este sustentou que efetuou inscrição eletrônica para o curso médio do 1º ano Técnico em Metrologia no Colégio Estadual Círculo Operário; que o resultado positivo da inscrição se deu através de um sorteio, no qual recebeu o impetrante resposta de que a vaga solicitada estava assegurada; que se dirigiu à unidade escolar munido de toda documentação exigida para proceder à matrícula, contudo obteve negativa quanto à efetivação da matrícula sob o argumento do impetrado de que o ora agravado seria estudante proveniente da rede privada de ensino; que o impetrante se enquadra nos requisitos previstos na Resolução SEEDUC nº 5326/2015

porque é menor de 18 anos, e reside próximo à unidade de ensino; e que, sendo a forma de ingresso por sorteio, não pode o impetrante ter seu direito preterido por haver estudado em escola privada. Pediu a concessão da segurança liminarmente para que fosse matriculado na instituição de ensino, e que, ao final, fosse o pedido julgado procedente.

Inconformado com a decisão em que deferida a liminar, o Estado do Rio de Janeiro agravou, a f. 02/10, sustentando que a decisão recorrida é contrária à Lei Estadual nº 6433/2013, submetida ao crivo de controle de constitucionalidade e julgada compatível com a CRFB/88; que o impetrante, consciente e voluntariamente, conhecendo os critérios de seleção, informou que sua origem escolar era de escola pública, quando na realidade cursou integralmente o ensino fundamental em escola da rede privada; que o impetrante, assim, fraudou o processo seletivo que possuía como critério de desempate a origem escolar do candidato; que existe a possibilidade de criação de critério social de desempate, de acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal; e que a distinção criada pela Secretaria de Estado de Educação não se caracteriza como discriminação no sentido jurídico da palavra, mas como critério técnico-jurídico de seleção com base na presunção de necessidade dos candidatos oriundos das escolas da rede pública estadual e municipal. Requer o provimento do agravo, a fim de que seja reformada a decisão em que concedida a liminar.

Decisão, a f. 16/18, em que admitido o agravo, deferido o efeito suspensivo, determinada a solicitação de informações, determinada a intimação do agravado, e determinada a remessa à Procuradoria de Justiça.

Ofício remetido pelo juízo *a quo*, a f. 28/29, em que informa o regular cumprimento pelo agravante da disposição contida no art.

526, do CPC e que manteve a decisão agravada.

Contrarrazões pelo agravado, a f. 30/44.

Manifestação da Procuradoria de Justiça, a f. 98/102, em que emite parecer no sentido de ser conhecido e desprovido o recurso.

É o breve relatório.

VOTO

Bem examinada a hipótese, e sopesando-se os princípios envolvidos e a valoração dos bens jurídicos cuja proteção se busca, verifica-se que o recurso merece provimento.

As ações afirmativas são políticas públicas ou privadas que visam a dar efeitos concretos aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, na medida em que promovem a implantação de medidas especiais a fim de que determinados grupos de indivíduos, historicamente discriminados, tenham a oportunidade de ascensão social e do exercício pleno dos direitos fundamentais.

Portanto, as políticas de ação afirmativa, mormente quando dirigidas ao campo da educação, representam um importante instrumento de mobilidade social, uma vez que oferecem a chance a quem não teve acesso à educação básica de qualidade de receber instrução que lhes proporcione mudanças positivas nas suas condições sociais, econômicas e culturais, promovendo a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho, e transformando, muitas vezes, o rumo de suas vidas fadadas à marginalização social.

O Supremo Tribunal Federal já tem sedimentado o entendimento acerca da constitucionalidade das ações afirmativas, observando-se que, segundo as palavras do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na ADPF 186/DF, na qual foi julgada improcedente arguição

de descumprimento de preceito fundamental acerca do sistema de cotas implementado na UnB:

“Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares”.

Constou da ementa do referido julgado:

“Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no *caput* do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

(...)

Esta Corte, em diversos precedentes, assestou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa”

Portanto, é neste contexto que está inserida a Lei Estadual nº 6.433/13, em que aplicadas medidas de ação afirmativa para garantir o acesso às escolas técnicas do Estado do Rio de Janeiro aos estudantes carentes que cursaram integralmente o ensino fundamental na rede pública de ensino, com vistas à redução de desigualdades étnicas, sociais e econômicas (art. 1º, I).

Convém ressaltar que a aludida lei estadual foi objeto da ação direta de inconstitucionalidade nº 0022870-83.2013.8.19.0000, que foi julgada improcedente, nos termos da ementa a seguir colacionada:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE DISCIPLINA SOBRE O SISTEMA DE COTAS PARA INGRESSO EM ESCOLAS TÉCNICAS DO ESTADO. POLÍTICA DE AÇÕES AFIRMATIVAS. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. 1- Na esteira do entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal é válida a adoção do sistema de cotas para ingresso em Universidades Públicas (ADPF 186 e RE 597.285/RS, ambas da Relatoria do Min. RICARDO LEWANDOWSKI). 2-Raciocínio idêntico que deve ser empregado a fim de se reconhecer a validade da Lei Estadual nº 6.433/2013 que, instrumentalizando política de ações afirmativas, estabelece a reserva de vagas em Escolas Técnicas do Estado do Rio de Janeiro a estudantes carentes negros, pardos e índios, bem como aos que cursaram integralmente o ensino fundamental na rede pública, de forma a reduzir desigualdades sociais e a assegurar a efetiva observância do princípio da isonomia material. 3- Improcedência da ação direta. 0022870-83.2013.8.19.0000 - DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - DES. MILTON FERNANDES DE SOUZA - Julgamento: 09/06/2014 – Órgão Especial

A Resolução nº 5.326/2015 da Secretaria de Estado de Educação estabelece normas e procedimentos para o ingresso e permanência de alunos na rede estadual de ensino para o ano letivo de 2016.

O § 4º do art. 4º da mencionada Resolução dispõe que na unidade CE Círculo Operário, para onde foi efetuada a inscrição do agrado, haverá tratamento informatizado para os processos de pré-matrícula e matrícula:

§ 4º- Terá, também, tratamento informatizado o processo de Pré-Matrícula e Matrícula para ingresso do aluno no Ensino Médio Articulado ao Técnico nas seguintes unidades escolares vinculadas à Secretaria de Estado de Educação:

- I - CE Jornalista Maurício Azêdo
- II - CE Círculo Operário
- III - CIEP 111 Gelson Freitas
- IV - CE São João
- V - CIEP 493 Professora Antonieta Salinas de Castro

O art. 18 desta Resolução prevê que, independentemente do processo automatizado de inscrição, deve ser observada a permanência na rede pública de ensino entre outros critérios para a distribuição de vagas:

Art. 18 - A distribuição de vagas será feita, independentemente da automaticidade, observando-se a disponibilidade física de cada unidade escolar, o tipo de atendimento prestado por escola e considerando os seguintes critérios, conforme o Art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

I - preferência à pessoa com deficiência, conforme estabelecido no art. 54, III do Estatuto da Criança e do Adolescente;

II - preferência para crianças e adolescentes até 18 anos incompletos, conforme previsto no art. 227 da Constituição Federal;

III - permanência na Rede Pública de Ensino;

IV - proximidade da residência, conforme estabelece o art. 53, V do Estatuto da Criança e do Adolescente;

V- em caso de empate, a prioridade será para o aluno mais novo.

§ 1º- A ordem da inscrição efetuada na *internet* não será considerada na alocação do aluno, prevalecendo os critérios determinados pela Secretaria de Estado Educação citados no *caput* deste artigo.

§ 2º- No momento da confirmação da ma-

trícula na unidade escolar, o aluno ou responsável deve apresentar documentação que comprove a adequação aos critérios especificados no *caput* e seus incisos, tais como, conforme o caso, a rede de origem, a idade do candidato, o local de residência, e o laudo comprobatório da deficiência declarada

O agravante narra que o recorrido informou, na inscrição informatizada, que seria advindo da rede pública de ensino, fato que se mostrou inverídico no momento da entrega da documentação.

Conforme documento de f. 14 dos anexos, o aluno é proveniente de escola particular, onde concluiu o ensino fundamental. Não divergem as partes sobre tal fato.

Observando-se o documento de f. 12, verifica-se que o estudante que pleiteava a vaga teve ciência de que deveria se dirigir à unidade de ensino, no prazo estabelecido, para garantir sua vaga mediante a apresentação de documentos.

Tal determinação se coaduna ao disposto no § 2º, do art. 18 da Resolução SEEDUC nº 5326/2015, em que previsto que, “no momento da confirmação da matrícula na unidade escolar, o aluno ou responsável deve apresentar documentação que comprove a adequação aos critérios especificados no *caput* e seus incisos, tais como, conforme o caso, a rede de origem, a idade do candidato, o local de residência, e o laudo comprobatório da deficiência declarada”

Portanto, verifique -se, em sede de cognição sumária, que o diretor da unidade de ensino impetrado, ao negar a matrícula a estudante que não se enquadra nos critérios legalmente estabelecidos para a preferência na distribuição de vagas, agiu em conformidade com a legislação vigente, considerando-se os específicos efeitos da aplicação do princípio da legalidade no Direito Administrativo, não podendo

o agente público se escusar de agir conforme determina a Lei. Ausente o requisito do *fumus boni iuris*, deve ser indeferida a medida liminar pleiteada. Isto posto, voto no sentido de ser dado provimento ao recurso, nos termos do acima exposto.

Rio de Janeiro, 11 de maio de 2016.

DES. CESAR CURY
Relator

OBRIGAÇÃO DE FAZER. ACUMULAÇÃO DE DOIS CARGOS DE PROFESSOR. PERMISSÃO ESTABELECIDADA EM EXCEÇÃO CONTIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE COMPATIBILIDADE DE HORÁRIO. DEMONSTRAÇÃO DA LEGALIDADE DAS DUAS MATRÍCULAS PELO AUTOR. SENTENÇA MANTIDA NA ÍNTEGRA.

Apelação. Ação de obrigação de fazer. Preliminares no sentido julgamento *extra petita* e perda de interesse processual rejeitadas. Acumulação de dois cargos de professor. possibilidade. O artigo 37, XVI da Constituição Federal veda a acumulação de cargos públicos, estabelecendo apenas algumas exceções, dentre elas a de dois cargos de professor. É possível a acumulação desde que exista compatibilidade de horários. precedentes do STF. Inexistência de acumulação ilegal Manutenção da sentença. Desprovimento do recurso. Se a Constituição da República expressamente admite, no seu artigo 37, inciso XVI, alínea “b”, a acumulação remunerada de cargo de professor com outro, técnico ou científico, desde que haja compatibilidade de horários, mostra-se injustificável a postura do ente público em impedir tal exercício cumulativo. Manutenção da Sentença. Desprovimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos os autos Apelação Nº 0411976- 09.2015.8.19.0001, em que é Apelante Município do Rio de Janeiro e Apelada Roberta Castelo Branco Ribeiro Coelho.

Acordam, por unanimidade de votos, os Desembargadores que compõem a Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em negar provimento ao recurso, ressaltando de ofício que a acumulação não pode ultrapassar de 40 (quarenta) horas semanais, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de ação de obrigação de fazer proposta por Roberta Castelo Branco Ribeiro Coelho, em face do Município do Rio de Janeiro, na qual a parte autora alega que que é servidora do Município do Rio de Janeiro, admitida em 12/03/2012 para o cargo de Professor I - Inglês, com regime de 16 horas semanais.

Afirma que no dia 25/07/2013 foi publicado Edital abrindo inscrições para professores interessados em ampliar a jornada de trabalho de 16 para 40 horas semanais. Aduz que à época da publicação do Edital trabalhava na Escola Municipal Juan Antonio Samaranch, onde funcionava o projeto Ginásios Experimentais, e que o diretor da escola impôs aos professores que ampliassem suas jornadas, para se adequarem à nova forma de funcionamento da escola. Sustenta que após a entrega da documentação exigida, a Gerente de Administração de Recursos Humanos assinou documento em 02/09/2013, designando a autora para trabalhar no regime de 40 horas, informando que esta ampliação de horário seria pelo prazo máximo de 3 (três) anos, após os quais voltaria ao regime de 16 horas semanais. Afirma que a denominação de seu cargo mudou de Professor I - Inglês, para Professor de ensino fundamental - PEF, deixando de ser professor de carreira de disciplina específica para professor generalista. Assevera que a transformação não esta-

va prevista no edital que aumentou a jornada de trabalho. Sustenta que tinha conhecimento apenas que sua jornada seria ampliada para trabalhar no Projeto Ginásios Experimentais. Aduz que o Projeto Ginásios Experimentais Olímpicos foi encerrado através do Decreto nº 38.954/2014, e que as escolas passaram a funcionar como as demais escolas da Rede Pública Municipal. Afirma que atualmente leciona na Escola Municipal Vicente Licínio Cardoso, com regime de 40 horas semanais, ocupando o cargo de Professor de Ensino Fundamental. Alega que em 2013 estava cumprindo etapas de concurso público para o cargo de Professor I - Inglês com regime de 40 horas semanais, para o qual logrou êxito na aprovação. Aduz que em 22/09/2015 foi convocada pela Secretaria Municipal de Educação, onde foi informada que na data marcada para a posse no novo cargo deveria pedir exoneração do cargo anteriormente ocupado, sem maiores explicações. Sustenta que a Secretaria Municipal de Educação pretende proibir que a autora exerça direito constitucionalmente garantido. Destarte, na forma da emenda à inicial a f. 66, requer: 1) a inversão do ônus da prova; 2) em sede de antecipação de tutela, que o réu seja compelido a efetuar o retorno da jornada de trabalho da demandante, referente à matrícula 10/279.056-6, para 16 horas; 3) que o réu seja compelido a permitir o acúmulo dos dois cargos de professor referente as matrículas nºs 10/279.056-6 e 10/297.370-9; e, no mérito, requer: 4) a confissão da tutela requerida.

Decisão proferida em sede de Plantão Judiciário em f. 53, indeferindo o pedido e determinando a remessa ao Juízo da 14ª Vara de Fazenda Pública.

Emenda à inicial a f. 66, acompanhada de documentos (f.72/80), alterando os pedidos e o valor da causa.

Decisão a f. 101, recebendo a emenda à

inicial e indeferindo a tutela antecipada.

Embargos de Declaração opostos pela autora a f. 113. Contestação a f. 119, acompanhado de documentos de f. 126/127, arguindo, preliminarmente, a perda de objeto e de interesse processual, sob o argumento que posteriormente a distribuição da presente demanda, a parte autora pediu exoneração da matrícula 10/279.056-6, conforme Processo nº 07/01/002.091/2015. Alega que a autora foi empossada em 07/10/2015 com a matrícula nº 10/297.370-9. Frisa que a autora não formulou pedido sucessivo na hipótese de ocorrência de exoneração no curso do processo. No mérito, afirma que a ampliação de jornada de trabalho de 16 para 40 horas, é efetuada mediante opção e com base em inscrição de interessados, logo não houve imposição para a autora. Sustenta que a autora aceitou o pagamento de dupla regência realizado aos professores de carga horária de 16 horas que permaneceram em suas unidades atuando com carga horária de 40 horas. Frisa que a autora demonstrou mais uma vez o seu interesse voluntário na ampliação da jornada de trabalho quando compareceu a sede da Secretaria Municipal de Educação, assinando o Termo de Opção/ Termo de Compromisso. Afirma que a inscrição da autora em novo concurso com carga horária de 40 horas, demonstra o seu interesse na ampliação da jornada de trabalho. Aduz que a mudança de nomenclatura do cargo decorreu da edição do novo plano de cargos - Lei nº 5.623/2013 que criou nova categoria profissional e a partir do qual todos os professores de ensino Fundamental com carga horária de 40 horas passaram a ser denominados Professores de Ensino Fundamental. Assevera que a autora não passou a ser Professor generalista, e que não houve transformação de cargo, pois a alteração determinada pela Lei nº 5.623/2013 é de denominação de cargos de Professor I e Professor II, o que não im-

plica em interrupção de direitos e vantagens, tampouco configura descontinuidade dos respectivos cargos. Sustenta que a afirmação da autora de que havia previsão legal de 3 (três) anos para desfazimento da ampliação da jornada é inverídica, e que não há nenhum documento comprovando a informação. Afirma que só há previsão de prazo de 3 (três) anos para a permanência na unidade escolar, o que não se relaciona com a reversão da ampliação da carga horária. Aduz que a cumulação de cargos permitida ao professor sujeita-se à condição de compatibilidade de horário e que não há compatibilidade entre dois cargos com carga horária de 40 horas semanais. Sustenta que a autora solicitou administrativamente e judicialmente o desfazimento da ampliação da jornada de trabalho após sua posse no novo concurso prestado, unicamente com o objetivo de obter a cumulação. Assevera a Administração não pode ser compelida a desfazer atos administrativos concretos e definitivos para atender a interesse individual do servidor, devendo prevalecer a conveniência e o interesse público. Frisa que mesmo que a autora retornasse à carga horária de 16 horas em sua matrícula 10/279.056-6, também não haveria compatibilidade com o novo cargo no qual foi empossada. Afirma que não é mais possível retornar a carga horária de trabalho de 16 horas na matrícula 10/279.056-6, uma vez que ocorreu a exoneração. Aduz que a acumulação de duas matrículas, sendo uma com carga horária de 40 horas semanais e outra de 16 horas semanais, quando esta última é realizada à noite no projeto pedagógico PEJA que, na verdade, possui carga horária de 4 horas semanais para disciplina de Língua Estrangeira, não havendo como alocar as 12 horas restantes. Ressalta que é incabível o pleito da autora que visa obrigar o réu a lotá-la em escolas geograficamente próximas, uma vez que a lotação de servidores é ato discricionário da Administração. Frisa que não há como compatibilizar as duas cargas horárias como pre-

tendido pela autora, uma vez que para tanto deverá ser considerado o tempo de deslocamento, alimentação e descanso do professor. Pugna pelo acolhimento da preliminar de perda de interesse processual e de objeto, com extinção do processo sem exame de mérito; ou, subsidiariamente, a improcedência integral do pedido autoral.

Decisão a f. 177, recebendo os Embargos de Declaração opostos pela autora e rejeitando-os.

Réplica a f. 185, ratificando os termos da peça inicial, e ressaltando que não houve perda do interesse processual ou perda do objeto da demanda, tendo em vista que a parte autora foi compelida a pedir sua exoneração, tendo havido vício de consentimento.

Promoção do Ministério Público, a f. 194, informando que deixa de oficiar no feito, uma vez que a questão versada não se insere entre as hipóteses de intervenção necessária.

A sentença prolatada pelo Juízo da 14ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, a f. 198/202, julgou parcialmente procedente o pedido, autorizando a cumulação dos dois cargos de professor, referente as matrículas nºs 10/279.056-6 com 40 (quarenta) horas e 10/297.370-9. Despesas processuais compensadas, na forma do artigo 86 do CPC/2015, observado o § 3º do artigo 98 do CPC/2015 e a isenção legal do ente público. Condenou a parte autora a pagar ao patrono da parte ré honorários advocatícios que fixou em 10% sobre o valor da condenação, na forma do artigo 85, § 3º, I e § 14 do CPC/2015, observado o § 3º do artigo 98 do CPC/2015. Condenou a parte ré a pagar ao patrono da parte autora honorários advocatícios que fixou em 10% sobre o valor da condenação, na forma do artigo 85, § 3º, I e

§ 14 do CPC/2015.

Inconformado com o *decisum*, o Município réu interpôs recurso de apelação, a f. 275/285, pugnando pela reforma da sentença para que seja declarada a nulidade da sentença recorrida, em virtude do julgamento *extra petita*; para extinguir-se o processo sem exame do mérito, em virtude da perda de interesse de agir com a exoneração de uma das matrículas no curso do processo; bem como para julgar totalmente improcedente o pedido, condenando-se a autora integralmente nos ônus da sucumbência. Para tanto, repisa todos os argumentos expendidos na contestação.

A parte apelada apresentou contrarrazões, a f. 305/315, prestigiando a sentença.

Manifestação da D. Procuradoria de Justiça, a f. 328/330, deixando de oferecer parecer.

Voto

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, recebido a f. 323/324.

Inicialmente, rejeita-se à preliminar de nulidade da sentença arguida pelo recorrente.

Alega o apelante que a apelada pretendia o retorno da primeira matrícula para a carga horária original de 16 horas semanais como meio para poder acumular as duas matrículas de professor, uma matrícula de 16 horas e outra de 40 horas semanais, sendo sentença *extra e ultra petita* ao deferir a cumulação de dois cargos de 40 horas semanais.

Contudo, melhor sorte não lhe assiste, tendo em vista que a autora formulou em sua petição inicial e sua respectiva emenda, pedi-

dos independentes, sendo certo que no item b, a f. 71, requereu a permissão para o acúmulo de dois cargos e professor em questão: matrículas 10/279.056-6 e 10/297.370-9, não havendo que se falar em julgamento *extra e ultra petita*.

Da mesma forma, não há que se falar em perda do interesse processual, tendo em vista o evidente vício de consentimento no pedido de exoneração da autora de uma de suas matrículas, que o fez apenas com o intuito de tomar posse no novo cargo, ante a negativa da parte ré em permitir a cumulação das duas matrículas no cargo de professora.

Dessa forma, evidente o interesse processual da autora, uma vez que pretende a cumulação dos cargos mencionados.

Superadas as preliminares, passa-se a análise do mérito que se resume a verificar a possibilidade de acumulação de dois cargos de professor com jornada de trabalho de 40 horas semanais em cada um.

Com efeito, a regra geral prevista na CF/88 é da impossibilidade de acumulação remunerada de cargos públicos. Contudo, o inciso XVI do artigo 37 estabelece exceções, ao trazer elencados os cargos públicos passíveis de acumulação.

Dentre as exceções, encontra-se a permissão ao acúmulo de dois cargos de professores, conforme disposto na alínea “a” do Artigo 37, XVI, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 34 de 13 de dezembro de 2001. *In verbis*:

O art. 37, XVI, da Constituição Federal veda a acumulação de cargos públicos, estabelecendo apenas algumas exceções, dentre elas a de dois cargos de professor. A acumulação somente é permitida pelo ordenamento jurídico, desde que comprovada a compatibilidade

de horários:

“Art. 37 - XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários:

a) a de dois cargos de professor:”

Assim, desde que haja compatibilidade de horários, o referido acúmulo de cargos públicos de professor torna-se possível.

Cabe ressaltar que, a Lei nº 11.738 de 16 de julho de 2008 em seu artigo 2º, § 4º, dita: “Na composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos.” *In verbis*:

CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. PACTO FEDERATIVO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA. PISO NACIONAL PARA OS PROFESSORES DA EDUCAÇÃO BÁSICA. CONCEITO DE PISO: VENCIMENTO OU REMUNERAÇÃO GLOBAL. RISCOS FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO. JORNADA DE TRABALHO: FIXAÇÃO DO TEMPO MÍNIMO PARA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES EXTRACLASSE EM 1/3 DA JORNADA. ARTS. 2º, §§ 1º E 4º, 3º, II E III E 8º, TODOS DA LEI Nº 11.738/2008. CONSTITUCIONALIDADE. PERDA PARCIAL DE OBJETO. 1. Perda parcial do objeto desta ação direta de inconstitucionalidade, na medida em que o cronograma de aplicação escalonada do piso de vencimento dos professores da educação básica se exauriu (arts. 3º e 8º da Lei nº 11.738/2008). 2. É constitucional a norma geral federal que fixou o piso salarial dos professores do ensino médio com base no vencimento, e não na remuneração global. Competência da União para dispor sobre normas gerais relativas ao piso de vencimento dos professores da educação básica, de modo a utilizá-lo como mecanismo de fomento ao sistema educacional e de valorização profissional, e não apenas como instrumento de proteção mínima ao

trabalhador. 3. É constitucional a norma geral federal que reserva o percentual mínimo de 1/3 da carga horária dos docentes da educação básica para dedicação às atividades extraclasse. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Perda de objeto declarada em relação aos arts. 3º e 8º da Lei nº 11.738/2008. (grifo nosso) (ADI 4167 DF Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA)

Dessa forma, restou demonstrada a legalidade na acumulação das duas matrículas, conforme pretende o autor, devendo ser mantida a sentença neste sentido.

Cabe colacionar:

0037554-83.2008.8.19.0001 – Apelação - Des(a). SIDNEY HARTUNG BUARQUE - Julgamento: 15/09/2010 – Quarta Câmara Cível. ACUMULAÇÃO DE CARGOS DE MAGISTÉRIO. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. ADMISSIBILIDADE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA. - Acumulação de cargos. – Professor da UERJ e da UFRJ. - Concessão parcial da ordem na forma da liminar deferida apenas para garantir ao autor o recebimento de seus vencimentos e o exercício de suas funções como professor universitário estadual enquanto tramita o inquérito administrativo. - Compatibilidade de horários entre os dois cargos. - Expressa permissão constitucional (art. 37, XVI, b) para a acumulação de cargos de professor, bastando a prova de compatibilidade de horários. - Decreto nº 13.024/89 que afronta a Carta Magna. Improvimento do 2º recurso e provimento do 1º recurso, concedendo a segurança, assegurando ao mesmo a permanecer exercendo as funções de professor em ambas as universidades.

Todavia, apesar dos argumentos expendidos pelo autor, ora apelado, vislumbra-se a in-

viabilidade deste cumprir uma carga horária de 80 horas semanais, ressaltando que apesar de tratar-se de duas matrículas de 40 horas cada, não é obrigatório o exercício desta carga horária completa.

Assim, *ex officio*, determina-se que a acumulação não ultrapasse as 40 (quarenta) horas semanais.

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo na íntegra a d. sentença. De ofício, declara-se que a acumulação não pode ultrapassar as 40 horas semanais.

Ante a sucumbência recursal da parte ré, na forma do artigo 85 §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil de 2015, fixa-se os honorários advocatícios recursais na importância equivalente a 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Rio de Janeiro, 07 de março de 2017.

DES GUARACI DE CAMPOS VIANNA
Relator

SERVIDOR DO MUNICÍPIO. PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DE GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. TRIÊNIO. DISSENSO JURISPRUDENCIAL. LEI *VERSUS* DECRETO. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. VERBETE SUMULAR. DIREITO AO PAGAMENTO DE TRIÊNIOS RETROATIVOS, RESPEITADO O PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS. UNÂNIME.

Administrativo. Município do Rio de Janeiro. Pretensão de percepção de triênio. Lei municipal nº 2.008/1993. Pretensão do autor de recebimento da gratificação por

tempo de serviço, na forma de triênio. A Lei nº 2.008, de 21 de julho de 1993, foi objeto de Representação de Inconstitucionalidade que foi parcialmente acolhida tendo sido declarada, tão somente, a inconstitucionalidade de seu art. 3º, que conferia prazo para a Administração expedir os atos de investidura e “demais procedimentos decorrentes desta lei”. Para regulamentar a aplicação da Lei nº 2.008/93 foi editado o Decreto Municipal nº 35.804/12, que em seu artigo 7º estabeleceu efeitos financeiros a contar de 1º de julho de 2012. Com efeito, não pode um ato de hierarquia inferior, um decreto, alterar as disposições contidas em lei, até mesmo porque a finalidade daquele é regulamentar a lei para permitir sua execução, não podendo contrariar seus dispositivos. Lei nº 2.008 que, em seu artigo 5º, estabelece a sua aplicação imediata, inexistindo motivos para restringir a percepção dos triênios que lhes correspondem. Neste sentido, foi julgado o Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 0011472-05.2014.8.19.0001, propondo a edição de verbete sumular nos seguintes termos: “Os servidores subsumidos à Lei nº 2.008, de 21 de julho de 1993, do Município do Rio de Janeiro, têm direito ao pagamento de triênios retroativamente à sua vigência, respeitado o prazo prescricional de cinco anos e ressalvadas prestações posteriores a tal título”. Autor que faz jus à percepção de seus triênios, retroagindo à 23/07/1993, data do ingresso no Regime Jurídico Único, de acordo com a Lei Municipal nº 2.008/1993, bem como das diferenças, devidamente corrigidas, observada a prescrição quinquenal, compensando-se os valores já recebidos a este título. Juros moratórios que devem observar o disposto na lei específica, Lei nº 9.494/97, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.960/06 e julgado do STF. Provimento do recurso. Unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível/Reexame Necessário nº 0421833-50.2013.8.19.0001 em que é Apelante Claudio Barcelos e Apelado Município do Rio de Janeiro

Acordam os Desembargadores que compõem a Vigésima Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em dar provimento ao recurso para julgamento de procedência do pedido. Decisão unânime.

A ação é ordinária proposta por Servidor do Município do Rio de Janeiro, perseguindo o recebimento da gratificação por tempo de serviço, na forma de triênio.

Aduz que é servidor público Municipal, tendo ingressado nos quadros do Município em 01/07/1987, sob o regime jurídico da CLT, na função de “Trabalhador”, 3ª Categoria. Alega que obteve a transposição do referido emprego em cargo, ingressando no Regime Jurídico único em 23/07/1993, por força da Lei Municipal nº 2.008, de 21 de julho de 1993, no cargo de igual nomenclatura. Aduz que a referida Lei somente foi regulamentada em junho de 2012, pelo Decreto nº 35.804/2012, com validade a contar de 01/07/2012, sendo que somente a partir desta data houve a transformação de seu emprego em cargo público junto à Secretaria Municipal de Administração e o Município passou a efetuar o pagamento do adicional por tempo de serviço, abstando-se de pagar os triênios retroativos à data da transformação legal do emprego em cargo, qual seja, julho de 1993.

Alega, ainda, que requereu administrativamente o pagamento do triênio retroativo a que teria direito, no entanto o pedido foi negado ao argumento de que o art. 7º, do Decreto nº 35.804/2012 teria limitado os efeitos financeiros à data de sua publicação, ou seja, 01/07/2012, sendo indevido o pagamento retroativo. Persegue por esta ação o recebimento

da gratificação por tempo de serviço, na forma de triênio, de acordo com o artigo 126, da Lei nº 94/79, bem como o pagamento das diferenças, retroagindo à 23/07/1993, devidamente corrigidas.

Regularmente citado, o réu contestou alegando a prescrição e afirmando que o autor já está recebendo triênios desde a edição do Decreto Municipal, considerando todo o tempo de serviço no Município, ou seja, desde 1988, na forma do § 1º do art. 126, da Lei nº 94/79, inexistindo valores devidos a este título em período anterior, pugnando pela improcedência do pedido.

O Ministério Público deixou de oficiar no feito, não vislumbrar interesse público a justificar a sua intervenção.

Desate pela sentença da 7ª Vara de Fazenda Pública, da Comarca da Capital.

Assentou o decidente que o autor não faz jus aos benefícios pleiteados, tendo em vista que corretamente aplicada a legislação, devendo incidir triênios somente a partir do advento do Decreto regulamentar, na forma do seu art. 7º, que instituiu a data de 01 de julho de 2012 como o marco inicial de geração de efeitos da legislação atinente (Lei nº 2.008), e, que antes desse período, não tem o autor qualquer direito a benefícios, vez que a Lei nº 2.008/93 ainda não se encontrava regulamentada, limitada à produção de efeitos ante a sua natureza jurídica de norma programática. Daí julgou improcedente o pedido, condenando o autor em custas e honorários advocatícios de sucumbência de 10% sobre o valor da causa, observada a suspensão prevista no art. 12 da Lei nº 1.060/50, eis que se trata de beneficiário da gratuidade de justiça.

Inconformado o autor apelou, tempestivamente e sob o pálio da gratuidade de justi-

ça, perseguindo reversão e foi contrariado em prestígio da sentença.

VOTO

Pretende o autor o recebimento da gratificação por tempo de serviço, na forma de triênio, de acordo com o artigo 126, da Lei nº 94/79, bem como o pagamento das diferenças, retroagindo a 23/07/1993, data do ingresso no Regime Jurídico Único, de acordo com a Lei Municipal nº 2.008/1993, devidamente corrigidas.

O Juízo da 7ª Vara de Fazenda Pública, julgou improcedente o pedido, ao argumento de que o autor não faz jus aos benefícios pleiteados, tendo em vista que corretamente aplicada a legislação, devendo incidir triênios somente a partir do advento do Decreto regulamentar, na forma do seu art. 7º, que instituiu a data de 01 de julho de 2012 como o marco inicial de geração de efeitos da legislação atinente (Lei nº 2008).

Não se houve com o costumeiro acerto o e. decidente singular.

A Lei nº 2.008, de 21 de julho de 2013, foi objeto de Representação de Inconstitucionalidade que foi parcialmente acolhida tendo sido declarada, tão somente, a inconstitucionalidade de seu art. 3º, que conferia prazo para a Administração expedir os atos de investidura e “demais procedimentos decorrentes desta lei”.

Para regulamentar a aplicação da Lei nº 2.008/93 foi editado o Decreto Municipal nº 35.804/12, que em seu artigo 7º estabeleceu efeitos financeiros a contar de 1º de julho de 2012.

Com efeito, não pode um ato de hierarquia inferior, um decreto, alterar as disposições contidas em lei, até mesmo porque a finalidade daquele é regulamentar a lei para permitir sua

execução, não podendo contrariar seus dispositivos.

A Lei nº 2.008, em seu artigo 5º, estabelece a sua aplicação imediata, inexistindo motivos para restringir a percepção dos triênios que lhes correspondem.

Neste sentido, foi julgado o Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 0011472-05.2014.8.19.0001, propondo a edição de verbete sumular nos seguintes termos: “Os servidores subsumidos à Lei nº 2.008, de 21 de julho de 1993, do Município do Rio de Janeiro, têm direito ao pagamento de triênios retroativamente à sua vigência, respeitado o prazo prescricional de cinco anos e ressalvadas prestações posteriores a tal título”. Confira-se

0011472-05.2014.8.19.0001 - INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - DES. FERNANDO FOCH LEMOS - Julgamento: 27/06/2016 - ÓRGÃO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LEI Nº 2.008/93 DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. DECRETO REGULAMENTAR Nº 35.804/12. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. TRIÊNIOS. EFEITOS FINANCEIROS DESDE A VIGÊNCIA DA LEI. RESSALVA DE PAGAMENTOS A TAL TÍTULO E DE PRAZO PRESCRICIONAL. Incidente de uniformização de jurisprudência instaurado pela egrégia Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, diante de dissenso jurisprudencial acerca do condicionamento, ou não, dos efeitos da Lei nº 2.008/93, do Município do Rio de Janeiro a decreto regulamentar, mais precisamente o de n.º 35.804/12. 1. Como a Lei nº 2.008/93 dispôs que de imediato passou a ser estatutário o regime jurídico único dos servidores da administração direta, das autarquias e fundações do Município, bem como da Câmara Municipal e do Tribunal de Contas, pela via de

transformar em cargos os empregos públicos, e de estatuir que o tempo de serviço no emprego transformado seria integralmente computado no novo regime estatutário, para todos os efeitos, nada havia a integrar, de sorte que a eficácia do referido ato legislativo independeu de regulamento, cujo decreto, aliás, como todos os da mesma natureza, não pode dispor mais do que o texto legal pretendido regulamentar. 2. Assim considerado, são devidos triênios desde a vigência da lei, ressalvados pagamentos eventualmente prestados a tal título e respeitada a prescrição quinquenal. 3. Chega-se, assim, a verbete sumular com o seguinte teor: “Os servidores subsumidos à Lei nº 2.008, de 21 de julho de 1993, do Município do Rio de Janeiro, têm direito ao pagamento de triênios retroativamente à sua vigência, respeitado o prazo prescricional de cinco anos e ressalvadas prestações posteriores a tal título. 4. Incidente que se acolhe.

Dessa forma, faz jus o autor à percepção de seus triênios, retroagindo a 23/07/1993, data do ingresso no Regime Jurídico Único, de acordo com a Lei Municipal nº 2.008/1993, bem como das diferenças, devidamente corrigidas, observada a prescrição quinquenal, compensando-se os valores já recebidos a este título.

Este vem sendo o entendimento esposado por esta Corte de Justiça:

0050721-60.2014.8.19.0001 - Apelação - DES. MILTON FERNANDES DE SOUZA - Julgamento: 26/07/2016 - Quinta Câmara Cível. APELAÇÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. 1- Inexistência de prescrição de fundo de direito. A questão envolve relação jurídica de trato sucessivo, atingindo apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da demanda. 2- Ingresso no serviço público sob o regime celetista com mudança posterior para

o estatutário. 3- Visando amoldar-se à nova ordem constitucional, em atenção ao disposto no art. 39 do CF/88, foi editada a Lei Municipal nº 2008/1993, que conferiu estabilidade ao emprego público que detinha o autor. 4- Ilegalidade do Decreto Municipal nº 35.804/2012 que regulamentou a referida lei, estabelecendo que os efeitos financeiros entrariam em vigor a partir de sua publicação. 5- O decreto constituiu ato normativo meramente regulamentador e, não tendo a lei disposto a partir de quando produziria determinados efeitos, não poderia o decreto, hierarquicamente inferior, o determinar. 6- Município que reconheceu a aplicação imediata da lei quanto ao tempo de serviço prestado, inexistindo motivos para restringir a percepção dos triênios que lhes correspondem. 7- A questão foi objeto do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, nº 0011472-05.2014.8.19.0001, tendo sido proposto o seguinte enunciado: “Os servidores subsumidos à Lei nº 2.008, de 21 de julho de 1993, do Município do Rio de Janeiro, têm direito ao pagamento de triênios retroativamente à sua vigência, respeitado o prazo prescricional de cinco anos e ressalvadas prestações posteriores a tal título. 8- Contudo, que a concessão do triênio não pode dar azo a que servidor receba benefícios tanto do emprego público, regido pela CLT, quanto pelo regime jurídico único, sob pena de enriquecimento ilícito, ao auferir vantagens de ambos os regimentos. Assim, impõe-se que sejam descontadas eventuais vantagens remanescentes oriundas do regime celetista.

0058296-22.2014.8.19.0001 - Apelação - DES. FERNANDO FERNANDES FERNANDES - Julgamento: 20/07/2016 - Décima Terceira Câmara Cível - APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. AGENTE COMUNITÁRIO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. SERVIDORA ADMITIDA EM 23/07/1993. PRETEN-

SÃO DE RECEBIMENTO DE DIFERENÇA DE TRIÊNIO DECORRENTES DA TRANSFORMAÇÃO DO EMPREGO EM CARGO PÚBLICO. LEI MUNICIPAL 2008/1993, REGULAMENTADA PELO DECRETO MUNICIPAL Nº 35.804/2012. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. DIREITO AO PAGAMENTO DE TRIÊNIO RETROATIVAMENTE À SUA VIGÊNCIA, RESPEITADO O PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS. DANO EXTRAPATRI-MONIAL INOCORRENTE. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

0421830-95.2013.8.19.0001 - DES. CLEBER GHELLENSTEIN - Julgamento: 03/08/2016 – Décima Quarta Câmara Cível - ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DE TRIÊNIO DECORRENTES DA TRANSFORMAÇÃO DE EMPREGO EM CARGO PÚBLICO. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. LEI MUNICIPAL Nº 2.008/93 REGULAMENTADA ATRAVÉS DO DECRETO Nº 35.804/2012. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA CONDENANDO O RÉU AO PAGAMENTO DO VALOR DOS TRIÊNIO DEVIDOS DESDE O INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 2008/1993, OBSERVADA A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. APELO DE AMBAS AS PARTES. MANUTENÇÃO DO JULGADO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA, FIRMANDO O POSICIONAMENTO PELO ÓRGÃO ESPECIAL: “OS SERVIDORES SUBSUMIDOS À LEI Nº 2.008, DE 21 DE JULHO DE 1993, DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, TÊM DIREITO AO PAGAMENTO DE TRIÊNIO RETROATIVAMENTE À SUA VIGÊNCIA, RESPEITADO O PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS E RESSALVADAS PRESTAÇÕES POSTERIORES A TAL TÍTULO.” VINCULAÇÃO AO JULGADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

DESPROVIMENTO DOS RECURSOS.

O percentual de juros aplicável *in casu*, obedece ao art. 1º - F, da Lei nº 9.494/97, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.960/2009, observado o julgamento proferido a 25/03/2015 entendendo o STF válido o índice básico da caderneta de poupança (TR) para correção dos precatórios, até 25/03/2015, quando será substituído o índice pelo IPCA-E.

Com efeito, o art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97 regulava a aplicação dos juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública, determinando a adoção do percentual de 6% a.a.

A Lei nº 11.960/09, deu nova redação ao art. 1º, da Lei nº 9494/97 nos seguintes termos:

“Art. 1º-F – Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração de capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.”

No julgamento da ADIs 4357 e 4425 o STF pronunciou a impossibilidade de utilização dos índices da caderneta de poupança como critério de correção monetária, declarando a inconstitucionalidade do Art. 100, § 12, da CF/88.

Diante dessa decisão também foi declarado parcialmente inconstitucional, por arrastamento, o Art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97.

Ficou assentado no referido julgamento que a correção monetária deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período (IPCA), com aplicação dos índices de remuneração básica da caderneta de poupança apenas quanto aos juros de mora. Posicionamento encampado pelo colendo STJ, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI Nº 11.960/2009, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. EFEITO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

2. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, incluído pela MP 2.180-35, de 24/08/2001, com a redação alterada pelo art. 5º da Lei nº 11.960, de 29/06/2009, tem natureza processual, devendo incidir imediatamente nos processos em tramitação, vedada, entretanto, a retroatividade ao período anterior à sua vigência.

3. A Primeira Seção do STJ, alinhando-se ao entendimento do STF, no julgamento do REsp nº 1.270.439/PR, sob o rito dos recursos especiais repetitivos (art. 543-C do CPC), estabeleceu que, a partir da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, a) “a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança”; b) “os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para a

qual prevalecerão as regras específicas” (REsp 1.270.439/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Primeira Seção, DJe de 02/08/2013).

Assim, ficou definido o IPCA como índice de correção monetária dos precatórios, índice que deve ser aplicado somente a partir de 26/03/2015, quando houve a modulação dos efeitos da ADIn 4357.

No que toca à correção monetária deve ser aplicada a TR até 25/03/2015, a partir de quando deverá ser observado o IPCA como índice de atualização conforme decisão proferida pelo colendo STF na ADIs 4357 e 4425.

Por isso, a Turma Julgadora, sem discrepância, provê parcialmente o recurso, julgando procedente o pedido, condenando o réu a pagar ao autor as parcelas de triênios, retroagindo à 23/07/1993, data do ingresso no Regime Jurídico Único, de acordo com a Lei Municipal nº 2.008/1993, bem como das diferenças, devidamente corrigidas, observada a prescrição quinquenal, compensando-se os valores já recebidos a este título.

Rio de Janeiro, 22 de março de 2017.

DES^a. MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA
Relatora

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

*Jurisprudência Criminal***CRIMES DE ROUBO, FURTO E RESISTÊNCIA. PROVA ORAL. CRIMES AUTÔNOMOS. BENS JURÍDICOS DIVERSOS. DOSIMETRIA DAS PENAS. REGRA DO CÚMULO MATERIAL.**

Apelações. Artigos 155, §4º, IV e 157, §2º, II, n/f do artigo 14, II; e artigo 329, *caput*; c/c artigo 69, todos do Código Penal. Conjunto probatório seguro de que o réu com os menores participou do furto do cordão por arrebatamento, eis que todos estavam vinculados subjetivamente na prática da mesma infração penal, e, em seguida, participaram juntos da tentativa de subtraírem a bolsa e o celular da outra vítima. A prova oral não deixa dúvidas do crime de resistência – firme relato do agente da lei e da vítima, que o acusado se opôs de forma violenta à ordem de prisão. Impossibilidade de absorção do delito de resistência pelo delito de roubo, porque os bens jurídicos lesionados são distintos - Administração Pública e Patrimônio. E mais, as condutas foram praticadas em momentos igualmente distintos e por razões diversas, embora sequenciais no tempo. A prova é forte para a reforma da sentença para condenar o acusado nas penas dos artigos 155, §4º, VI, e artigo 329, ambos do Código Penal em concurso material com o delito do artigo 157, § 2º, II, c/c artigo 14, II, do Código Penal já reconhecido na sentença, com reflexo na dosimetria das penas e no regime; e de ofício adequar-se a pena de dias-multas fixada na sentença ao critério trifásico com patamar inicial do artigo 49, do Código Penal. Recurso do Ministério Público provido. Recurso da Defesa desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal nº 0024921-93.2015.8.19.0001, em que são Apelantes Mi-

nistério Público e Bruno de Oliveira da Silva e Apelados os mesmos.

Acordam, por unanimidade, os Desembargadores que compõem a Egrégia Primeira Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nega-se provimento ao recurso da defesa e dá-se provimento ao recurso do Ministério Público, para condenar o acusado nas penas dos artigos 155, §4º, VI, e artigo 329, ambos do Código Penal em concurso material com o delito do artigo 157, §2º, II, c/c artigo 14, II, do Código Penal já reconhecido na sentença, com reflexo na dosimetria das penas e no regime; e de ofício adequar a pena de dias-multas fixada na sentença ao critério trifásico com patamar inicial do artigo 49, do Código Penal, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de denúncia feita pelo Ministério Público em face de Bruno de Oliveira da Silva pelos delitos dos artigos 155, §4º, IV e 157, §2º, II, n/f do artigo 14, II; e artigo 329, *caput*; c/c artigo 69, todos do Código Penal. (Denúncia aditada à pasta 177)

A sentença julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal e condenou o acusado a pena de 3 (três) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e pagamento de 36 (trinta e seis) dias-multas, pelo delito do 157, §2º, II, n/f do artigo 14, II, ambos do Código Penal; e na forma do artigo 386, V e III, do Código de Processo penal, o absolveu dos delitos do artigo 155, §4º, IV e artigo 329, do Código Penal. (pasta 299)

O Ministério Público se insurge contra a absolvição do acusado dos crimes de furto qualificado e de resistência – artigos 155, §4º, IV, e 329, do Código Penal. Requer a condenação nos termos da denúncia. (pasta 312)

A defesa, nas razões do seu apelo, busca

a absolvição com base no princípio do *in dubio pro reo*, alegando fragilidade do conjunto probatório. (pasta 390)

As contrarrazões aos recursos adversos às pastas 395 e 406.

A Procuradoria de Justiça opina pelo desprovimento dos recursos, ministerial e defensivo. (pasta 422)

Passa-se a decidir.

Voto

Narra a denúncia que:

“No dia 26 de janeiro de 2015, por volta das 14h, na Rua Presidente Castelo Branco, mais precisamente na rampa da UERJ, nesta cidade, o denunciado, de forma livre e consciente, em comunhão de ações e desígnios com mais três elementos não identifica os, subtraiu, um cordão e um pingente de Aline da Silva Araujo. Nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o denunciado, livre e conscientemente, em comunhão de ações e desígnios com mais três elementos não identificado, iniciou os atos de subtração de uma bolsa de mão de propriedade de Maycon Rodrigues de Sousa, mediante violência, sendo certo que o delito não se consumou por circunstâncias alheias à vontade de Bruno. Nas mesmas circunstâncias de lugar e logo após o fato acima, o denunciado resistiu à prisão efetuada por policial militar.

Na ocasião, a vítima Aline caminhava pelo local acima mencionado quando quatro indivíduos, dentre eles o denunciado, a cercaram, tendo o denunciado puxado o cordão que esta usava, enquanto os demais lhe davam cobertura, sendo que o mencionado bem foi destruído após o arrebatamento, o que consumou o delito.

Ao ver o que se passava, Maycon Rodrigues decidiu ajudar a vítima, segurando um

dos meliantes, momento em que o denunciado agarrou a bolsa que este trazia consigo tentou arrebatá-la. Como Maycon se recusou a soltar o bem, o denunciado agrediu-o com socos no rosto, e estes entraram em luta corporal.

Ato contínuo, o policial militar Anderson, que patrulhava o local, foi avisado do ocorrido e logrou êxito em deter apenas o denunciado, que resistiu à prisão mediante violência imputada contra o policial, só sendo detido após transeuntes auxiliarem Maycon e o Policial Militar em sua contenção.

Assim agindo, está o denunciado incurso nas penas do art. 155, §4º, inciso IV; art. 157, § 2º, inciso II, n/f do art. 14, inciso II; e art. 329, *caput*, todos n/f do art. 69, todos do Código Penal.”

A inicial acusatória veio acompanhada das peças informativas do Inquérito Policial, como o Auto de Prisão em Flagrante; Registro de Ocorrência; Autos de Apreensão e de Entrega dos bens subtraídos (pastas 12; 31 e 21-25). Peças estas que judicializadas mediante o contraditório e ampla defesa revestem-se de natureza de prova da materialidade dos delitos imputados ao acusado.

O acusado negou os fatos:

“Estava andando com dois rapazes e um deles realmente puxou o cordão da pessoa e saiu correndo; aí um rapaz foi e pegou ele e veio em minha direção para me dar um soco, realmente me atraquei com ele. Só eu briguei com esse rapaz. Realmente estava junto com o rapaz que puxou o cordão, mas estava caminhando normal. Quando o policial chegou mandou eu deitar no chão, eu não deitei, aí veio um outro rapaz e me deu um bandão e caí no chão. Não briguei com o policial, só com o outro rapaz.” (E-JUD)

A versão apresentada pelo acusado é desfeita pelas testemunhas de acusação:

A vítima Aline da Silva Araújo afirmou

“Por volta das 14h estava caminhando descendo a rampa do metrô que dá acesso a UERJ vi de longe esse grupo, que tinha aparência bem de drogado mesmo, e percebi que um menor, porque dentre os quatro tinha um que aparentava ser menor de idade, ele me fitou. Percebi que ia ser assaltada e desviei, mas ele veio em minha direção e puxou o cordão do meu pescoço. Quando ele puxou o cordão do meu pescoço eu botei a mão junto com ele e o Maycon, que vinha atrás de mim, segurou esse de menor. Quando ele segurou o menor, os três que estavam juntos também começaram a agredir o Maycon violentamente, machucaram o rosto dele, fizeram uma covardia. Fui para a UERJ procurar por ajuda. Quando retornei, um policial já estava se aproximando e ajudou o Maycon que conseguiu segurar o Bruno, os demais dispersaram. E mesmo assim ele ainda resistiu bastante, mesmo o policial estando armado, eu achei impressionante a coragem que eles têm. No dia, ele estava visivelmente drogado, tinha cocaína no nariz e reagiu de todas as formas à prisão. O cordão foi arrebentado em 3 partes. Na época, o Maycon percebeu a falta do celular dele, mas não quis informar na delegacia porque quando eles seguraram o Bruno vieram moradores da Mangueira querendo negociar com os policiais que soltassem ele, porque se não me engano ele está na condicional por homicídio; falaram inclusive que estavam com o celular do Maycon.” (E-JUD)

A testemunha Maycon confirmou o relato da vítima e acrescentou:

“Era por volta das duas horas da tarde, lembro porque nesse dia tinha prova na UERJ, e estava vindo do trabalho, descendo a rampa quando vi uma garota, que estava a uns três metros à frente, vieram quatro elementos sem camisa; ela mudou de direção e eles a acompanharam. Tinha um menor, nitidamente

menor, no máximo com uns 15 anos de idade. Esse menor avançou sobre a vítima puxando o cordão. No momento que ele passou por mim, pegou minha bolsa, dei-lhe um mata leão, consegui imobilizá-lo. Foi quando os três, provavelmente maiores, vieram em minha direção e começaram a me agredir com socos e ponta pés, foi quando me defendi, larguei o menor, não sei sobre a *res furtiva*. Fui para cima dos três maiores que estavam me agredindo, cai no chão; fui socado e chutado, mas também me defendi. Nesse momento o SGTO que faz o patrulhamento na rampa da UERJ surgiu. Dois e o menor se evadiram, e nós conseguimos capturar o Bruno de Oliveira. Eles subtraíram o cordão da menina e depois vieram em minha direção para subtraírem a minha bolsa, mas não deixei eles subtraírem minha bolsa porque estava voltando do curso militar e estava com toda documentação de uma sindicância de aluno, sou professor militar. Estava com toda essa documentação na minha bolsa, então eu lutei para não pegarem minha bolsa e pegar o menor que levou o cordão. A vítima recuperou o cordão, tenho certeza e fez um auto de entrega na 17ª Delegacia. O cordão da vítima foi danificado. O policial veio ajudar o depoente e entrou em luta corporal com os menores e Bruno que foram para cima do policial com o intuito de pegar a arma. Soltei o menor e fui ajudar o policial a segurar o Bruno porque senão o policial ficaria em maus lençóis. Conseguiram prender Bruno. Os outros três se evadiram, não conseguiram levar nada meu.” (E-JUD)

O policial militar Anderson Machado da Silva:

“Trabalho no carrinho elétrico no patrulhamento da UERJ e em torno. Na subida da rampa do metrô, no citado dia por volta das 14 horas, fui acionado por transeuntes que elementos tentavam roubar transeunte na passarela. Me deparei com 3 elementos discutindo com um cidadão, uma suposta vítima. Os três

vieram a mim. Estavam desarmados. Os três tentaram me coagir por estar sozinho. A minha sorte é que o cidadão que tentou não deixar que os meninos roubassem a vítima me ajudou a prendê-lo. Só consegui prender esse elemento. No caso eram três menores com ele, ele era o único maior. Quem pegou os pertences da vítima foram os menores. Ele participava da ação junto com eles. O rapaz que tentou ajudar a vítima foi agredido e acho que tentaram furtar um celular dele também. Eu entrei em luta corporal só com ele, os outros quando viram que eu ia prendê-lo tentaram voltar, se o rapaz não me ajudasse não teria nem como contê-los né, porque voltaram mesmo para resgatar ele. Os bens foram recuperados, acho que era um cordão e um pingente.” (E-JUD)

Todos afirmara com segurança que o acusado estava com o menor que arrancou o cordão da vítima, juntamente com mais dois elementos que se evadiram.

Fica claro que eram quatro elementos, um deles o acusado, agindo em comunhão de ações e desígnios, para cometerem o furto por arrebatamento do cordão da vítima Aline, que restou danificado, portanto consumado o delito, quando a vítima Maycon surgiu para tentar socorrê-la, e um dos menores tentou levar a sua bolsa e celular, reagiu e os todos os elementos começaram a agredi-lo, possibilitando a fuga do menor, sem no entanto conseguirem subtrair a bolsa da vítima.

Não se desconhece a controvérsia na doutrina e na jurisprudência a respeito da subtração mediante arrebatamento. Mas, principalmente, quando a violência é contra a coisa e não contra a pessoa, ausente o dolo de constranger a vítima mediante violência ou grave ameaça (elementares do crime de roubo), configurasse o crime de furto. A doutrina e jurisprudência em sua grande maioria é neste sentido, da subtração por arrebatamento, ação de violên-

cia contra a coisa, para parti-la, de surpresa e subtraí-la, caracteriza o crime de furto.¹

O réu com os menores participou do furto do cordão por arrebatamento, eis que todos estavam vinculados subjetivamente na prática da mesma infração penal, inclusive, em seguida, participaram juntos da tentativa de subtraírem a bolsa e o celular da vítima Maycon, mediante socos e ponta pés, mas não conseguiram consumar o roubo, porque o policial militar surgiu para enfrentar os meliantes e conseguiram apenas prender o réu, enquanto os menores se evadiram.

Há o concurso de agentes quando pelo menos duas pessoas concorrem para a prática de determinado crime acidentalmente coletivo, ou seja, um crime unissubjetivo. Para tanto, basta que os agentes tenham concorrido, intencionalmente, de forma material ou moral, para a realização do tipo legal, mediante ação ou omissão. A teoria do domínio do fato evidencia que são autores as diversas pessoas unidas pelo vínculo subjetivo de praticarem a mesma infração penal, não importa que necessariamente executem o verbo nuclear do tipo, mas a adesão ao plano criminoso e aos atos de execução.²

E na lição lapidar de WELZEL:

“a coautoria é autoria; sua particularidade consiste em que o domínio do fato unitário é comum a várias pessoas. Coautor é quem possuindo as qualidades pessoais de autor é portador da decisão comum a respeito do fato e em virtude disso toma parte na

1 Batista, Weber Martins, **O Furto e o Roubo no Direito e no Processo Penal, Doutrina e Jurisprudência**, ed. Lumen Juris, 3ª edição, atualizada, 2014, p. 104.

2 GRECO, Rogerio, **Código Penal Comentado**, editora *Impetus*, 10ª edição, 2016, p. 112.

execução do delito.”³

Assim, são autores dos fatos todos que participaram, o réu e os menores. E inegável o maior poder intimidador de quatro agentes daquele agente que age sozinho.

Não há dúvida que o acusado participou ativamente da execução dos crimes – de furto contra a vítima Aline, dando proteção ao menor e garantindo sua fuga; e da tentativa de roubo (tentativa de subtração da coisa com violência e grave ameaça contra a pessoa) contra a vítima Maycon.

Nos crimes patrimoniais o depoimento no caso, de duas vítimas, a quem nada aproveitaria incriminarem falsamente um inocente, tem relevante peso probatório na reconstituição dos fatos, não podem ser desprezados sem que argumentos contrários, sérios e graves se levantem, conforme pacificado pela doutrina e pela jurisprudência:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. 1. DEPOIMENTO EXCLUSIVO DA VÍTIMA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APROFUNDAMENTO NA PROVA. 2. REGIME INICIAL FECHADO. PENA BASE. MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS Nº 718 E 719 DO STF E SÚMULA Nº 440 DO STJ. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. 1. As declarações da vítima, apoiadas nos demais elementos dos autos, em se tratando de crimes cometidos sem a presença de outras pessoas, é prova válida para a condenação, mesmo ante a palavra divergente do réu. (*Habeas Corpus* nº 195467/SP *Habeas Corpus* 2011/0016141-2 – Superior Tribunal

de Justiça – Sexta Turma – Ministra MARIA THERESA DE ASSIS MOURA – Julgamento: 14/06/2011)

E sendo assim, deve o réu responder penalmente por todos os fatos inclusive o crime de furto por arrebatoamento contra a vítima Aline.

O crime de roubo contra vítima Maycon restou tentado, pois a violência empregada contra a vítima não foi suficiente para retirar a coisa da sua posse pois, resistiu e entrou em luta corporal com o réu e os menores, que fugiram sem levar a *res*.

Assim, o réu e os menores ao iniciarem a prática da violência e grave ameaça contra a vítima Maycon, com o fim de subtrair a coisa, iniciaram a execução do crime de roubo próprio, pois presentes as suas elementares, mas não consumaram o delito por motivos alheios às suas vontades.

O crime de resistência consuma-se com a simples oposição à ordem legal, valendo-se o agente de violência ou ameaça ao funcionário competente para executá-lo. Na hipótese a ordem de prisão era legal, pois em flagrante delito o réu e os demais elementos. Restou comprovado nos autos, pelo firme relato do agente da lei e da vítima Maycon, que o acusado se opôs de forma violenta à ordem de prisão, chegando o policial a precisar de ajuda da vítima para contê-lo.

Quanto à absorção do crime de resistência pelo delito de roubo, não se opera no caso considerado, porque houve interrupção ainda que diminuta nos atos praticados no tempo contra as diferentes vítimas. O réu e os demais elementos após praticarem os delitos patrimoniais, quando da chegada do policial militar, continuaram em luta, mediante violência se opuseram à ordem legal.

³ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, 12ª edição, p. 154.

Os bens jurídicos lesionados são distin-

tos - a Administração Pública e o patrimônio. E mais, foram praticados em momentos igualmente distintos e por razões diversas, embora sequenciais no tempo. Com efeito, afirma LUIZ REGIS PRADO:

“A tutela penal, *in casu*, visa assegurar o normal funcionamento da Administração Pública, garantindo o exercício da autoridade estatal, o prestígio da função pública e a segurança dos agentes públicos, bem como daqueles que lhe prestam auxílio, para a consecução dos atos de ofício.”⁴

Acrescenta o autor:

“O tipo subjetivo está representado pelo dolo, consubstanciado na consciência e vontade de praticar violência ou ameaça a funcionário ou a seu assistente, com conhecimento da qualidade do sujeito passivo e de que este se encontra no exercício de agir, que é se opor à execução de ato legal.”

Os objetos jurídicos protegidos e lesionados são distintos, como distintos o dolo do agente. A respeito, a jurisprudência deste Tribunal, desta Câmara:

APELAÇÃO - 0097650-88.2013.8.19.0001 - DES. M. SANDRA KAYAT DIREITO - Julgamento: 14/01/2014 - PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL. EMENTA: APELAÇÃO ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA E RESISTÊNCIA ART. 157, § 2º, I E ART. 329, N/F DO ART. 69, TODOS DO CP. PRISÃO EM FLAGRANTE - CONDENAÇÃO PENAS DE 06 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO E 16 (DEZESSEIS) DIAS-MULTA EM RELAÇÃO AO DELITO DE ROUBO E 2 (MESES) E 19 (DEZENOVE) DIAS DE DETENÇÃO EM RELAÇÃO AO DELITO DE RESISTÊNCIA. REGIME

INICIAL FECHADO. ESTA COLEND A CÂMARA CRIMINAL EM 14/01/2014, JULGANDO O RECURSO DA DEFESA ACOLHEU A PRELIMINAR ARGUIDA DE NULIDADE DA SENTENÇA POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO, REJEITANDO A SEGUNDA PRELIMINAR ARGUIDA. O MINISTÉRIO PÚBLICO INTERPÔS RECURSO ESPECIAL NO QUAL O EG. STJ DEU PROVIMENTO AFASTANDO A OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO, DETERMINANDO QUE ESTE TRIBUNAL PROSSIGA COM O JULGAMENTO DO APELO ACUSATÓRIO E DAS DEMAIS TESES DEFENSIVAS É O QUE ORA SE JULGA RECURSO DA DEFESA MÉRITO - (I) ABSOLVIÇÃO DO APELANTE EM RELAÇÃO AO DELITO DE RESISTÊNCIA PREVISTO NO ART. 329 DO CP, - NÃO CABIMENTO MATERIALIDADE E AUTORIA SOBEJAMENTE COMPROVADAS NOS AUTOS – PROVA ORAL ROBUSTA QUE CONFIRMA A VIOLÊNCIA E AMEAÇA SOFRIDAS PELO BOMBEIRO QUE AO TENTAR EFETUAR A PRISÃO DO RÉU QUASE FOI ESFAQUEADO (II) IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO RELATIVA AO EMPREGO DE ARMA - UTILIZAÇÃO DE UMA FACA PELO RÉU NA EMPREITADA CRIMINOSA QUE CONFIGURA A REFERIDA CAUSA DE AUMENTO (III) IMPROSPERÁVEL O PLEITO DE RECONHECIMENTO DO CRIME DE ROUBO EM SUA FORMA TENTADA - PERDA DO PATRIMÔNIO DA VÍTIMA - BENS QUE SAÍRAM DA ESFERA DE DISPONIBILIDADE DA OFENDIDA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME PATRIMONIAL NA SUA FORMA CONSUMADA (IV) IMPOSSIBILIDADE DE ABSORÇÃO DA RESISTÊNCIA, PELO ROUBO CRIMES AUTÔNOMOS BENS JURÍDICOS DIVERSOS. (...)”

delito de resistência, instantes após o crime de roubo, tem-se o concurso de crimes, devendo as penas serem consolidadas segundo a regra do cúmulo material previsto no artigo 69 do Código Penal. Nesse sentido jurisprudência:

“Havendo cisão temporal das ameaças uma dirigida à vítima do roubo e a outra ao funcionário públicos responsáveis pela prisão do réu, tem-se como caracterizado o concurso material entre os delitos de roubo e resistência.” (Superior Tribunal de Justiça, REsp. 674166/RS, Rel. Min. GILSON DIPP, 5ª T., Dj. 09/02/2005, p. 220)⁵

Assiste, portanto, razão ao reclame do Ministério Público.

E confirmada a condenação imposta na sentença pelo artigo 157, §2º, II, c/c artigo 14, II, do Código Penal, condenamos o acusado também nas penas dos delitos do artigo 155, §4º, IV, e artigo 329, ambos c/c artigo 69, todos do Código Penal.

O acusado é duplamente reincidente em crime contra o patrimônio, possuindo ainda uma condenação pelo crime do artigo 28, da Lei nº 11.343/06, e outras anotações aguardando o trânsito em julgado, conforme FAC de pasta 80.

Ressalvamos o nosso entendimento doutrinário de que na hipótese de haver mais de uma condenação configuradora de reincidência, a primeira condenação deve ser considerada na segunda fase como agravante propriamente dita. Enquanto as demais condenações devem ser consideradas como circunstância judicial desfavorável na primeira fase da pena.

Porém, neste caso deixamos de ado-

tar esse sistema na dosimetria das penas dos crimes de furto e de resistência, apenas para manter coerência com a dosimetria feita na sentença para o crime de roubo, que limitou o aumento da pena em 6 (seis) meses pela reincidência, na segunda fase.

De ofício, fazemos um pequeno ajuste aos dias-multas fixados na condenação do delito do artigo 157, §2º, III, n/f do art. 14, II, do Código Penal.

Não desconheço o critério de BIAS GONÇALVES adotado pelo juiz para fixar os dias-multas. Todavia, salvo melhor juízo, a pena de dias-multa deve obedecer ao critério trifásico adotado para o cálculo da pena privativa de liberdade. Se a pena privativa de liberdade, na primeira fase ficou no mínimo legal, também no mínimo legal deve ficar a pena de dias-multas, que é o previsto no artigo 49, do Código Penal.

Dessa feita, fixamos a pena base do delito do 157, §2º, II, c/cf do art. 14, II, do Código Penal em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multas.

Na segunda fase, mantenho o aumento de 6 meses pela reincidência e fixamos a pena intermediária em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias multas. Ausentes outras agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, presente apenas a causa de aumento do concurso de duas ou mais pessoas, na fração mínima de 1/3 adotada na sentença, fixamos a pena em 6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multas.

Presente a causa de diminuição genérica prevista no artigo 14, II, do Código Penal, pela mesma fração de 1/2 adotada na sentença, fixa a pena final em 3 (três) anos de reclusão

⁵ In Greco, Rogerio, **Código Penal Comentado**, editora Impetus, 10ª edição, 2016, p. 1113.

e pagamento de 7 (sete) dias-multas. Feitas a ressalva e a pequena correção, passo a dosar as penas do:

Delito do artigo 155, §4º, IV, do Código Penal:

Atentos as diretrizes dos artigos 59 e 68, do Código Penal, não verificamos nenhuma circunstância que justifique a fixação da pena acima do mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multas. Presente a agravante da reincidência, fixamos a pena intermediária em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multas.

Ausentes outras agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição, tornamos definitiva a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multas.

Delito do artigo 329, do Código Penal:

Atentos as diretrizes dos artigos 59 e 68, do Código Penal, não verificamos nenhuma circunstância que justifique a fixação da pena acima do mínimo legal de 2 (dois) meses de detenção.

Presente a agravante da reincidência, fixamos a pena intermediária em 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de detenção.

Ausentes outras agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição, tornamos definitiva a pena de 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de detenção.

Reconhecemos o concurso de crimes entre o roubo tentado contra a vítima Maycon, já reconhecido na sentença, com o furto consumado contra a vítima Aline e o de resistência.

Motivo pelo qual, na forma do artigo 69,

do Código Penal, consolidamos a pena pelos crimes em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 19 (dezenove) dias multas e 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de detenção.

O regime inicial da pena de reclusão será o fechado na forma do artigo 33, §2º, alínea b, do Código Penal, por se tratar de reincidente.

O regime inicial da pena de detenção será o semiaberto na forma do artigo 33, §2º, alínea c, do Código Penal, por se tratar de reincidente. Por tais razões, nega-se provimento ao recurso da defesa e dá-se provimento ao recurso do Ministério Público, para condenar o acusado nas penas dos artigos 155, §4º, VI, e artigo 329, ambos do Código Penal em concurso material com o delito do artigo 157, §2º, II, c/c artigo 14, II, do Código Penal já reconhecido na sentença, com reflexo na dosimetria das penas e no regime, e de ofício adequar a pena de dias-multas fixada na sentença ao critério trifásico com pátamar inicial do artigo 49, do Código Penal.

Rio de Janeiro, 25 de outubro de 2016.

DES^a. KATYA MARIA DE PAULA MENEZES
MONNERAT
Relatora

DESACATO. RESPEITO ÀS FUNÇÕES PÚBLICAS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE OU LIBERDADE DE EXPRESSÃO. DECISÃO REFORMADA. PROSEGUIMENTO DO FEITO.

Denúncia por infração ao art. 329 e 331 do Código Penal. Rejeição da denúncia com relação ao delito do art. 329 do CP. RSE interposto pelo Ministério Público buscando sua reforma. Possibilidade. Da análise da peça acusatória, verifica-se que esta contém

a descrição suficiente das condutas delituosas, assim como a qualificação do acusado, a classificação dos delitos, além do rol de testemunhas, permitindo o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Diante da narrativa constante da peça acusatória e de como a dinâmica delituosa se desenvolveu, entendo que a rejeição de plano da denúncia não se traduz na melhor técnica, devendo ser oportunizado o prosseguimento do feito com a devida instrução probatória e análise casuística. Provimento ao recurso para reformar a decisão que rejeitou liminarmente a denúncia, determinando o regular prosseguimento do feito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso em Sentido Estrito nº 0307583-04.2013.8.19.0001, em que é Recorrente: Ministério Público e Recorrido: Trevian Ferney Aragon.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores que compõem a Colenda Quarta Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em Sessão realizada no dia 14/03/2017, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Des. Relator.

Trata-se de ação penal em que se imputou na denúncia de f. 02 dos autos físicos (e-doc. 00002) a Trevian Ferney Aragon, a prática do crime tipificado no artigo 329 e 331 n/f do art. 69 todos do Código Penal, cujos fatos delituosos foram assim descritos:

“No dia 01 de agosto de 2013, por volta das 20h, na Avenida Atlântica, altura do nº 2936, no bairro de Copacabana, nesta cidade, consciente e voluntariamente, desacatou funcionário público no exercício regular de suas funções, bem como opôs-se, mediante violência, à execução de ato legal do mesmo. Os guardas municipais Carlos Alexandre dos

Santos Ramos e Aníbal Alves Luzio estavam em patrulhamento na orla de Copacabana quando avistaram o Sr. Trevian com mercadoria exposta no calçadão. Ao abordarem o ora denunciado, o mesmo não aceitou a repreensão, ofendendo os agentes públicos com os seguintes termos: “Filho da puta! Vai se fuder!”. Não obstante, ainda resistiu “fazendo bastante força” contra os GMs, que tiveram que se unir para contê-lo. Nesse momento, vários amigos do autor do fato se juntaram e tentaram agredir os agentes, que, diante da situação, acionaram uma equipe de policiais. Ato contínuo, o denunciado passou mal, foi levado para a UPA Copacabana e, em seguida, para a delegacia.”

O feito teve início no 4º JECRIM da Comarca da Capital e, declinada a competência, foi suscitado conflito, declarando-se competente o Juízo da 37ª Vara Criminal desta Comarca.

No que tange ao delito do art. 331 do Código Penal, o douto magistrado, Dr. MARCOS AUGUSTO RAMOS PEIXOTO, absolveu sumariamente o réu Trevian Ferney Aragon, nos termos do inc. III do art. 397 do Código de Processo Penal, por considerar que as alegações contidas na denúncia não constituem crime, uma vez que tal dispositivo não foi recepcionado pela ordem constitucional vigente (e-doc. 000130).

No que se refere ao delito do art. 329 do Código Penal o referido Magistrado rejeitou a denúncia, nos termos do art. 395, I e III do Código de Processo Penal (e-doc. 000127)

Contra a sentença, o Ministério Público apelou, apresentando as razões constantes do e-doc. 00142, objetivando a reforma da sentença a fim de que seja julgado procedente o pedido contido na denúncia.

O recurso foi contra-arrazoado, tendo a

defesa, por meio das peças anexadas ao e-doc. 00171, prestigiando a sentença, requerendo seja negado provimento ao recurso ministerial.

Contra a decisão, o Ministério Público interpôs Recurso em Sentido Estrito, apresentando as razões constantes do doc. 000149, objetivando a reforma da decisão com o recebimento da denúncia.

O recurso foi contra-arrazoado, tendo a defesa, por meio da peça anexada ao e-doc. 00176, prestigiado a decisão que rejeitou a denúncia, requerendo o desprovimento ao recurso ministerial.

A decisão foi mantida em Juízo de retratação (e-doc. 000201).

Encaminhados à Procuradoria de Justiça, sobreveio o parecer anexado no e-doc. 00231, por meio do qual o Dr. RICARDO RIBEIRO MARTINS opinou pelo recebimento de ambos os recursos como apelação e provimento dos pleitos Ministeriais, retornando-se os autos ao Juízo *a quo* para regular prosseguimento da instrução criminal.

VOTO

Análise da decisão que rejeitou a denúncia quanto ao delito do art. 329 do Código Penal.

Trata-se de recurso ministerial interposto contra a decisão que rejeitou a denúncia ofertada em face de Trevian Ferney Aragon, por infração ao art. 329 do Código Penal, com fundamento no art. 395, I e III do Código de Processo Penal.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

O Magistrado de piso entendeu que a denúncia não descreveu de maneira clara a qual

execução de ato ilegal teria se oposto o denunciado. Além disso, consignou não ter restado delimitado de forma clara qual teria sido o ato de violência ou ameaça em tese praticado pelo indiciado.

Em suas palavras:

“(...) Pois bem, *in casu*, nenhum destes fatores foi observado na peça inicial quanto ao tipo penal contido no artigo 329 do Código Penal, que prevê o seguinte crime: “Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio”.

Primeiramente não descreve a denúncia de maneira clara a qual execução de ato legal teria se oposto o denunciado. Se se tratava de uma “abordagem”, como diz a denúncia, não está claro o que pretendia tal abordagem “executar” como exige a dicção legal. Se se tratava de uma “repreensão” como também consta da inicial, concretizada esta não se pode a ela oferecer oposição, até porque executada a “repreensão” ela passa para o passado e o que exige a lei é uma oposição a algo que se está a executar, não que já foi executado.

Em segundo lugar – e aqui na verdade tangenciamos, além da flagrante inépcia da denúncia, a própria atipicidade da conduta, faltando assim justa causa para a imputação – não restou delimitado de forma clara qual teria sido o ato de violência ou ameaça em tese praticado pelo indiciado, já que se ele agiu “fazendo bastante força” (*sic*), sem maiores esclarecimentos a respeito, tal por si só não se enquadra ao tipo penal acima transcrito que, repita-se, exige violência ou ameaça – este magistrado costuma fazer bastante força para abrir uma garrafa de espumante, por exemplo, mas nem por isto age com violência contra a garrafa, ou quiçá a ameaça...(...)”

É cediço que a denúncia somente pode ser declarada inepta quando inequívoco que o

suposto vício impede a exata compreensão da acusação ou, ainda, diante da presença de uma das situações de que trata o artigo 395 do CPP, o que não é a hipótese dos autos.

Outrossim, somente pode ser rejeitada se presentes atipicidade ou causas de justificação manifestas, ou quando, de plano, for possível reconhecer a inexistência de indícios do crime e da autoria apontada.

A justa causa consubstancia-se na exigência legal de um mínimo de prova de autoria e materialidade do fato criminoso na peça acusatória que deflagra a ação penal

Conforme entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, ‘eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa do acusado, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP’ (RHC 18.502/SP, Rel. Min. GILSON DIPP).

Da análise da peça acusatória, verifica-se que esta contém a descrição suficiente das condutas delituosas, assim como a qualificação do acusado, a classificação dos delitos, além do rol de testemunhas, permitindo o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

No entender do Magistrado de piso, agir “fazendo bastante força”, não se enquadra no tipo penal em tela, pois não delimita de forma clara qual teria sido o ato de violência ou ameaça, faltando justa causa para a ação penal.

Todavia, diante da narrativa constante da peça acusatória e de como a dinâmica delituosa se desenvolveu, a meu sentir a rejeição de plano da denúncia não se traduz na melhor técnica, devendo ser oportunizado o prosseguimento do feito com a devida instrução probatória e análise casuística.

À conta de tais considerações, voto no sentido de dar provimento ao recurso para reformar a decisão que rejeitou liminarmente a denúncia, determinando o regular prosseguimento do feito.

Rio de Janeiro, 14 de março de 2017.

DES. JOÃO ZIRALDO MAIA
Relator

EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. FORMA QUALIFICADA. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE. ARGUMENTOS QUE SOMENTE PODERÃO SER AFERIDOS NO MÉRITO DA AÇÃO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. DENEGACÃO DA ORDEM.

Habeas Corpus. Imputação do crime de extorsão, mediante sequestro, na forma qualificada. Pleito de revogação da prisão preventiva, sob as alegações de: 1) Ocorrência de ilegalidades durante a prisão em flagrante da paciente; 2) inexistência dos requisitos autorizativos da cautela prisional preventiva; 3) excesso de prazo, tanto na instrução criminal, quanto na apreciação do pleito libertatório; e 4) ofensa ao princípio da homogeneidade. constrangimento ilegal não configurado. *Writ* conhecido com a denegação da ordem. A paciente foi presa em flagrante, na data de 20/09/2016, acusada, juntamente com outros dois corréus, da prática delitativa inserta no artigo 159, § 1º do Código Penal, tendo sido convertida a prisão flagrancial em preventiva, no mesmo dia, durante o plantão judiciário. Inicialmente, cabe dizer que, a impetrante, ao aduzir questões a respeito da suposta ofensa ao princípio da homogeneidade, entre a cautela prisional imposta à paciente e a possível

pena a ser aplicada, em caso de condenação da mesma, traz à liça argumentos que dizem respeito, exclusivamente, ao mérito da ação penal, não podendo tais serem apreciados no bojo da presente ação constitucional de *habeas corpus*, a qual possui restrita dilação probatória, sob pena de supressão de instância e inversão da ordem processual legal. Precedentes. No que tange à alegação de constrangimento ilegal, ao argumento de excesso de prazo, tanto na marcha processual, quanto na apreciação do pleito libertatório, formulado em 1º instância, diga-se, por oportuno, que se encontra assente o entendimento em nossos Tribunais Superiores e neste órgão fracionário que, os prazos processuais não constituem meras parcelas aritméticas, sendo cabível sua dilatação, dentro de um critério de razoabilidade, devendo ser observado o caso concreto. *In casu*, não há falar-se em excessiva dilatação de prazo, eis verifica-se que, a impetrante imputa esta à suscitação do incidente de conflito negativo entre Juizes de 1º grau de jurisdição, o qual, porém, já foi julgado, por este órgão colegiado, na data de 01/02/2017, declarando-se a competência do Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal Regional de Madureira para o processamento e julgamento da ação penal, retomando esta seu regular desenvolvimento.

Desta forma, não se vislumbrando períodos injustificados de inatividade jurisdicional, eis terem sido tomadas todas as providências necessárias e cabíveis, ante as particularidades do caso concreto, não se verifica quaisquer ofensas ao princípio da razoável duração do processo, inserto no artigo 5º, incisos LXXVIII, da CRFB/1988.

Outrossim, quanto ao argumento de inexistência dos requisitos autorizativos da prisão preventiva, verifica-se que o Juiz monocrático, em conformidade com a previsão do artigo 93, inciso IX da CRFB/1988, fundamentou, ainda que sucintamente, os

motivos concretos e singulares pelos quais entendeu necessária a decretação da custódia prisional da paciente, em total consonância com a doutrina e jurisprudência pátrias, destacando a presença, *in casu*, do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, ressaltando, ainda, a imprescindibilidade da referida cautela para a garantia da ordem pública e asseguramento de possível aplicação da lei penal, em razão do peculiar e grave *modus operandi* no caso em concreto.

Aplicação do princípio da confiança proximidade do Juiz da causa. Precedentes.

Neste contexto, cabe ser esclarecido que, a decretação, devidamente fundamentada, da prisão preventiva (situação que, como visto, ocorreu na presente hipótese) supre quaisquer das alegadas irregularidades que teriam ocorrido no momento da prisão em flagrante da paciente, inclusive quanto à suposta inexistência de estado flagrantial, uma vez que surge novo título prisional, fulcrado em novos e distintos fundamentos da cautela provisória flagrantial. Precedentes do STJ.

Ademais, frise-se que, a paciente é acusada da prática, em tese, de crime hediondo, o qual apresenta pena de reclusão cominada, em abstrato, superior a 04 anos, estando presentes, ainda, os requisitos genéricos das medidas cautelares, previstos nos incisos. I e II do artigo 282 do CPP (sendo um deles evitar a prática de infrações penais), aliados à gravidade, em concreto, do crime e as circunstâncias dos fatos, somados a alguns dos pressupostos específicos insertos no artigo 312 do mesmo diploma legal, o que autoriza a decretação e manutenção da custódia cautelar, conforme preceituam os já citados dispositivos legais, além do art. 313, I também do CPP.

Esclareça-se, por importante, que conforme a orientação dos Tribunais Superiores, a alegação isolada da presença das condições pessoais favoráveis à paciente (as quais, no caso dos autos, sequer restaram

plenamente comprovadas), não representam a garantia necessária e suficiente para a supressão da cautela restritiva, devendo a mesma ser analisada junto ao contexto fático carreado à ação constitucional, o qual, *in casu*, não se mostra recomendado, configurando-se insuficientes e ineficazes à espécie a imposição das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do CPP.

Destarte, reputam-se presentes, na hipótese dos autos, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, sendo certo que, a manutenção da custódia preventiva faz-se necessária no caso concreto, eis que observados os termos da legislação vigente, evidenciando-se a imprescindibilidade da medida restritiva, inexistindo, assim, qualquer ilegalidade no *decisum* vergastado, a ensejar ofensa ao princípio constitucional da presunção da não culpabilidade, não se confundindo a referida cautela prisional com antecipação de pena, consoante pacífico entendimento de nossos Tribunais Superiores.

Desta forma, não se vislumbrando o alegado constrangimento ilegal, ao qual estaria submetida a paciente, sob nenhum dos argumentos aduzidos pela impetrante, vota-se pelo conhecimento do *writ*, com a denegação da ordem.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0066548-46.2016.8.19.0000, em que é Impetrante Ana Carolina Acosta de Almeida – OAB/RJ nº 169.464, Paciente Alda Rejane de Araújo Moraes e Autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Gonçalo,

Acordam os Desembargadores da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer do pedido e denegar a ordem, nos termos do voto da Des. Relatora.

Trata-se de ação constitucional de *habe-*

as corpus, que tem como objeto a concessão da ordem, visando a soltura da paciente, Alda Rejane de Araujo Moraes, uma vez que a mesma se encontra presa preventivamente, sendo apontada como autoridade coatora o Juiz de Direito da 33ª Vara Criminal da Comarca da Capital.

A paciente foi presa em flagrante, na data de 20/09/2016, acusada, juntamente com outros dois corréus, da prática delitiva inserta no artigo 159, § 1º do Código Penal, tendo sido convertida a prisão flagrancial em preventiva, no mesmo dia, durante o plantão judiciário.

Aduz a impetrante, em síntese, que a paciente estaria submetida a constrangimento ilegal, argumentando: 1) que teriam ocorrido ilegalidades durante a prisão em flagrante da mesma, inexistindo, ademais, o estado flagra - cial; 2) a ausência dos requisitos autorizativos da prisão preventiva; 3) a ofensa aos princípios da não culpabilidade e da homogeneidade; 4) o excesso de prazo, tanto na cautela prisional, quanto na apreciação do pleito libertatório, formulado ao Juiz de piso; e 5) que a paciente apresenta condições pessoais para responder em liberdade a ação penal.

Assim, pleiteia-se a concessão da ordem de *habeas corpus*, com vias à expedição do respectivo alvará de soltura em favor da paciente nomeada. O pedido de liminar foi indeferido pelo Des. ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO, durante o plantão judiciário do dia 26/12/2016 (f. 39/41).

A autoridade apontada como coatora prestou as informações de praxe (f. 50), noticiando os andamentos da ação penal.

A Procuradoria de Justiça, em parecer (documento eletrônico nº 00068) opinou pela denegação da ordem, com a manutenção da custódia preventiva do paciente.

VOTO

Pela presente ação constitucional, requer a impetrante a concessão da ordem de *Habeas Corpus* em favor da paciente, Alda Rejane de Araújo Moraes, alegando haver constrangimento ilegal, em razão da manutenção da mesma em prisão cautelar, apontando-se como autoridade coatora o Juiz de Direito da 33ª Vara Criminal da Comarca da Capital.

Inicialmente, cabe dizer que, a impetrante, ao aduzir questões atinentes à suposta ofensa ao princípio da homogeneidade, entre a cautela prisional, imposta à paciente, e a possível pena a ser aplicada, em caso de condenação da mesma, colaciona a estes autos argumentos que somente poderão ser aferidos no mérito da ação penal, os quais não podem ser apreciados no bojo do presente remédio heroico, de *sumaria cognitio*, o qual possui restrita dilação probatória, sob pena de supressão de instância com a consequente inversão da ordem processual legal.

Nesta compreensão, a jurisprudência sedimentada do STF e do STJ, *ad colorandum*:

“O *Habeas Corpus* constitui remédio processual inadequado: a) para a análise de provas; b) para o reexame de material probatório produzido; c) para a reapreciação de matéria de fato e também; d) para a reavaliação dos elementos instrutórios coligidos no processo de conhecimento. Precedentes”

STF – HC 73421/SP – 1ª Turma – Rel. Min. CELSO DE MELLO – DJU de 15/05/1998.

“(…) 5. Inviável afirmar que a medida extrema é desproporcional em relação a eventual condenação que o réu sofrerá ao final do processo que a prisão visa acautelar, pois não há como, em sede de *habeas corpus*, concluir que será beneficiado com a fixação de regime menos gravoso ou com a substituição da reprimenda por restritivas de direito, diante de seu histórico criminal. (...)”

STJ. Quinta Turma. HC 281472/MG. Relator Min. JORGE MUSSI. Julgamento em 05/06/2014.

“(…) 6. As questões próprias ao mérito da causa - tais como a participação do réu no crime e os eventuais institutos aplicados na dosimetria da pena - refogem à angusta via do *Habeas Corpus*, por demandarem dilação probatória. Devem, isto sim, ser solucionadas no decorrer da instrução criminal sob crivo do contraditório e da ampla defesa. (...)”

STJ. Quinta Turma. HC 221694 / RS. Relatora Min. LAURITA VAZ. Julgamento em 16/05/2013.

“(…) 4. Para se negar a existência dos elementos essenciais do tipo penal imputado seria necessária análise aprofundada de matéria fático-probatória - sequer ainda produzida -, o que é vedado na via estreita do remédio constitucional. 5. Ordem denegada.

STJ. Quinta Turma. Relator Min. JORGE MUSSI. Julgamento em 11/10/2011.

E ainda: STF: RHC 66.460-1/MG, Relator Min. OSCAR CORRÊA – 1ª TURMA – J. 28.06.1988 – UN.; STJ: RHC 7.736/SP, RELATOR MIN. EDSON VIDIGAL – 5ª TURMA, J. 20.08.1998 - UN.; HC 10.338/GO, RELATOR MIN. EDSON VIDIGAL – 5ª TURMA, J. 28.09.1999 – UN.; ROHC 7.874/RJ, RELATOR MIN. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA – 5ª TURMA, J. 27.04.1999 – M.V.; HC 8.081/RS, RELATOR MIN. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA – 5ª TURMA – J. 4.5.1999 – UN.; RHC 5.407/PR, RELATOR MIN. EDSON VIDIGAL – 5ª TURMA – J. 14.10.1996 – UN.; HC 40.734-0/SP, RELATOR MIN. GILSON DIPP – 5ª TURMA – J. 02.06/2005 – UN.; HC 10.123/MG, RELATOR MIN. VICENTE LEAL – 6ª TURMA – J. 14.09/1999 – UN.; RHC 6.664/RS, RELATOR MIN. CID

FLAQUER SCARTEZZINI – 5ª TURMA – J. 05.02.1998 – UN.; HC 7.677/SP, RELATOR MIN. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA – 5ª TURMA – J. 06.05.1999 – UN.; HC 8.557/RJ, RELATOR MIN. VICENTE LEAL – 6ª TURMA – J. 15.04.1999 – UN.; RHC 6.784/SP, RELATOR MIN. FERNANDO GONÇALVES – 6ª TURMA – J. 24.11.1997 – UN.; HC 44.782/SP, RELATOR MIN. GILSON DIPP – 5ª TURMA – J. 13.12.2005 – UN.; HC 32.201-0/MG, RELATOR MIN. HAMILTON CARVALHIDO – 6ª TURMA – J. 10.08.2004 – UN.; RHC 7.684/SP, RELATOR MIN. GILSON DIPP – 5ª TURMA – J. 15.09.1998 – UN.; RHC 6.161/RS, RELATOR MIN. FERNANDO GONÇALVES – 6ª Turma – J. 14.04.1997 – Un.; RHC 7.144/PR, RELATOR MIN. CID FLAQUER SCARTEZZINI – 5ª TURMA – J. 17.03.1998 – UN.; RHC 8.802/MG, RELATOR MIN. FERNANDO GONÇALVES – 6ª TURMA – J. 14.12.1999 – UN.; ROHC 8.934/DF, RELATOR MIN. VICENTE LEAL – 6ª TURMA – J. 19.10.1999 – UN.; RHC 7.810/AM, RELATOR MIN. GILSON DIPP – 5ª TURMA – J. 15.09.1998 – UN.; RHC 7.972/SP, RELATOR MIN. FELIX FISCHER – 5ª TURMA – J. 27.04.1999 – Un.).

No que tange à alegação de constrangimento ilegal, ao argumento de excesso de prazo, tanto na marcha processual, quanto na apreciação do pleito liberatório, diga-se, por oportuno, que se encontra assente o entendimento em nossos Tribunais Superiores e neste órgão fracionário que, os prazos processuais não constituem meras parcelas aritméticas, sendo cabível sua dilação, dentro de um critério de razoabilidade, devendo ser observado o caso concreto.

A este respeito, o entendimento da 5ª Turma do E, STJ, no julgamento do HC 198384/AL, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, *in verbis*: “A concessão de *Habeas Corpus* em razão da configuração de excesso

de prazo é medida de todo excepcional, somente admitida nos casos em que a dilação (I) seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela acusação; (II) resulte da inércia do próprio aparato judicial, em obediência ao princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal; ou (III) implique em ofensa ao princípio da razoabilidade.”

No mesmo sentido, tem-se, também, o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, *ad colorandum*:

“O excesso de prazo alegado não resulta de simples operação aritmética, porquanto deve considerar a complexidade do processo, o retardamento injustificado, os atos procrastinatórios da defesa e número de réus envolvidos; fatores que, analisados em conjunto ou separadamente, indicam ser, ou não, razoável o prazo para o encerramento da instrução criminal.”

(STF, 1ª Turma, HC 98620/RJ, Rel. acórdão Min. LUIZ FUX, julg. 12/04/2011).

E ainda:

“*HABEAS CORPUS*. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS POR EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES (157, §2º, INCISOS I E II, DUAS VEZES, N/F ART. 69, TODOS DO CP). ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM FACE DA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA, PELA NÃO OCORRÊNCIA DE FATO NOVO QUE JUSTIFIQUE A NECESSIDADE DE SEGREGAÇÃO CAUTELAR. O paciente foi preso em flagrante no dia 10/09/2014, sendo o juízo conversor expedido no dia 16/09/2014. A denúncia foi ofertada no dia 12/10/2014, e recepcionada no dia 16/10/2014. A defesa prévia foi apresentada em 12/01/2015. Em 04/03/2015, foi designada a AIJ realizada em 01/06/2015, com oitiva de cinco testemunhas e o interrogatório do ora paciente, além do requerimento formulado

pelo MP pela vinda do laudo de avaliação indireta dos bens subtraídos, o que foi deferido pelo magistrado, antes da oferta de alegações finais. Em 23/06/2015, atendendo ao regime de mutirão carcerário, foi realizada nova análise quanto à efetiva necessidade da custódia cautelar, a qual constatou a persistência dos motivos que ensejaram a sua decretação, sendo mantida a prisão preventiva. De acordo com consulta realizada ao sistema informatizado deste TJRJ, foi expedido mandado em 17/09/2015, para busca e apreensão do laudo requisitado pelo magistrado de piso. O juízo apontado como coator não se encontra inerte, pois que está a promover as diligências necessárias ao bom andamento processual. É consabido que os prazos na condução da instrução criminal não devem ser contados de forma meramente aritmética, mas, sobretudo, com a invocação do Princípio da Razoabilidade, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto. A concessão de *Habeas Corpus* em razão da configuração de excesso de prazo é medida de todo excepcional, somente admitida nos casos em que a dilação resulte da inércia do próprio aparato judicial, em obediência ao princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, o qual estabelece que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” Constrangimento ilegal incoerente. Ordem conhecida e denegada.”

(TJRJ. Oitava Câmara Criminal. HC nº 0048538-72.2015.8.19.0000. Relator Des. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA. Julgamento em 23/09/2015).

In casu, não há falar-se em excessiva dilação de prazo, eis verifica -se que, a impetrante imputa esta à suscitação do incidente de conflito negativo entre Juizes de 1º grau de jurisdição, o qual, porém, já foi julgado, por este órgão colegiado, na data de 01/02/2017, declarando-se a competência do Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal Regional de Madureira para o processamento

e julgamento da ação penal, retomando esta seu regular desenvolvimento.

Desta forma, não se vislumbrando períodos injustificados de inatividade jurisdicional, eis terem sido tomadas todas as providências necessárias e cabíveis, ante as particularidades do caso concreto, não se verifica quaisquer ofensas ao princípio da razoável duração do processo, inserto no artigo 5º, incisos LXXVIII, da CRFB/1988.

Outrossim, quanto ao argumento de inexistência dos requisitos autorizativos da prisão preventiva, comporta trazer-se à liça, primeiramente, a doutrina pátria acerca das medidas cautelares contempladas no Título IX do Livro I do CPP, disciplinadas nos Capítulos II a VI (arts. 301 a 350).

No escólio de DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, as medidas cautelares pessoais ou subjetivas previstas no Título IX do Livro I do C.P.P., disciplinadas nos Capítulos II a VI (arts. 301 a 350), dentre as quais se encontram a prisão provisória (em flagrante, preventiva, temporária), a prisão domiciliar e as medidas cautelares diversas das prisão, “... têm sua subsistência vinculada ao regular processamento da causa e à eficácia da condenação ..” (*in*, Código de **Processo Penal Anotado**. São Paulo: Editora Saraiva, 25. ed., 2012, p. 282)

Prossegue o mesmo autor, expondo que “As medidas cautelares se submetem aos requisitos gerais: *fumus boni iuris* e *periculum in mora* ..., convertem-se tais exigências em *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*”, e que “Esse requisito encontra-se expresso no art. 282, I do CPP”, acrescentando que “O art. 282, *caput*, II, estabelece parâmetros para a eleição da cautelar a ser imposta ... de balizas que definem sua pertinência e suficiência ao caso concreto ...

Ajunta o doutrinador, que “Os requisitos

dispostos no art. 282 ... têm caráter genérico e devem ser observados para todas as medidas cautelares pessoais ou subjetivas ...”, e que, “Tais medidas submetem-se, ainda, a requisitos específicos, em particular, demanda. Assim, os da prisão preventiva encontra-se nos arts. 282, § 4º, 312 e 313 ...; em matéria de prisão (preventiva) domiciliar, estão nos incisos do art. 318; quanto às demais medidas cautelares, o fundamento está em cada um dos incisos do art. 319” (ob.cit., p. 282)

Quanto ao pressuposto (art. 283, § 1º do CPP) da decretação das medidas cautelares pessoais, alerta o processualista citado, que “A autoridade judiciária, ..., deverá verifica, em primeiro lugar, a pena abstratamente cominada à infração ... Em seguida, cumprirá analisar a presença dos requisitos genéricos contidos no art. 282 ... e, por fim, dos requisitos específico das medidas eleitas ...” (ob. cit, p. 283).

Por outro giro, cabe lembrar, no que tange ao embasamento da decisão que decretar a prisão provisória preventiva, exige o artigo 315 do CPP, que seja a mesma fundamentada, (“A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”), devendo, portanto, observar o inciso IX do artigo 93 da CRFB.

Ademais, inobstante isto, há que se distinguir a ausência de fundamentação da decisão judicial que decreta a cautela prisional, da fundamentação insuficiente/inadequada e da fundamentação concisa.

No que concerne à ausência de fundamentação, à fundamentação insuficiente/inadequada da decisão decretatória da custódia preventiva, por certo, aludido decreto será passível de anulação. Ao reverso, em se tratando de decisão concisa/sucinta, porém fundamentada em elementos concretos evidenciados nos autos, estará atendida a norma do inciso IX do artigo 93, da CRFB.

Nas ensanchas, confira-se os excertos jurisprudenciais do STF e do STJ, que se referem à decisão de prisão preventiva:

“EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. (...). ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR IDÔNEA DA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Existem fundamentos autônomos e suficientes para a manutenção da prisão do Paciente: a garantia da ordem pública em razão da periculosidade (crueldade) evidenciada pelo *modus operandi* e a garantia de aplicação da lei penal devido ao risco concreto de que o Paciente venha a foragir. 2. Apesar de sucinta, a decisão está fundada em elementos concretos devidamente comprovados nos autos. 3. Ordem denegada.” (STF, HC 105043, Rel. Min^a. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, julgado em 12/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO, DJe-084 de 06/05/2011).

“...a falta de fundamentação não se confunde com fundamentação sucinta.

Interpretação que se extrai do inciso IX do art. 93 da CF/88”. (STF -HC 105349, 2ª Turma -Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 16/02/2011).

“PENAL. PROCESSUAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. (...).

1. Não há constrangimento ilegal se o decreto, conquanto conciso, justifica plenamente a necessidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública. (...).

4. *Habeas Corpus* conhecido; pedido indeferido.” (STJ, HC 11.296/BA, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, 5ª TURMA, julgado em 16/03/2000, DJ 10/04/2000)

Neste contexto, pode-se constatar, dos documentos acostados aos autos, que o Juiz de 1º grau elencou, de forma fundamentada, ainda que sucinta, em consonância com o previsto no artigo 93, IX da CRFB/1988, as razões singu-

lares pelas quais entendeu necessária a decretação da custódia prisional da paciente, em total consonância com a doutrina e jurisprudência pátrias, destacando a presença, *in casu*, do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, ressaltando, ainda, a imprescindibilidade da referida cautela para a garantia da ordem pública e asseguração da possível aplicação da lei penal, em razão do peculiar e grave *modus operandi* no caso concreto.

Averbe-se, por oportuno, que em matéria de decretação e manutenção de custódia segregacional provisória, vige o “princípio da confiança”, nos Juízes próximos das provas e pessoas, em causa, com melhor aferição sobre a necessidade ou não da mesma. Nesta compreensão: STF – RTJ 64/77; RT 554/386- 7, JTACRESP 48/174; 42/46 e, ainda, o seguintes arestos, *in litteris*:

“*HABEAS CORPUS*. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. O Impetrante alega que o paciente, através de seu advogado, requereu a revogação da prisão preventiva e esta foi negada, ao argumento de ameaça à ordem pública, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, bem como o risco de instabilidade social e sentimento de impunidade e descrédito perante a sociedade. Assevera que o paciente não se encontrava em sua residência quando do cumprimento do mandado de prisão pelas autoridades policiais, no dia 07 de setembro de 2015, porém, assim que tomou ciência, no mesmo dia, apresentou-se, espontaneamente, às autoridades policiais, como demonstrado no termo de declaração feito pelo policial Roterdan Jaime Batista. 2. O Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Gonçalo informou, em síntese, que indeferiu pleito de liberdade formulado pela Defesa, nos autos nº 0047947-

48.2014.8.19.0004, mantendo a prisão cautelar de Gilliard da Silva Nunes, ressaltando que o feito encontra-se em tramitação com audiência de instrução e julgamento designada para o dia 07/12/2015. 3. Não se colhem dos presentes autos quaisquer ilegalidades ou elementos que apontem objetiva e subjetivamente para a desnecessidade da segregação cautelar. 4. Veja-se que, segundo informado pela autoridade apontada como coatora, o paciente encontra-se preso em razão da decisão que decretou a prisão preventiva do acusado, o qual foi denunciado pela prática do Artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, do CP e do Artigo 244-B, da Lei nº 8.069/90. 5. A ação penal em questão se aproxima da entrega da prestação jurisdicional, não se cogitando, na espécie, de constrangimento ilegal por excesso de prazo, nos termos da Súmula nº 52 do STJ, porquanto a prisão do acusado se deu em 07/09/2015 e a instrução criminal restou finda, com abertura de vista às partes em alegações finais, consoante se constata de consulta ao andamento dos autos nº 0047947-48.2014.8.19.0004, no sítio deste Tribunal. 6. Por outro lado, não consta dos autos comprovação de residência fixa e ocupação lícita, sendo certo que o fato de o acusado ter comparecido à Delegacia, por si só, não tem o condão de restabelecer seu *status libertatis*. 7. Desta forma, tem-se que o Impetrante não logrou demonstrar que a segregação provisória se afigura desnecessária, antes, traz à discussão argumentos atinentes ao mérito e que refogem ao âmbito deste *Habeas Corpus* e que serão enfrentados por ocasião da entrega da prestação jurisdicional, a qual, repise-se, já se avizinha, eis que encerrada a instrução criminal. 8. É de bom alvitre ressaltar que em matéria de decretação e manutenção de custódia provisória, vige o “princípio da confiança”, nos Juízes próximos das provas e pessoas, em causa, com melhor aferição sobre a necessidade ou não da mesma. Nesse sentido: STF - RTJ 64/77; RT 554/386-7, JTACRESP 48/174; 42/46. 9. Ademais, os elementos colhidos e trazidos a este

feito não indicam que a substituição da prisão por outra medida cautelar seja mais apropriada. Ao revés, sinalizam para a manutenção do *decisum* que decretou a prisão cautelar da Ré, ora Paciente. 10. Denegada a ordem.”

TJRJ. Oitava Câmara Criminal. HC nº 0068717-40.2015.8.19.0000. Relatora Des. ADRIANA MOUTINHO. Julgamento em 27/01/2016.

“PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* PRISÃO PREVENTIVA. CRIME DE MOEDA FALSA. MATERIALIDADE DELITIVA. INDÍCIOS DE AUTORIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. JUIZ SINGULAR. PROXIMIDADE DA CAUSA. PRIMARIEDADE. BONS ANTECEDENTES. RESIDÊNCIA FIXA. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRISÃO CAUTELAR. COMPATIBILIDADE. LIBERDADE PROVISÓRIA. ORDEM DENEGADA.

1. Para a decretação de prisão preventiva é necessária a existência da materialidade delitiva, indícios de autoria e de pelo menos um dos fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal

(...)

6. Estando o magistrado singular mais próximo das provas em causa e da reação ao meio ambiente à prática delituosa, mais apto está, portanto, para aferir a necessidade da segregação.

7. Nem sempre as circunstâncias de primariedade, bons antecedentes e residência fixa, são motivos que impedem a decretação da excepcional medida, se presentes os pressupostos para tanto.

8. Presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, não há incompatibilidade entre o princípio da presunção de inocência e o instituto da prisão cautelar. Precedentes do STF e do STJ.” TRF 1ª Região. Quarta Turma. HC 48732 – MA. Relator Des. Fed. MÁRIO CÉSAR RIBEIRO. Julgamento

em 18/10/2010.

“*HABEAS CORPUS* LIBERATÓRIO - LATROCÍNIO CRIME HEDIONDO - INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA - POSSIBILIDADE NOS TERMOS DA LEI Nº 8.072/90 - PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES - IRRELEVÂNCIA - PRINCÍPIO DA PROXIMIDADE DO JUIZ DA CAUSA – INSTRUÇÃO ENCERRADA - SÚMULA Nº 52 DO STJ – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO - ORDEM DENEGADA – DECISÃO UNÂNIME.” TJPA. HC 200330048930. Relatora Des. YVETTE LUCIA PINHEIRO. Julgamento em 06/02/2004.

Ademais, no sentido de que o referido *decisum* encontra-se em total consonância com a jurisprudência e doutrina pátrias, não havendo a necessidade de que o mesmo seja extenso, desde que aponte, concretamente, seus fundamentos, traz-se a jurisprudência do STF e do STJ, *in verbis*:

“...a falta de fundamentação não se confunde com fundamentação sucinta. Interpretação que se extrai do inciso IX do art. 93 da CF/88” (STF – HC 105349, 2ª Turma - Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe 16/02/2011)

“...1. Existem fundamentos autônomos e suficientes para a manutenção da prisão do Paciente: a garantia da ordem pública em razão da periculosidade (crueldade) evidenciada pelo *modus operandi* e a garantia de aplicação da lei penal devido ao risco concreto de que o Paciente venha a foragar. 2. Apesar de sucinta, a decisão está fundada em elementos concretos devidamente comprovados nos autos. 3. Ordem denegada.”

(STF - HC 105043/SP – 1ª Turma – Rel. MIN. CÁRMEN LÚCIA)

“...1. O decreto de prisão preventiva não precisa, necessariamente, ser extenso. Só pre-

cisa conter motivação e a fundamentação exigidas pela lei.” (STJ - RHC 6035/SP - 5ª Turma – Rel. MIN. EDSON VIDIGAL)”

“A fundamentação de um decreto de prisão preventiva não se afere pela quantidade de palavras utilizadas pelo Juiz. Decreto conciso não significa necessariamente decreto sem fundamentação.” (STJ – RHC 5923/SP – 5ª Turma - Rel. Min. EDSON VIDIGAL)

Especificamente, no que tange a medida cautelar da prisão preventiva preleciona JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *in litteris*:

“Refere-se a lei, em primeiro lugar (garantia da ordem pública), às providências de segurança necessárias para evitar que o delinquente pratique novos crimes contra a vítima e seus familiares ou qualquer outra pessoa, quer porque é acentuadamente propenso às práticas delituosas, quer porque em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Mas o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida, como já se decidiu no STF, deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa. Embora seja certo que a gravidade do delito, por si só, não basta à decretação da custódia provisória, não menos exato é que, a forma de execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do evento, e outras circunstâncias provoquem intensa repercussão, e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública. A simples repercussão do fato, porém, sem outras consequências não se constitui em circunstância suficiente para a decretação da custódia preventiva. Mas, sem dúvida, está ela justificada no caso de ser o acusado dotado de periculosidade, malvadez, cupidez e insensibilidade moral.” (*in*, **Processo**

Penal – São Paulo : Atlas, 1991. pp. 368/369).

Prossegue o mesmo autor explanando que:

“A prisão preventiva só pode ser decretada ‘quando houver’ prova da existência do crime e indício suficiente da autoria’ (art. 312, *in fine*). A primeira exigência refere-se à materialidade do crime, ou seja, a existência do corpo de delito que prova a ocorrência do fato criminoso (laudos de exame de corpo de delito, documentos, prova testemunhal etc). Exigindo-se ‘prova’ da existência do crime, não se justifica a decretação da prisão preventiva diante de mera suspeita ou indícios da ocorrência do ilícito penal. Exige-se ainda para a decretação da prisão preventiva ‘indícios suficientes da autoria’. Contenta-se a lei, agora, com simples indícios (...), elementos probatórios menos robustos que os necessários para a primeira exigência. Não é necessário que sejam indícios concludentes e unívocos, como se exige para a condenação; não é preciso que gerem certeza da autoria. Nesse tema, a suficiência dos indícios de autoria é verificação confiada ao prudente arbítrio do magistrado, não exigindo regras gerais ou padrões específicos que a definam. Como bem afirma NORONHA, não há regra apriorística e imutável que diga da suficiência indiciária, pois cada crime tem sua fisionomia própria e é no caso concreto que o magistrado examinará, medirá e passará os elementos que devem autorizar a medida com cautela ou prudente arbítrio, atendendo a que se trata de norma de exceção e que, em princípio, não condiz com o regime de liberdades individuais. Em resumo, é necessário que o juiz apure se há o *fumus boni iuris*, ou seja, a ‘fumaça do bom direito’ que aponte o acusado como autor da infração penal”. (ob. cit. pp. 367/368).

Importa citar-se, também, as lições do processualista GUILHERME DE SOUZA

NUCCI, *ad colorandum*:

“Garantia da ordem pública: trata-se da hipótese de interpretação mais extensa na avaliação na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada, fundamentalmente pelo binômio ‘gravidade da infração + repercussão social’”. (in, **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 626)

“Prova da existência do crime: é a materialidade, isto é, a certeza de que ocorreu uma infração penal, não se determinando o recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, quando há séria dúvida quanto à própria existência do evento típico. Essa prova, no entanto, não precisa ser feita, mormente na fase probatória, de modo definitivo e fundada em laudos periciais. Admite-se que haja a certeza da morte de alguém (no caso do homicídio, por exemplo), porque as testemunhas ouvidas no inquérito assim afirmaram, bem como houve a juntada da certidão de óbito nos autos. O laudo necroscópico posteriormente pode ser juntado. Nessa ótica: TJSP: ‘Induvidosas as ocorrências delituosas, pela própria evidência, não obstante a ausência dos laudos periciais correspondentes (a assertiva não admite contestação, em termos materiais, pelo menos em relação à morte de L.Y.S.), assinala-se que há indícios suficientes de autoria, conclusão a que se chega pelo exame de peças constantes do *writ*’ (HC 126.259-3, São Paulo, 3ª C., rel. CARLOS BUENO, 25/02/1992, v.u.).

Indício suficiente de autoria: trata-se da suspeita fundada de que o indiciado ou réu é o autor da infração penal. Não é exigida prova plena da culpa, pois isso é inevitável num juízo meramente cautelar, muito antes do julgamento de mérito. Cuida-se de assegurar que a pessoa mandada ao cárcere, prematuramente, sem a condenação definitiva, apresente boas razões para ser considerada agente do delito. Indício é prova indireta, como se pode ver do disposto no art. 239, permitindo que, através do conhecimento de um fato, o juiz atinja, por indução, o conhecimento de outro de maior amplitude. (...) A lei utiliza a qualificação ‘suficiente’ para demonstrar que não é qualquer indício demonstrador da autoria, mas aquele que se apresenta convincente, sólido.”(ob. cit. pp. 634/635).

A jurisprudência tem entendido que, a garantia da ordem pública fundamenta a decretação, manutenção ou o restabelecimento da custódia ergastular, vez que necessária se faz a imposição da medida em hipóteses tais como: para evitar-se que o indiciado pratique novos delitos da mesma natureza ou de natureza diversa; para impedir que em liberdade se imbuia dos mesmos estímulos a delinquir, se propenso à práticas infracionais; para acautelar o meio social, considerando a gravidade, em concreto, do crime e sua repercussão, ocasionando clamor público, a impactar diretamente nos costumes e tranquilidade sociais; para preservar o prestígio e a credibilidade no Poder Judiciário e das instituições incumbidas de investigar, reprimir e denunciar as infrações penais; a necessidade de se interromper, diminuir ou cercear o avanço de organização criminosa e a atuação de seus integrantes; etc.

Neste sentido: STF – HC/SP 95.024, 1ª T. Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA. Julg. 14.10.2008; RTJ 64/77, 648/347, 653/374. STJ – RHC/RJ 48.213, 5ª T. Rel. Min. LAURITA VAZ, Julg. 02.09.2014, RHC/811, 6ª T.

Rel. Min. COSTA LEITE; RHC 2463-3, 6ª T., Rel. Min. ADHEMAR MACIEL; RSTJ 73/84, 04/241 e 06/258; RT 693/347, 672/334, 590/451, 652/344, 549/339.

E ainda:

“*HABEAS CORPUS*. Associação para o tráfico com emprego de arma de fogo. Prisão preventiva. Pleito de revogação. Alegação de ausência de fundamentação idônea para a decretação da custódia e de desnecessidade da medida. Presença de indícios suficientes da autoria e materialidade. Evidente a necessidade de manutenção da custódia para a garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal. Circunstâncias pessoais favoráveis que não autorizam, de imediato, a revogação da custódia cautelar, notadamente considerando a gravidade dos fatos em apuração e a legalidade da prisão. Inexistência do constrangimento ilegal alegado na impetração. Denegação da ordem.”

TJRJ. Primeira Câmara Criminal. HC nº 0042333-40.2015.8.19.0000. Relator Des. ANTONIO JAYME BOENTE. Julgamento em 06/10/2015

A cautela prisional provisória, sua manutenção ou seu restabelecimento, também é cabível, com vias ao asseguramento da aplicação da lei penal, ou seja, da execução da pena a ser imposta ao indiciado: a fim de evitar seu desaparecimento, para subtrair-se aos efeitos de eventual condenação, em não residindo no distrito da culpa; não comprovação (por documento em nome próprio) de endereço de residência/domicílio; não possuir endereço conhecido conforme certificado nos autos; ter se recusado ao comparecimento a atos processuais, sem justificativa; a fuga para não atender ao chamado judicial, dificultando e/ou retardando o andamento do processo, etc.

Nesta compreensão: STF – RT 497/403, 664/336; RSTJ – 73/84; RT 553/348, 598/359.

Neste contexto, cabe ressaltar que, a

decretação, devidamente fundamentada, da prisão preventiva (situação que, como visto, ocorreu na presente hipótese) supre quaisquer das alegadas irregularidades que possam ter ocorrido durante a prisão em flagrante, inclusive no que pertine à suposta inexistência de estado flagranci I, uma vez que surge novo título prisional, fulcrado em novos e distintos fundamentos da cautela provisória flagrancial.

A propósito, citam-se os seguintes arestos do STJ:

“(...) 3. Não há mais que se falar em irregularidade da prisão em flagrante, porquanto encontra-se superada com a superveniência do decreto de prisão preventiva, que é o novo título judicial ensejador da custódia cautelar. (...)”

STJ. Sexta Turma. HC 248883/AM. Relatora Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Julgamento em 10/06/2014.

“(...) 3. Se o Juízo processante, mais próximo dos fatos, homologa a prisão em flagrante e a converte em custódia preventiva, restam superadas as eventuais irregularidades do estado flagrancial, pois a segregação, agora, decorre de novo título.. (...)”

STJ. Quinta Turma. HC 276797/SP. Relatora Min. LAURITA VAZ. Julgamento em 25/03/2014.

Cita-se, ainda, o julgamento, ocorrido em 09/03/2016, da lavra desta Relatoria, no *Habeas Corpus* nº 0076056-50.2015.8.19.0000.

Outrossim, tem-se que, ao crime imputado à paciente, além de hediondo, se comina pena privativa de liberdade máxima, em abstrato, superior a 04 anos de reclusão, o que autoriza a decretação e manutenção da custódia cautelar, conforme preceitua o artigo 313, I do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011.

À toda evidência, infere-se, dos elemen-

tos dos autos que, presentes estão os requisitos genéricos consubstanciados no binômio necessidade-adequação, estabelecidos nos incisos I e II do artigo 282 do CPP, assim como alguns dos específicos elencados pelo artigo 312 do mesmo diploma legal (qual seja, garantia da ordem pública e asseguramento da aplicação da lei penal).

Nesta conjuntura, a necessidade da constrição cautelar se faz presente, não só com o intuito de impedir a reiteração de atos criminosos da mesma estirpe, mas, sobretudo, para acautelar o meio social da ação delituosa em questão, garantindo, outrossim, a credibilidade do Poder Judiciário, pelo afastamento da sensação concreta de inação e impunidade.

Esclareça-se, por importante, que conforme a orientação dos Tribunais Superiores, a alegação isolada da presença das condições pessoais favoráveis à paciente (as quais, *in casu*, sequer restaram totalmente demonstradas), não representa a garantia necessária e suficiente para a supressão da cautela restritiva, devendo a mesma ser analisada junto ao contexto fático carreado à ação constitucional, sendo que no caso vertente não se mostra recomendada a soltura, configurando-se insuficientes e ineficazes à espécie, a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do CPP.

Na mesma esteira, temos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e desta Colenda 8ª Câmara Criminal:

“(...) 5. Condições pessoais, como primariedade, bons antecedentes e residência fixa não impedem a prisão cautelar quando presentes seus pressupostos e requisitos.”

STF – HC 108314/MA. Primeira Turma. Relator Min. LUIZ FUX. Julgamento em 13/09/2011.

“EMENTA *HABEAS CORPUS*.- DE-

LITO PREVISTO NO ARTIGO 157, § 2º, Nº I E II, DO CÓDIGO PENAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA.- CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA.- As alegadas condições pessoais favoráveis, como bons antecedentes, primariedade e residência fixa, que sequer foram efetivamente comprovadas, não são suficientes para a concessão de liberdade provisória, quando estão presentes outros elementos autorizadores da segregação do agente.- O fato é de natureza grave e daqueles praticados em concurso de pessoas com emprego de arma de fogo, tendo o juiz monocrático ressaltado na decisão atacada a existência de indícios fortes de autoria e materialidade, sobretudo pelo Auto de Reconhecimento de Pessoa feito na Delegacia e, ainda, pela incerteza dos parâmetros fixos dos acusados.- De se frisar que constatei através da consulta processual na intranet que a prestação jurisdicional já se avizinha, na medida em que a Audiência de Instrução e Julgamento foi designada para o próximo dia 30/08/2011, quando serão ouvidas as testemunhas e interrogados os réus, motivo pelo qual a soltura do paciente, nesse momento, se mostra prematura.- Inexistência de constrangimento ilegal.- Ordem denegada.”

Habeas Corpus nº 0030377-66.2011.8.19.0000. Relator Des. VALMIR RIBEIRO. Julgamento em 10/08/2011. Decisão unânime.

Seguindo o mesmo posicionamento tem-se ainda: STF – HC 98157/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE. 2ª Turma, DJ de 25/10/2010; HC 98754/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ de 11/12/2009; HC 99936/CE, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ de 11/12/2009; HC 84.341, rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 04.03.2005; Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 121/601; cf. tb. HC 79857-PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO; RTJ 99/651, 133/280, 138/216,

142/855, 148/878, 142/855, 142/878, 148/429; RT 649/275, 662/347.

Destarte, reputam-se presentes, na hipótese dos autos, o *fumus comissi delicit* e o *periculum libertatis*, sendo certo que, a manutenção da custódia preventiva faz-se necessária no caso concreto, eis que observados os termos da legislação vigente, evidenciando-se a imprescindibilidade da medida restritiva, inexistindo, assim, qualquer ilegalidade no decisorio vergastado, a ensejar ofensa ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, não se confundindo a referida cautela prisional com antecipação de pena, consoante pacífico entendimento de nossos Tribunais Superiores.

Neste sentido, colaciona-se o aresto do STJ, *in litteris*:

“**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, COM O ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NULIDADE DO FLAGRANTE E DAS PROVAS DAÍ DECORRENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXCESSO DE PRAZO PARA APRECIÇÃO DA APELAÇÃO. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.**

1. É inviável ao Superior Tribunal de Justiça cuidar de tema que não foi objeto de decisão na Corte estadual, uma vez que, ali, o *writ* nem sequer foi suficientemente instruído.

2. Não há falar em excesso de prazo para processamento e julgamento da apelação criminal, pois não é evidente que a eventual demora tenha decorrido da desídia do aparelho estatal e que o atraso extrapole os limites da razoabilidade, considerando inclusive a pena imposta ao paciente.

3. A prisão preventiva não possui o con-

ção de antecipar os eventuais efeitos advindos de uma condenação definitiva, mas de afastar o agente do convívio social quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Também não representa desrespeito à garantia constitucional da presunção de inocência, o que só ocorreria na hipótese de ausência daqueles pressupostos.

4. A gravidade abstrata do delito é elemento incapaz de justificar a prisão preventiva, mas o histórico criminal do agente, a revelar fundado receio de reiteração delitiva, autoriza, por si só, o decreto de prisão preventiva como forma de garantir a ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal (HC nº 302.029/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 05/02/2015).

5. *Habeas Corpus* em parte conhecido e, nessa parte, denegado.”

Sexta Turma. HC nº 329221/SC. Relator Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. DJe de 15/10/2015.

Pelo acima exposto, não restando comprovado o constrangimento ilegal, por nenhum dos motivos alegados pelo impetrante, voto pelo conhecimento do *writ* e, no mérito, pela denegação da ordem.

Rio de Janeiro, 15 de fevereiro de 2017.

DES^a. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR
Relatora

FURTO. CONCURSO DE PESSOAS. CORRUPÇÃO DE MENORES. ECA. NATUREZA FORMAL. PROVA. SÚMULA Nº 500 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

Apelação. – Furto em concurso de pessoas e corrupção de menores. – Art. 155 §4º, IV do CP e Art. 244-b do ECA. – Sentença que condenou os recorridos, somente, pelo crime de furto qualificado. – Recurso ministerial

para condenar os apelados também pelo delito previsto no ECA. – Provimento. - O crime de corrupção de menores é formal, não necessitando de prova da efetiva corrupção do adolescente, bastando para sua caracterização, a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos. – Súmula nº 500 do STJ. – Provimento do recurso ministerial, fixando a pena total definitiva para M. em 03 anos e 08 meses de reclusão e 15 dias-multa e para J. em 03 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal nº 0000586-10.2015.8.19-0001, em que figura como Apelante Ministério Público e Apelados M.F.M e J.D.B.

Acordam os Desembargadores que integram a Colenda Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em julgamento realizado em 28/03/2017, por unanimidade de votos, em dar provimento ao apelo ministerial para condenar os apelados também pelo crime de corrupção de menores, fixando a pena total definitiva para M. em 03 anos e 08 meses de reclusão e 15 dias-multa e para J. em 03 anos de reclusão e 10 dias-multa, nos termos do voto da Desembargadora-Relatora.

VOTO

O recurso deve ser conhecido, eis que presentes os requisitos necessários à sua admissibilidade.

Como se depreende dos autos, os apelados M.F.M. e J.F.B. foram denunciados como incurso nas penas dos artigos 155, § 4º, inciso IV, do CP e 244-B, do ECA, na forma do artigo 69, do Código Penal.

Narrou a exordial de doc. 02 que,

“No dia 26 de abril de 2015, por volta

das 02:00 horas, no interior da Farmácia “Pacheco”, situada no Largo do Machado, nesta cidade, os denunciados, agindo de forma consciente e voluntária, em unidade de ações e desígnios entre si e com a menor E.C.S., subtraíram o aparelho de telefone celular *alcatel one touch*, avaliado em R\$ 399,00, pertencente ao lesado F.B.C. Nas mesmas circunstâncias de tempo e local, os denunciados, de forma livre e consciente, corromperam a adolescente E.C.S., praticando com ela infração penal. Segundo consta dos autos, a adolescente tentou seduzir a vítima para distraí-la, para que os denunciados iniciassem a subtração do bem. Após a vítima rejeitar a adolescente, o denunciado M. subtraiu o aludido aparelho celular, que se encontrava no bolso da calça e iniciou fuga, sendo prontamente perseguido pelo lesado. Policiais Militares em serviço de patrulhamento tiveram a atenção despertada para o ocorrido e lograram êxito deter os denunciados, arrecadando o bem subtraído, que estava na posse do denunciado J. Assim agindo, os denunciados estão incurso nas sanções dos artigos 155, § 4º, inciso IV, do CP e 244-B, do ECA, na forma do artigo 69, do Código Penal.”

O juízo da 43ª Vara Criminal da Comarca da Capital, em sentença da lavra do Dr. RUBENS CASARA, julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva para absolver os apelados pelo crime do art. 244-B do ECA e condená-los pelo delito tipificado no art. 155 § 4º, IV do CP, às penas de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 15 dias-multa. (doc. 252).

Insatisfeito, o Ministério Público recorreu da sentença, requerendo a condenação dos apelados também pelo crime de corrupção de menores. (doc. 263).

Merece prosperar o pleito ministerial.

Conforme se verifica da sentença de doc.

252, o juízo de 1º grau reconheceu a participação da adolescente na empreitada criminosa, mas absolveu os recorridos, entendendo que “o Ministério Público não demonstrou a violação ao bem jurídico protegido pela norma penal, ou seja, não comprovou que a adolescente foi corrompida pelos acusados (no caso em exame, não se pode sequer descartar a possibilidade, do inverso ter ocorrido).”

Ocorre que, como bem ressaltado pelo Ministério Público, em suas razões recursais, o crime de corrupção de menores é formal, bastando a prática de conduta delituosa em companhia do adolescente para a sua configuração. Pelas provas carreadas, não restam dúvidas de que os apelados estavam na companhia da adolescente, quando foram praticar o furto.

O referido delito se consuma com a simples prática da infração pelo menor na companhia do imputável, sendo despicienda a comprovação de que o adolescente ficou corrompido ou não, conforme entendido pelo STJ na Súmula nº 500.

Ressalte-se que o objeto jurídico tutelado pelo delito de corrupção de menores é a proteção à moralidade do menor. Busca a norma legal afastar a prática de crimes em que ocorre a sua exploração.

Partilhando deste entendimento *vide* os seguintes julgados:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. 1. CORRUPÇÃO DE MENORES. 1. ART. 244-B DA LEI Nº 8.069/1990 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). NATUREZA FORMAL. 2. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. JULGADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESNE-

CESSIDADE DE APREENSÃO E DE PERÍCIA DA ARMA PARA A COMPROVAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTES. 1. O crime de corrupção de menores é formal, não havendo necessidade de prova efetiva da corrupção ou da idoneidade moral anterior da vítima, bastando indicativos do envolvimento de menor na companhia do agente imputável. Precedentes. 2. A decisão do Superior Tribunal de Justiça está em perfeita consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3. São desnecessárias a apreensão e a perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar a causa de aumento do art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, pois o seu potencial lesivo pode ser demonstrado por outros meios de prova. Precedentes. 4. Recurso ao qual se nega provimento. (RHC 111434/DF – Distrito Federal – Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* – Supremo Tribunal Federal – Primeira Turma – Min. CÁRMEM LÚCIA – Julgamento: 04/04/2012)

APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO DOS RÉUS PELA PRÁTICA DO CRIME DE ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES E PELA UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO E DO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES, CADA UM À PENA DE 05 ANOS E 06 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, E 15 DIAS-MULTA; E 01 ANO DE RECLUSÃO, EM REGIME ABERTO, E 10 DIAS-MULTA, RESPECTIVAMENTE. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA DEFESA DO PRIMEIRO APELANTE SUSCITANDO PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO, POR VÍCIO DE COMPETÊNCIA. NO MÉRITO, BUSCA A ABSOLVIÇÃO, POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. JÁ O RECURSO INTERPOSTO PELA DEFESA DO SEGUNDO APELANTE PLEITEIA A ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE

CORRUPÇÃO DE MENOR, TAMBÉM POR AUSÊNCIA DE PROVAS NECESSÁRIAS À CONDENAÇÃO, BEM COMO A REDUÇÃO DA REPRIMENDA DO CRIME DE ROUBO, COM A REPERCUSSÃO PRÁTICA NA SEGUNDA FASE DA DOSAGEM DA PENA DAS ATENUANTES DA MENORIDADE E DA CONFISSÃO. IMPROVIMENTO. ALEGADA NULIDADE DA EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA QUE SE AFASTA. INOCORRÊNCIA DE DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA, MAS SIM DE DECLÍNIO DE ATRIBUIÇÃO ENTRE OS ÓRGÃOS DO *PARQUET*, CONSIDERANDO O LOCAL DE OCORRÊNCIA DOS FATOS, EM VIRTUDE DA REMESSA EQUIVOCADA DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE PARA A PROMOTORIA DE JUSTIÇA CRIMINAL DE RIO DAS OSTRAS. REPRESENTANTE DO ÓRGÃO MINISTERIAL QUE ENCAMINHOU OS AUTOS À PROMOTORIA DE CASIMIRO DE ABREU, ONDE HOVE O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. PRIMEIRA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL QUE SE DEU QUANDO DO RECEBIMENTO DA PEÇA INICIAL ACUSATÓRIA, JÁ PELO JUÍZO DA COMARCA DE CASIMIRO DE ABREU. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER IRREGULARIDADE NO PROCEDIMENTO ADOTADO. ULTRAPASSADA A PRELIMINAR, O PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO, LASTREADO NA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA, NÃO MERECE PROSPERAR. QUANTO AO DELITO DE ROUBO, DA NARRATIVA CONSTANTE NOS AUTOS, CORROBORADA PELO CONTEÚDO PROBATÓRIO, É POSSÍVEL CONCLUIR QUE OS RÉUS, EM COMUNHÃO DE DESÍGNIOS, ATRAVÉS DE GRAVE AMEAÇA EMPREENDIDA COM A UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO, SUBTRAÍRAM UM VEÍCULO MODELO KADETT. A MATERIALIDADE E A AUTORIA RESTARAM CABALMENTE DEMONSTRADAS PELOS DEPOIMENTOS PRESTADOS TANTO EM

SEDE POLICIAL QUANTO EM JUÍZO, COM DESTAQUE PARA O RECONHECIMENTO DOS APELANTES, PELA VÍTIMA, COMO AUTORES DO CRIME. IGUALMENTE, MANTÊM-SE A CONDENAÇÃO PELO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES. A VÍTIMA, TANTO EM SEDE POLICIAL QUANTO EM JUÍZO, ESCLARECEU QUE ALÉM DOS DOIS ACUSADOS, HAVIA A PRESENÇA DE OUTRA PESSOA, APARENTEMENTE MENOR DE IDADE. NESTE VIÉS, OS POLICIAIS, AO SEREM INFORMADOS DOS FATOS OCORRIDOS PELO LESADO, EFETUARAM BUSCAS E LOGRARAM ÊXITO NA APREENSÃO DOS APELANTES, QUE ESTAVAM EM COMPANHIA DA MENOR, NO INTERIOR DO OBJETO MATERIAL DO CRIME. RESSALTE-SE A FIRME ORIENTAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES DE QUE O CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES É FORMAL, NÃO DEPENDENDO DE PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO PARA CARACTERIZÁ-LO, BASTANDO A PARTICIPAÇÃO DO MENOR EM PRÁTICA DELITUOSA PERPETRADA POR MAIOR DE 18 ANOS. POR FIM, AS PENAS FORAM CORRETAMENTE FIXADAS PELO MAGISTRADO SENTENCIANTE, EM TOTAL CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO E DA SUFICIÊNCIA. NESTE DIAPASÃO, IMPÕE-SE O AFASTAMENTO DO PLEITO DEFENSIVO DE REPERCUSSÃO PRÁTICA NA SEGUNDA FASE DA DOSAGEM DA REPRIMENDA DAS ATENUANTES DA MENORIDADE E DA CONFISSÃO. E ISTO PORQUE FOI FIXADA A PENA-BASE EM 04 ANOS DE RECLUSÃO, SENDO INCABÍVEL QUE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE CONDUZA À REDUÇÃO DA REPRIMENDA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL, EM OBSERVÂNCIA AO VERBETE DA SÚMULA Nº 231 DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESPROVIMENTO DOS APELOS QUE SE IM-

PÕE. NO ENTANTO, NO QUE TANGE AO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES, É POSSÍVEL NOTAR QUE A PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL FOI FULMINADA PELA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. PARA OS DOIS APELANTES HOUE A FIXAÇÃO DA PENA EM 01 ANO DE RECLUSÃO E 10 DIAS-MULTA, MANTIDA NA PRESENTE APELAÇÃO. E, SEGUNDO PRELECIONA O ARTIGO 109, INCISO V, DO CÓDIGO PENAL, PRESCREVE EM QUATRO ANOS A PRETENSÃO ESTATAL, SE O MÁXIMO DA PENA É IGUAL A UM ANO OU, SENDO SUPERIOR, NÃO EXCEDE A DOIS. CONSTATA-SE QUE DESDE A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, OCORRIDA NO DIA 23/01/2009, ATÉ A PRESENTE DATA, TRANSCORRERAM MAIS DE QUATRO ANOS. ISTO SEM CONTAR QUE A MENORIDADE RELATIVA AO SEGUNDO APELANTE, RECONHECIDA PELO MAGISTRADO *A QUO*, CONDUZ A REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PELA METADE, CONFORME PREVISTO NO ARTIGO 115, DO CÓDIGO PENAL. DESTA FORMA, IMPÕE-SE A DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM FAVOR DOS ACUSADOS QUANTO AO REFERIDO DELITO, POIS EM CASO DE CONCURSO DE CRIMES, A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE INCIDE SOBRE A PENA DE CADA UM, ISOLADAMENTE, NOS TERMOS DO ARTIGO 119, DO CÓDIGO PENAL. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS, RECONHECENDO-SE, CONTUDO, A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL QUANTO AO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES, DECLARANDO-SE EXTINTA A PUNIBILIDADE DOS AGENTES. (Apelação nº 0001556-06.2008.8.19.0017 – Relator Des. LUIZ ZVEITER – Julgamento: 03/09/2013).

Temos que observar que a criança e o adolescente estão em plena formação de seu

caráter e personalidade e, por isso, a repetição de ilícitos age como reforço à eventual tendência infracional anteriormente adquirida.

Destá forma, reformo a sentença para condenar os apelados pelo crime tipificado no art. 244-B do ECA, vez que as provas carreadas são suficientes para embasar decreto condenatório.

Assim, passo à dosimetria da pena do apelado M.F.M.

Atendendo às normas dos artigos 59, 60 e 68 do Código Penal e considerando que M. não possui antecedentes criminais, fixo a pena-base no mínimo legal, em 01 ano de reclusão. Ausente atenuante a considerar.

Tendo em vista que o acusado é reincidente, já que consta, em sua FAC de doc. 102, condenação anterior transitada em julgado em 26/08/2013, conforme anotação nº. 01, elevo a reprimenda para 1 ano e 2 meses de reclusão.

Inexistindo circunstâncias legais ou judiciais, torno definitiva de M.F.M. a pena do crime de corrupção de menores em 1 ano e 2 meses de reclusão.

Em razão do concurso material entre os crimes de corrupção de menores e o de furto qualificado, cuja pena já foi aplicada na sentença, como as reprimendas, perfazendo um total de 03 anos e 08 meses de reclusão e 15 dias-multa.

Considerando que se trata de acusado reincidente, fixo o regime semiaberto, para cumprimento da pena privativa de liberdade. Pelos mesmos motivos acima expostos, entendendo incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, nos termos do artigo art. 44, I, II e III, do Código Penal.

Passo à dosimetria da pena do apelado J.D.B.

Atendendo às normas dos artigos 59, 60 e 68 do Código Penal e considerando que J. não possui antecedentes criminais, fixo a pena-base no mínimo legal, em 01 ano de reclusão. Ausentes atenuantes, agravantes, causas de aumento e de diminuição de pena.

Torno definitiva de J.D.B. a pena do crime de corrupção de menores em 1 ano de reclusão.

Em razão do concurso material entre os crimes de corrupção de menores e o de furto qualificado, cuja pena já foi aplicada na sentença, somo as reprimendas, perfazendo um total de 03 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Fixo o regime aberto, nos termos do art. 33 do CP. Substituo a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período da sanção aplicada, e 15 dias-multa, no valor mínimo legal.

Desta maneira, acolho o parecer da Procuradoria de Justiça, da lavra do Dr. MAURICIO ASSAYAG, e voto pelo provimento do apelo ministerial, na forma da fundamentação retro.

Rio de Janeiro, 29 de março de 2017.

DES^a. MARIA SANDRA KAYAT DIREITO
Relatora

LÍDER DE FACÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. INCLUSÃO EM REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. RISCO PARA A ORDEM PÚBLICA. MOTIVAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE.

Prisão preventiva – Decisão em que é determinada a inclusão do paciente no regime disciplinar diferenciado, até que seja efetivada a sua transferência para presídio

federal de segurança máxima – Decisão que atende ao pedido formulado pelo secretário do estado de segurança do Rio de Janeiro, que é a autoridade administrativa, competente – Feito que ainda não se encontra na fase de execução penal, o que leva à competência do juízo da 3ª vara criminal de Niterói, responsável pela decretação da prisão provisória do ora paciente, tendo em vista a inexistência de sentença condenatória, a conduzir à competência da VEP – Previsão no art. 4º, da Lei nº 11.671, o que é corroborado pela jurisprudência das cortes superiores – Informações detalhadas, em anexo, com extenso relatório das ações investigativas, e dados de inteligência, noticiando que o ora paciente apresenta alto risco para a ordem pública e a segurança da sociedade, somado ao seu envolvimento com organizações criminosas, ocupando uma posição de liderança na facção criminosa nominada por ‘comando vermelho’ – Hipótese diversa, que prescinde o cometimento de falta grave, para a inclusão de preso provisório, no regime disciplinar diferenciado, ou para a sua transferência para estabelecimento penal de segurança máxima – Motivação para a transferência do ora paciente, que está embasada na sua periculosidade em concreto, e no risco à ordem pública, não estando julgada à prática de falta grave – Constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado que foi reconhecida pelas cortes superiores – Inexistência de ilegalidade no processo de transferência do paciente, bem como, ausente o alentado constrangimento ilegal.

A unanimidade, foi denegada a ordem.

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de *Habeas Corpus* nº: 0000748-37.2017.8.19.0000, em que é Impetrante: Dr. Raphael Jordão de Oliveira, Paciente: Rodrigo da Silva Rodrigues.

Acordam os Desembargadores da 6ª Câ-

mara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em, à unanimidade, foi denegada a ordem.

Cuidam os autos de pedido de *Habeas Corpus*, via pela qual, aponta o impetrante que o ora paciente se encontra na presença de constrangimento ilegal, que decorre da inclusão deste, em regime disciplinar diferenciado, por ato judicial proferido por autoridade desprovida de competência para a matéria, sem que tivesse ocorrida falta disciplinar. Expondo as suas razões. Página digitalizada nº 37, informações prestadas.

Página digitalizada nº 43, douto Parecer Ministerial que está endereçado à denegação da ordem.

Voto

No caso em tela, a causa, que estaria a embasar a impetração, e que levaria ao constrangimento ilegal, está representada pela inclusão do paciente, no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), até que seja efetivada a sua transferência para presídio federal de segurança máxima; sustentando, o impetrante, a incompetência do Juízo da 3ª Vara Criminal de Niterói, bem como, a ausência dos requisitos para a referida transferência.

A f. 03, do anexo 1, consta ofício, apresentado pelo chefe da Secretaria do Estado de Segurança, que é a autoridade administrativa, competente para tanto, endereçado ao Juiz Titular da Vara de Execuções Penais, solicitando a transferência do ora paciente, e sua inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado.

Entretanto, tendo em vista que o feito de nº 0047735- 96.2015.8.19.0002, encontra-se em trâmite, perante a 3ª Vara Criminal de Niterói, e não há sentença condenatória, a ser executada, portanto, sem distribuição à VEP,

este Juízo, declinou de sua competência, (página digitalizada 27, anexo 1), ao responsável pela ordem prisional do ora paciente, em estando em curso a ação penal.

Seguindo-se a decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Niterói (f. 01, do anexo), deferindo a solicitação apresentada pelo Secretário do Estado de Segurança, e, assim determinando a transferência do paciente, para presídio federal de segurança máxima, pelo prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, e a inclusão em Regime Disciplinar Diferenciado.

Inicialmente, cabe destacar a competência do Juízo da 3ª Vara Criminal, da comarca de Niterói, ou seja, o Juízo da instrução, e o competente para determinar, a requerimento da autoridade administrativa, o estabelecimento prisional adequado, para abrigar o preso provisório, tendo em vista a inexistência de sentença condenatória.

Neste sentido é a definição trazida no art. 86, §3º, da Lei nº 7210/84:

“§ 3º Caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos.” (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

E, a expressa previsão do art. 4º, da Lei nº 11.671, na alternatividade que vem disposta:

“Art. 4º A admissão do preso, condenado ou provisório, dependerá de decisão prévia e fundamentada do juízo federal competente, após receber os autos de transferência enviados pelo juízo responsável pela execução penal ou pela prisão provisória.”

É, também, o entendimento manifestado

pelo Colendo STJ:

“PENAL E PROCESSO PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. 1. RÉU PRE-SO PROVISORIAMENTE EM COMARCA DIVERSA. LOCAL QUE PRIVILEGIA O CONVÍVIO FAMILIAR. DEFINIÇÃO QUE CABE AO JUÍZO COMPETENTE PARA O PROCESSO. 2. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL.

1. Segundo a disciplina o art. 86, § 3º, da Lei nº 7.210/1984, cabe ao juízo competente para processar o feito “definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos”. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 1ª Vara Federal de Jaú SJ/SP, ora suscitante, devendo o apenado permanecer no presídio em que se encontra. (STJ. CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 137.154 – SP. RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA. 24 de junho de 2015.

É certo que, para a inclusão de preso provisório, no RDD, não há necessidade de que o apenado tenha praticado crime doloso, ou falta grave, durante a sua permanência no estabelecimento prisional; sendo suficiente que o apenado apresente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal, ou da sociedade, ou ainda que tenha envolvimento com facções criminosas, como no caso em tela. Neste sentido, é a previsão do artigo 52, §1º, e § 2º da Lei nº 7.210/84:

“Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes

características:

(...)

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)”

O Decreto nº 6.877/09, que regulamenta a Lei nº 11.671/08, dispõe sobre a transferência de presos, para estabelecimentos penais de segurança máxima, e em seu artigo 3º, destaca a necessidade de que o apenado preencha, ao menos um dos requisitos, para possibilitar a sua transferência; o que ocorreu, na hipótese vertente:

“Art. 3º Para a inclusão ou transferência, o preso deverá possuir, ao menos, uma das seguintes características:

I - ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa;

(...)

III - estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado - RDD;

IV - ser membro de quadrilha ou bando, envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça; (...) “

E, no presente *Habeas Corpus*, os documentos acostados aos autos, apontam, através dos resultados de investigações, ações de prevenção, e análise de inúmeros dados de inteligência, que o ora paciente ainda seria um dos principais líderes da facção criminosa, Comando Vermelho, ocupando posição relevante, e

destacada na referida organização criminosa. Acrescentando ainda, de forma detalhada, a necessidade de seu acautelamento em penitenciária federal de segurança máxima, eis que os indícios conduzem ao seu envolvimento, em diversos episódios violentos, e à prática de delitos de natureza grave (anexo 1, f. 003/025)

Sendo certo que o relatório apresentado pelo Secretário de Estado de Segurança Pública do Rio de Janeiro, é firme, ao definir as razões para a transferência do paciente, para o presídio de segurança máxima, as quais não estão jungidas à prática de falta grave, mas sim, embasadas na periculosidade em concreto, do ora paciente.

Neste sentido, é o entendimento consolidado pelo Colendo STJ:

“EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PROVISÓRIA. INCLUSÃO DO PACIENTE EM REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. PERICULOSIDADE CONCRETA E RISCO À ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. (...)

2. *In casu*, o juízo da instância primeira acolheu o pedido formulado pelo *Parquet* estadual, com o objetivo de incluir o ora paciente no Regime Disciplinar Diferenciado, adotando a seguinte fundamentação: [...] (...) com base nas investigações do Ministério Público, o paciente era uma das lideranças da facção “Os Manos”, tendo participação relevante no âmbito da organização criminosa, com responsabilidade de comandar o tráfico de drogas na região do Vale dos Sinos e Vale Paranhana, e, inclusive, ordenando mortes de seus desafetos. [...]

3. Por sua vez, o Ministério Público Federal ressaltou, *verbis*: [...] Muito embora a Lei de Execução Penal assegure ao preso o direito

de cumprir sua reprimenda em local que lhe permita contato com seus familiares e entes próximos, tal garantia não é absoluta. Pode o juízo competente, de maneira fundamentada, determinar a inserção do preso em regime disciplinar diferenciado, se as suas condições pessoais assim recomendarem. Na hipótese dos autos, a inclusão do requerente em regime disciplinar diferenciado foi justificad por sua alta periculosidade e influência em organizações criminosas, “em que mesmo segregado continua determinando o cometimento de diversos ilícitos do interior do sistema carcerário” (...), motivos suficientes para justificar a medida excepcional e descaracterizar o constrangimento ilegal aduzido. [...]

4. Tal entendimento encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

5. 1. Muito embora a Lei de Execução Penal assegure ao preso o direito de cumprir sua reprimenda em local que lhe permita contato com seus familiares e amigos, tal garantia não é absoluta, podendo o Juízo das Execuções, de maneira fundamentada, indeferir o pleito se constatar ausência de condições para o novo acolhimento. 2. Na hipótese dos autos, a prorrogação da permanência do condenado em regime disciplinar diferenciado foi justificada por sua alta periculosidade e influência em organizações criminosas, motivos suficientes para justificar a medida excepcional e descaracterizar o constrangimento ilegal aduzido (RHC 44.417/MS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Quinta Turma, julgado em 25/02/2014, DJe de 07/03/2014). Na mesma linha de entendimento: HC 320.259/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 17/09/2015, DJe de 24/09/2015; HC 92.714/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, julgado em 06/12/2007, DJe de 10/03/2008.

6. O fato de estar o paciente submetido à prisão provisória não inviabiliza sua inclusão em Regime Disciplinar Diferenciado - RDD,

conforme estabelece a Lei de Execuções Penais - LEP, em seu art. 52, *caput*, e parágrafos. Precedente desta Corte.

7. Consigne-se, ainda, que, persistindo as razões que ensejaram a transferência do preso para presídio federal de segurança máxima, notadamente em razão da periculosidade concreta do denunciado, não é recomendável a remoção do paciente para penitenciária de alta segurança estadual, considerando o risco que tal transferência acarretaria à ordem pública.

8. Por fim, anote-se que verificar o acerto ou desacerto da valoração fática realizada pela Corte *a quo* não se mostra viável na estreita via *do habeas corpus*, ação constitucional de rito célere e cognição sumária.

9. Inexistência, assim, de constrangimento ilegal, a justificar a concessão da ordem de ofício.

10. *Habeas Corpus* não conhecido. (STJ. HC 332212 / RS. Relator(a): Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. Data do Julgamento: 05/04/2016)”

Ao que se acrescenta que a constitucionalidade do RDD foi reconhecida, pelas Cortes Superiores, considerando que o regime diferenciado possui caráter de medida emergencial, visando garantir a segurança, contra a atuação dos líderes de organizações criminosas. É a jurisprudência consolidada pelo C. STJ:

“*HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL. ARTIGO 52 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. INCONSTITUCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. TEMPO DE DURAÇÃO. LEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. É constitucional o artigo 52 da Lei nº 7.210/84, com a redação determinada pela Lei nº 10.792/2003.

2. O regime diferenciado, afora a hipótese da falta grave que ocasiona subversão da ordem ou da disciplina internas, também se aplica aos presos provisórios e condenados, nacionais ou

estrangeiros, “que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”.

3. A limitação de 360 dias, cuidada no inciso I do artigo 52 da Lei nº 7.210/84, é, enquanto prazo do regime diferenciado, específica da falta grave, não se aplicando à resposta executória prevista no parágrafo primeiro do mesmo diploma legal, pois que há de perdurar pelo tempo da situação que a autoriza, não podendo, contudo, ultrapassar o limite de 1/6 da pena aplicada.

4. Em obséquio das exigências garantistas do direito penal, o reexame da necessidade do regime diferenciado deve ser periódico, a ser realizado em prazo não superior a 360 dias.

5. Ordem denegada. (STJ. *HABEAS CORPUS* Nº 44.049 – SP. RELATOR: MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA. 12 de junho de 2006”

E, pelo E. STF:

EMENTAS: 1. PRISÃO PREVENTIVA. Cumprimento. Definição do local. Transferência determinada para estabelecimento mais curial. Competência do juízo da causa. Aplicação de Regime Disciplinar Diferenciado - RDD. Audiência prévia do Ministério Público e da defesa. Desnecessidade. Ilegalidade não caracterizada. Inteligência da Res. nº 557 do Conselho da Justiça Federal e do art. 86, § 3º, da LEP. É da competência do juízo da causa penal definir o este estabelecimento penitenciário mais curial ao cumprimento de prisão preventiva. 2. PRISÃO ESPECIAL. Advogado. Prisão preventiva. Cumprimento. Estabelecimento com cela individual, higiene regular e condições de impedir contato com presos comuns. Suficiência. Falta, ademais, de contestação do paciente. Interpretação do art. 7º, V, da Lei nº 8.906/94 - Estatuto da Advocacia, à luz do princípio da igualdade. Constrangimento ilegal não caracterizado. HC denegado. Precedentes. Atende à prerrogativa profissional do

advogado ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, em cela individual, dotada de condições regulares de higiene, com instalações sanitárias satisfatórias, sem possibilidade de contato com presos comuns. (STF. HC 93391 / RJ. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 15/04/2008).

Ademais, o pleito visando a inclusão do paciente no RDD, e a sua transferência prisional, fora formulado por autoridade administrativa competente, ou seja, o Secretário de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, devidamente fundamentado, com base em elementos substanciais, indicando a real periculosidade do paciente; e, submetido ao juízo competente que é o da 3ª Vara Criminal de Niterói, para analisá-lo em estando em curso a ação penal.

Desta feita, a segregação do apenado, em unidade prisional federal, e a sua inclusão em RDD, constituem medidas estritamente necessárias, para a garantia da segurança pública, e embasada em dados individualizados, que foram trazidos aos autos da presente Ação Constitucional, inexistindo qualquer ilegalidade em seu processo de transferência, mormente tendo em vista que a respeitável decisão do Juízo a quo, encontra-se devidamente fundamentada.

Pelo exposto, inexistindo o alentado constrangimento ilegal, voto no sentido de denegar a ordem.

À unanimidade, foi denegada a ordem.

Rio de Janeiro, 21 de fevereiro de 2017.

DES^a. ROSITA MARIA DE OLIVEIRA NETTO
Relatora

RECLAMAÇÃO. CORREIÇÃO PARCIAL. DILIGÊNCIA REQUERIDA. PROCEDÊNCIA. DEVIDO PROCESSO

LEGAL. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO ÀS EMPRESAS DE TELEFONIA PARA OBTENÇÃO DE ENDEREÇO.

Correição parcial. Artigos 121, § 2º, III, III e IV e 121, § 2º, IV e V. Decisão judicial que indeferiu pleito formulado pelo Ministério Público de requisição de endereço do denunciado às empresas de telefonia. Procedência da reclamação. Não obstante a prerrogativa do Ministério Público de requisitar diligências (artigos 129, incisos VI e VIII, da Constituição Federal, e 35, da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro), os requerimentos pertinentes, no curso da ação penal, devem ser endereçados ao juiz, vez que ele é o destinatário da prova através da qual formará a sua convicção.

Por essa razão, após oferecida a denúncia e requerida diligências por cota ministerial, incumbe ao Poder Judiciário, verificando a sua pertinência e relevância, a adoção de providências para a sua ulatimação.

Demais disso, impõe ressaltar que nos termos do artigo 256, § 3º, do CPC, aplicável à espécie conforme disposto no artigo 3º do Código de Processo Penal, “O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos.”. Logo, pertinente a expedição de ofícios às empresas de telefonia, as quais são concessionárias de serviço público, mormente nos dias atuais onde a maioria da população se utiliza da telefonia móvel.

A decisão impugnada afronta aos princípios da isonomia e da paridade de armas, razão pela qual merece reforma.

Reclamação julgada procedente, para determinar que a autoridade judicial reclamada, Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Maricá oficie às empresas de telefonia, a fim de obter o endereço atualizado

do acusado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial n.º 0000679-05.2017.8.19.0000, em que figuram como Reclamante Ministério Público e como Reclamado o Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Maricá.

Acordam os Desembargadores que compõem a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em julgar procedente a presente correição parcial, no termos do voto do Relator.

O Ministério Público ofereceu denúncia em face de Leonardo Portella Andrade, perante o MM. Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Maricá, imputando-lhe a prática dos crimes insertos nos artigos 121, § 2º, II, III e IV e 121, § 2º, IV e V, na forma do artigo 69, todos do Código Penal.

A diligência citatória restou frustrada, haja vista que o acusado não foi localizado em nenhum dos endereços obtidos nos órgãos conveniados ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Diante de tal quadro, o *Parquet* requereu a expedição de ofício às operadoras de telefonia, pleito que foi denegado.

Inconformado, o Ministério Público formulou pedido de reconsideração da decisão mencionada, que restou indeferido, razão pela qual ajuizou a presente Reclamação (e-doc 2).

Sustenta o reclamante a imprescindibilidade da diligência, a fim de esgotar as possibilidades de localização do réu.

Aduz que a expedição dos ofícios não se contrapõe aos princípios da celeridade e da duração razoável do processo.

Argumenta, outrossim, que o poder requisitório deve ser utilizado diante da existência de um procedimento administrativo, e não quando instaurada a relação jurídica processual, visto que naquele as provas são dirigidas ao Ministério Público (como *dominus litis*), e neste são dirigidos ao presidente do feito.

Aduz que, no processo judicial, o Ministério Público é parte e é assim que deve ser considerado, fazendo jus à produção da prova que desejar.

Informações prestadas pelo reclamado, nos termos do e-doc 34.

Após a vinda dos autos a esta instância revisora, a douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra da Dra. ANA PAULA CARDOSO CAMPOS, opinou pelo provimento da Correição Parcial (e-doc. 53).

Voto

Em que pesem os entendimentos contrários em torno do tema, acolho, na íntegra, as razões aduzidas pelo *Parquet* reclamante.

O artigo 129, incisos VI, VIII, e IX, da Constituição da República de 1988, mencionam os poderes de atuação do Ministério Público na área administrativa, ou seja, quando investiga e apura fatos de natureza cível, ou criminal.

O aludido texto constitucional recepcionou o artigo 47, do CPP, que prevê a iniciativa de requisição direta pelo Ministério Público de documentos necessários e complementares àqueles constantes do inquérito policial para a formação de sua *opinio delicti*, momento imediatamente anterior à propositura da ação penal.

Vejamos os textos legais mencionados:

“CF – Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

(...)

VIII- requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”

“CPP – Art. 47. Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.”

Como se verifica, o art. 47, do CPP refere-se ao momento em que o órgão ministerial recebe as peças de informações ou inquérito, autorizando-o a realizar diligências complementares, até que tenha a sua *opinio delicti* formada.

No mesmo sentido, estabelece o art. 35, da Lei Complementar nº 106/2003:

“Art. 35. No exercício de suas funções, cabe ao Ministério Público:

(...)

III – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial-militar, observando o disposto no art. 129, VIII, da Constituição da República, podendo acompanhá-los;

(...)

V – requisitar informações quando o in-

quérito policial não for encerrado em trinta dias, tratando-se de indiciado solto mediante fiança ou sem ela

(...)

XII – representar ao órgão jurisdicional competente para quebra de sigilo, nas hipóteses em que a ordem judicial seja exigida pela Constituição da República, sempre que tal se fizer necessário à instrução de inquérito policial, à investigação cível ou criminal realizada pelo Ministério Público, bem como à instrução processual.”

Da mesma forma, esses dispositivos referem-se à atuação do *Parquet* na área administrativa, ou seja, quando investiga e apura fatos de natureza cível ou criminal. Somente o último dispositivo citado (art. 35, XII) se refere à instrução processual, mas havendo, em todo caso, necessidade de representar ao órgão jurisdicional.

Inexiste norma legal que estabeleça caber ao Ministério Público, com exclusividade, a requisição direta de diligências após a formação da relação jurídico processual.

Não obstante a prerrogativa do Ministério Público de requisitar diligências (artigos 129, incisos VI e VIII, da Constituição Federal, e 35, da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro), os requerimentos pertinentes, no curso da ação penal, devem ser endereçados ao juiz, vez que ele é o destinatário da prova através da qual formará a sua convicção.

O poder requisitório é inerente aos procedimentos administrativos, como o inquérito policial, em que as diligências são requeridas diretamente pelo Ministério Público para a formação de seu convencimento preambular. (neste sentido: PACELLI, **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência** – 2013 – p. 110; MAZZILLI, As inves-

tigações do Ministério Público para fins penais - **Revista APMF** - ano 1 - nº 4 - p. 12 - 2005).

Por essa razão, após oferecida a denúncia e requerida providências por cota ministerial, incumbe ao Poder Judiciário, verificando a sua pertinência e relevância, a expedição de ofícios aos órgãos públicos para a sua ultimação.

Na lição do mestre MIRABETE:

“O poder de requisição direta do Ministério Público de elementos probatórios não exclui a faculdade que tem ele de requerer ao juiz as diligências que entender necessárias. O artigo 47 não se sobrepõe à disciplina específica do processo da ação penal pública em que o Ministério Público, como parte, pode requerer a produção de qualquer espécie de prova ao juiz, diante dos princípios da instrução e da verdade real, que determinará se obedecidos os requisitos legais. O indeferimento da diligência pelo magistrado, configura cerceamento da atividade acusatória, gerando tumulto processual sanável pela correição parcial”. (MIRABETE – CPP – comentário ao artigo 47)

Na contramão da decisão atacada, o indeferimento da diligência requerida pelo Ministério Público, sob o argumento invocado pelo Magistrado a quo, configura cerceamento da atividade acusatória, gerando tumulto processual sanável pela via da correição parcial.

O tema não é novo neste Egrégio Tribunal de Justiça, valendo citar, nesta mesma esteira de entendimento, os seguintes julgados:

“PENAL. PROCESSO PENAL. CORREIÇÃO PARCIAL. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS REQUERIDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA COTA DE OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. PODER REQUISITÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTIGO 129, VI E VIII DA CONSTITUI-

ÇÃO DO BRASIL. ARTIGO 47 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARTIGO 26, I, ALÍNEA B, II, IV DA LEI Nº 8.625/93. Artigo 35 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 106/2003. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. SISTEMA ACUSATÓRIO. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTES ÓRGÃO FRACIONÁRIO. PROCEDÊNCIA DA CORREIÇÃO PARCIAL.

1. Nos exatos termos da decisão que deferiu a suspensão do feito, deve-se salientar que já há precedentes deste Órgão Fracionário, favoráveis à pretensão do reclamante. 2. A questão controvertida, *in casu*, cinge-se ao alcance do poder requisitório do Ministério Público. 3. A Constituição do Brasil, ao dispor sobre as funções institucionais do Ministério Público, traz a previsão dos poderes requisitórios, em seu artigo 129, VI e VIII. 4. No mesmo sentido, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei nº 8.625/93 dispõe em seu artigo 26. 5. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a Lei Complementar nº 106/1993 prevê em seu artigo 35. 6. Do cotejo entre os textos acima destacados, verifica-se que o poder requisitório do Ministério Público está inserido no contexto do procedimento administrativo, inquérito civil ou inquérito policial e militar. 7. Veja-se que a previsão constitucional delega à lei complementar a regulamentação de tais poderes. Portanto, não se pode proceder a uma leitura isolada daquilo que prevê a Constituição e, tampouco, dissociar as alíneas de seus incisos, na interpretação da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e, bem assim, da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. 8. Segundo as técnicas de redação de leis previstas na Lei Complementar nº 95/98, mais especificamente em seu artigo 11, III, para obtenção de ordem lógica, as discriminações e enumerações são feitas por meio de incisos, alíneas e itens, estando, portanto, diretamente subordinados aos parágrafos e *caput* dos artigos que os antecedem. 9. Assim, a leitura

do que dispõem os incisos e as alíneas dos artigos 26 da Lei nº 8.625/93 e da LC nº 106/93 está adstrita à observância da subordinação à norma antecedente, que é objeto da discriminação ou especificação nelas contidas. 10. Não se pode olvidar, contudo, do artigo 47 do Código de Processo Penal, que expressamente prevê a possibilidade de que o Ministério Público, se julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares, ou novos elementos de convicção, os requisite, diretamente, a quaisquer autoridades e funcionários que devem ou possam fornecê-los. 11. A previsão legal situa-se no Título III do Livro I, que versa sobre a ação penal. Pela sua localização, poder-se-ia, açodadamente, concluir que este seria o dispositivo a legitimar a decisão reclamada, uma vez que o poder requisitório do Ministério Público, então, seria aplicável à ação penal. Contudo, não é essa a conclusão a que se chega, quando se procede à interpretação histórica e à interpretação conforme a Constituição. 12. Inicialmente, deve-se ter em conta que o referido dispositivo preexiste à Constituição do Brasil, pois o Código de Processo Penal é de 1941. Todavia, inegável que o artigo 47 do CPP foi por ela recepcionado, diante do que dispõe o artigo 129, VI e VIII do texto constitucional pátrio. 13. A interpretação do dispositivo do Código de Processo Penal deve ter em conta os princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal, especialmente o da isonomia entre as partes, bem como a observância do sistema acusatório. 14. Observando-se a lógica de tais princípios, cabe ao Judiciário a presidência do processo penal, pois de acordo com o sistema acusatório. Ademais a isonomia, aplicada ao processo penal, impõe haja igualdade entre as partes, paridade de armas. Portanto, se a Defesa deve requerer ao juiz a produção de uma prova, por igual, o Ministério Público deve fazê-lo. Até porque, ao promover a requisição direta, como pretende o juiz reclamado, o Ministério Público subtrairia do magistrado a quem cabe presidir o processo penal, zelando por seu regular desenvolvimento

a possibilidade de indeferir a produção de provas que entendesse irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. 15. O argumento do juízo reclamado de que os documentos cuja vinda se indeferiu não constituem elementos de prova, mas de convicção não se sustenta. A Folha de Antecedentes Criminais, *in casu*, tem por escopo demonstrar a conduta social do réu, para fim de aplicação de pena. Ademais, a ação penal já foi deflagrada, com o oferecimento da denúncia pelo parquet que, a partir de então, figura como parte no processo penal, não se justificando que sua atuação se dê de forma paralela à do magistrado, em procedimento já judicializado. Por fim, deve-se salientar a existência de inúmeros precedentes deste E. Tribunal de Justiça, acerca do tema, já referidos tanto na fundamentação da reclamação, quanto no parecer ministerial, do qual se destacam alguns dos mais recentes deste Órgão Fracionário, para evitar repetições desnecessárias (0051239-53.2014.8.19.0000 - Correição Parcial - DES. KÁTIA JANGUTTA - Julgamento: 03/02/2015 Segunda Câmara Criminal e 0054037- 84.2014.8.19.0000 - Correição Parcial- DES. KÁTIA JANGUTTA Julgamento: 25/11/2014 - Segunda Câmara Criminal). Procedência da Segunda Câmara Criminal. (Segunda Câmara Criminal – Correição Parcial nº 0002124-20.2015.8.19.0000 – Rel. Des. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO – julgamento em 17/03/2015)

CORREIÇÃO PARCIAL - PROCESSO PENAL ROUBO PRÉVIO INDEFERIMENTO DO PLEITO MINISTERIAL DE REQUISIÇÃO DE FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS ATUALIZADA DO IMPLICADO, AO FUNDAMENTO DE QUE O PARQUET POSSUI MEIOS PARA OBTÊ-LA MEDIANTE ACESSO A SISTEMA INFORMATIZADO, SENDO CONTRAPRODUCENTE E ATENTANDO CONTRA A Celeridade Processual Irresignação Ministerial, APÓS A REJEIÇÃO DE PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO, PRE-

TENDENDO A INTEGRAL REVERSÃO DO QUADRO, ARGUMENTANDO PARA TANTO QUE NÃO É POSSÍVEL NEGAR AO MINISTÉRIO PÚBLICO A POSSIBILIDADE DA PRODUÇÃO JUDICIAL DA PROVA, QUANDO ELA FOR NECESSÁRIA E QUE NÃO OCORRE EM IMPROPRIEDADE E QUE NÃO VULNERA A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA QUALQUER PEDIDO DE DILIGÊNCIA DO MP À POLÍCIA, DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL, DESDE QUE SEJA RESGUARDADO O CONTRADITÓRIO SUSTENTAÇÃO DE QUE APÓS A INSTAURAÇÃO DA DEMANDA PENAL OS REQUERIMENTOS E PROVAS DEVEM SER REALIZADOS NO PROCESSO, A FIM DE POSSIBILITAR PLENO CONHECIMENTO DEFENSIVO E OPORTUNIZAR O CONHECIMENTO DO DESTINATÁRIO DAS MESMAS E QUE O PODER REQUISITÓRIO DEVE SER UTILIZADO DIANTE DA EXISTÊNCIA DE UM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E NÃO QUANDO INSTAURADA A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL, SEM PREJUÍZO DE ADUZIR QUE INEXISTE REGRA QUE DEIXE A CARGO EXCLUSIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO A REQUISIÇÃO DIRETA DE DILIGÊNCIAS DURANTE O PROCESSO JUDICIAL E QUE A DILIGÊNCIA INDEFERIDA É RELEVANTE E PERTINENTE, SENDO DE INTERESSE DO JUÍZO E DO IMPLICADO PARA QUE A HAJA A CORRETA FIXAÇÃO DA PENA E PARA A CONCESSÃO DE MEDIDAS DESPENALIZADORAS, NÃO TENDO QUALQUER CARÁTER PROTRELATÓRIO ARGUMENTA QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO POSSUI DIFICULDADE EM OBTER DOCUMENTOS E QUE O PROCEDIMENTO DE REQUISIÇÃO DE F.A.C. É DEMORADO, DEVENDO SER SOLICITADO POR EMAIL À COORDENADORIA DE SEGURANÇA E INTELIGÊNCIA DO M.P.R.J., PODENDO DEMORAR ATÉ 07 (SETE) DIAS, AFIR-

MANDO QUE ESTE PRAZO NÃO É RAZOÁVEL PARA APRESENTAR DENÚNCIA EM UM PROCESSO PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO RECURSAL INOBTANTE USUFRUA O *PARQUET* DE PODER REQUISITÓRIO (ARTS. 24 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 28/82, 8º DA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 75/93, E 47, DO CPP), E O QUE DEVERÁ SER UTILIZADO EM PROCEDIMENTO DE CUNHO ADMINISTRATIVO, POSSUI O MESMO A FACULDADE, NOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, DE REQUERER AO MAGISTRADO AS DILIGÊNCIAS QUE JULGAR CONVENIENTES, DESDE QUE ESTAS SE MOSTREM RELEVANTES E PERTINENTES, BEM COMO ÚTEIS E NECESSÁRIAS AO FEITO, NOTADAMENTE QUANDO FOREM DO INTERESSE DO JUÍZO E DO IMPLICADO A RESPECTIVA OBTENÇÃO, COMO, *IN CASU*, A FAC ATUALIZADA DESTE ÚLTIMO, INCLUSIVE PARA ORIENTAÇÃO EM EVENTUAL A FIXAÇÃO DA PENA CORPÓREA A SER IMPOSTA, ALÉM DA CONCESSÃO DE MEDIDAS DESPENALIZADORAS, AINDA MAIS EM INOCORRENDO VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLITUDE DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA, OU DA CELERIDADE, EM RAZÃO DISTO REFORMA DO *DECISUM* INDEFERITÓRIO DO PEDIDO DE REQUISIÇÃO DA F.A.C. ATUALIZADA DO IMPLICADO, DETERMINANDO-SE SEJA A MESMA REQUISITADA PELO JUÍZO RECLAMADO PROCEDÊNCIA DA PRESENTE CORREIÇÃO. (6ª Câmara Criminal – Correição Parcial nº 0052797-76.2014.8.19.0000 – Rel. Des. LUIZ NORONHA DANTAS – julgamento em 11/12/2014)

EMENTA CONSTITUCIONAL - PENAL PROCESSO PENAL CRIME DENÚNCIA DILIGÊNCIA REQUISIÇÃO DA FAC INDEFERIMENTO - CORREIÇÃO PAR-

CIAL RECURSO PROVIDO Ainda que não se controverta acerca do poder requisitório que o Ministério Público possui, o que se deduz do próprio texto constitucional, mormente nos procedimentos administrativos e no curso de eventual investigação penal, o que é renovado na Lei Complementar nº 106/2003, deflagrada a ação penal respectiva, até para maior segurança das partes, sem esquecer o princípio da isonomia, nada impede que o órgão acusador requeira ao juízo o cumprimento de diligências imprescindíveis ao julgamento da pretensão, somente sendo lícito ao magistrado indeferir aquelas que se mostrem irrelevantes e dispensáveis. No caso concreto, mesmo que, em tese, se mostre possível ao Ministério Público já instruir a inicial acusatória com a FAC do denunciado, não se justifica o indeferimento da cota respectiva sob o argumento de que a vinda da peça requerida poderia ocorrer sem a intervenção do judiciário. Trata-se de peça de interesse de todos para a prestação jurisdicional, havendo previsão na própria Consolidação Normativa da Corregedoria de que o serventuário de vara com competência criminal, independentemente de despacho judicial, deverá, tão logo recebida à denúncia, requisitar peças técnicas e esclarecer a folha penal quando juntada aos autos, o que indica a sua relevância para o julgamento do feito. Em síntese, assim como a defesa tem direito à produção de prova, sendo lícito requerer o que lhe for útil ao exercício daquela garantia constitucional, por força do princípio da isonomia, ao Ministério Público também é lícito requerer diligência na busca de comprovar o fato alegado, somente se justificando o indeferimento pelo juiz quando demonstrada a sua irrelevância no julgamento respectivo ou quando evidente o seu caráter procrastinatório ou protelatório, hipóteses ausentes no caso em apreço. Lamentando a própria provocação do Tribunal para dirimir a controvérsia, o que, certamente, acarretou a demora na prestação jurisdicional, acreditando que tudo poderia ser resolvido no primeiro grau sem maior dificu-

dade, a reclamação deve ser acolhida.

Precedentes deste Tribunal. (1ª Câmara Criminal – Correição Parcial nº: 0051741-89.2014.8.19.0000 – Rel. Des. MARCOS BA-SÍLIO – julgamento em 25/11/2014)

Demais disso, impõe ressaltar que nos termos do artigo 256, § 3º, do CPC, aplicável à espécie conforme disposto no artigo 3º do Código de Processo Penal, será realizada a citação por edital quando:

“§ 3º O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos.”

Logo, pertinente a expedição de ofícios às empresas de telefonia, as quais são concessionárias de serviço público, mormente nos dias atuais onde a maioria da população se utiliza da telefonia móvel.

Demais disso, como bem ressaltado pela douta Procuradora de Justiça: “a ausência de expedição de ofícios requerida configura medida obstativa à regular persecução penal, contribuindo, nesse sentido, para prejudicar a apuração de dois delitos de homicídio qualificados.

Não se pode de antemão, em um exercício de futurologia, entender como inútil a diligência requerida, pois a citação por edital, ficta, deve ser determinada apenas em caráter excepcional, quando estiverem esgotados todos os meios de localização do acusado, o que não ocorreu, *in casu*.

Nessa toada, a decisão atacada viola o princípio do devido processo legal, porquanto pela legislação processual penal vigente cabe às partes requererem as diligências cabíveis, devendo o juiz providenciar os meios necessá-

rios para a sua realização.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento à Correição Parcial, para determinar que a autoridade judicial reclamada, Juízo de Direito Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Maricá, officie às empresas de telefonia, a fim de obter o endereço atualizado do acusado.

Rio de Janeiro, 29 de março de 2017.

DES. CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JUNIOR
Relator

ROUBO DE CELULAR. INVASÃO DE RESIDÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE SIMULAÇÃO DE ARMA DE FOGO. NÃO CONSUMAÇÃO. ARMA DE BRINQUEDO. VÍTIMAS DETIVERAM O RÉU ATÉ A CHEGADA DA POLÍCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO.

Apelação. Artigos 157, §2º, c/c 14, II (2X), na forma do artigo 70, todos do Código Penal. Condenação. Agente que, de forma livre e consciente, em comunhão de ações e desígnios com o corrêu, mediante grave ameaça consubstanciada no emprego de simulacro de arma de fogo, subtraiu para si ou para outrem, um celular pertencente à Jéssica e outro aparelho de propriedade de Carlos Henrique, para o que, invadiram o imóvel em que as vítimas estavam com seus familiares, e anunciaram o assalto, apontando o simulacro de arma de fogo e os ameaçando, não se consumando o crime porque as vítimas perceberam que a arma empregada na ação era de brinquedo e detiveram os réus até a chegada da polícia. Recurso defensivo. Abrandamento do regime prisional. Liberdade para apelar.

1 - Liberdade para apelar negada, em

decisão devidamente fundamentada, uma vez que a ora apelante respondeu presa a todo o processo, não havendo modificação na situação fática que ensejasse o benefício, sendo necessária a manutenção da sua prisão, diante da necessidade de se preservar a ordem pública, cumprindo, então, reconhecer a legalidade da sentença que, respeitou a lei e os direitos constitucionais da condenada.

2 - A escolha do regime de cumprimento de pena, conforme dicção do §3º, do artigo 33, do Código Penal, deve fundar-se nas circunstâncias judiciais do delito, somadas à gravidade da conduta perpetrada, e ao quantitativo de pena aplicada. Na hipótese, o regime inicial fechado para o cumprimento da pena afigura-se o mais adequado, se a ré restou condenada a pena superior a quatro anos e, apesar de primária e de bons antecedentes, as circunstâncias do crime são desfavoráveis, eis que apontou o simulacro de arma de fogo para a cabeça de uma criança, de 10 anos, causando enorme temor aos familiares, que inicialmente sequer perceberam se tratar de arma de brinquedo, além de que invadiram a residência, abordando a família em momento de descontração e confraternização, o que, inclusive, justificou a fixação das penas-base acima do mínimo legal, não comportando o pretendido abrandamento.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007195-40.2015.8.19.0023, em que é Apelante Talita Silva do Espírito Santo e Apelado o Ministério Público.

Em Sessão realizada em 21 de fevereiro de 2017, acordaram, à unanimidade, os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

VOTO

A condenação da ora apelante decorreu do fato de que, em 07/03/2015, de forma livre e consciente, em comunhão de ações e desígnios com o corréu Herbert, mediante grave ameaça consubstanciada no emprego de simulacro de arma de fogo, subtraiu para si ou para outrem, um celular pertencente à Jéssica Monteiro Schott e outro aparelho de propriedade de Carlos Henrique Monteiro Lobão.

De acordo com a denúncia, os agentes invadiram o imóvel em que as vítimas estavam, em confraternização com seus familiares, e anunciaram o assalto, apontando o simulacro de arma de fogo e os ameaçando, não se consumando o crime porque as vítimas perceberam que a arma empregada na ação era de brinquedo e detiveram os réus até a chegada da polícia.

Inicialmente, em relação ao pedido de recorrer em liberdade, cumpre salientar que, não há dúvidas de que a prisão é medida de exceção, e a teor da nova redação do artigo 387, do Código de Processo Penal, exige fundamentação idônea acerca da sua necessidade, quando da prolação da sentença condenatória. *In casu*, a liberdade para apelar foi negada sob os seguintes fundamentos:

“Considerando que a ré ficou presa cautelarmente durante toda a instrução, não me parece razoável, diante do incremento dos indícios de sua culpa, que possa recorrer em liberdade, permanecendo ainda presentes os requisitos da preventiva que visam garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal, razão pela qual lhe nego esse direito. Recomende-se-a na unidade carcerária em que se encontra” (Doc. 000157 – p.13).

Assim, diante decisão devidamente fundamentada, uma vez que, a ora apelante respondeu presa a todo o processo, não havendo

modificação na situação fática que ensejasse a liberdade, sendo necessária a manutenção da sua prisão, diante da necessidade de se preservar a ordem pública, cumprindo, então, reconhecer a legalidade da sentença que, respeitou a lei e os direitos constitucionais da condenada.

No mérito, não se questiona a condenação, para a qual restaram devidamente comprovadas a materialidade e a autoria do delito, a teor do Auto de Prisão em Flagrante (Doc. 000006), do Registro de Ocorrência (Doc. 000027), do Auto de Apreensão – simulacro (Doc. 000030), do Laudo de Exame de Material – simulacro (Doc. 000113), além da prova oral colhida no decorrer do processo.

Pretende a Defesa, o abrandamento do regime prisional, entretanto, não lhe assiste razão.

Com efeito, a escolha do regime de cumprimento de pena, conforme dicção do § 3º, do artigo 33, do Código Penal, deve fundar-se nas circunstâncias judiciais do delito. Mas não há dúvidas de que, necessita, também, levar em conta, a gravidade da conduta perpetrada, e o quantum de pena concretizada, na esteira de entendimento que vem sendo adotado nesse Colegiado.

Na hipótese, a sentença reconheceu serem desfavoráveis as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, o que deu amparo à fixação das penas-base acima do patamar mínimo legal, sendo, então, finalizada a reclusiva, em 4 anos, 10 meses e 1 dia.

Considerou o Magistrado de primeiro grau que, a recorrente agiu com maior culpabilidade, eis que apontou o simulacro de arma de fogo para uma criança, de 10 anos, ameaçando-a de morte.

Frise-se que, em sede inquisitória, a ora apelante silenciou (Doc. 000006) e, ao ser in-

terrogada, negou a imputação. Disse estava parada no ponto de ônibus, esperando pela mãe e pelo marido, e várias pessoas passaram correndo, tendo uma delas a prendido, acusando-a do roubo. Admitiu conhecer o corréu Herbert, que é seu vizinho, com quem se encontrou no ponto de ônibus (gravação audiovisual).

O corréu Herbert nada declarou, tanto em sede policial quanto em Juízo (Docs. 000006 e 000118 – p.10).

A vítima Jéssica Monteiro Schott relatou havia uma comemoração em frente à sua casa, estando a depoente dentro do imóvel, juntamente com a prima, de 8 anos, o irmão, de 15 anos e o namorado, enquanto o pai, a mãe e os tios ficaram do lado de fora

Os agentes chegaram num veículo, pela contramão, desceram e a ré, exibindo uma arma de fogo, parou na porta da residência e apontou a arma para a cabeça da prima, exigindo a entrega de carteiras e celulares. Aproveitando-se que a ré abaixou a pistola para pegar o celular da prima, sua mãe a puxou pelo casaco, com a intenção de retirá-la de perto das crianças, tendo colocado a mão na arma, ao que percebeu era de plástico. Seu pai imobilizou o réu, os familiares conseguiram amarrar os criminosos e acionar a polícia (Doc. 000018 e gravação audiovisual).

Carlos Henrique Monteiro Lobão contou estava na casa da sobrinha comemorando o nascimento de outro sobrinho, quando os réus chegaram de carro, e desembarcaram gritando para que passassem os bens ou seriam mortos. Explicou que sua filha, de 10 anos, estava na sala, brincando com o celular, tendo a ré colocado a arma na cabeça da menina, ao que a irmã do depoente, em desespero, reagiu, aproveitando-se que a ré havia se abaixado para pegar o celular, gritando, em seguida, que a arma era de brinquedo. O cunhado do depo-

ente agarrou o réu e todos os presentes conseguiram dominá-los (Doc. 000016 e gravação audiovisual).

Vital Fernando da Silva Schott asseverou que a recorrente entrou na casa da família para roubar a sobrinha, de onde foi arrancada pelos cabelos, depois que detectaram que a arma que ela portava era de plástico (Doc. 000012 e gravação audiovisual).

Note-se, ainda, que, os réus invadiram a residência da família, abordando-os em momento de descontração e confraternização, submetendo a todos a grande nervosismo, especialmente, as crianças presentes, eis que não perceberam inicialmente que a pistola era de brinquedo e tiveram o armamento apontados em suas direções.

Nesse viés, o regime inicial fechado para o cumprimento da pena é o mais adequado.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 21 de fevereiro de 2017.

DES^a. KÁTIA MARIA AMARAL
Relatora

VENDA DE CDS E DVDS PIRATAS. DIREITO AUTORAL. VIOLAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO CABIMENTO. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS.

“Crimes contra propriedade intelectual e de violação de direitos autorais de programa de computador. Artigo 184, § 2º, do Código Penal, e 12, § 2º, na forma do § 3º, inciso ii, da Lei nº 9.609/98. Sentença conde-

natória. Apelação. Absolvição. Ausência de provas da materialidade dos delitos. Falta de condição da ação. Falta de interesse da fazenda estadual. Prevê o artigo 12, § 3º, inciso II, da Lei nº 9.609/98, que nos “crimes previstos neste artigo, somente se procede mediante queixa, salvo: (...) II - quando, em decorrência de ato delituoso, resultar sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária ou prática de quaisquer dos crimes contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo”.

Ao descrever, na exordial, qual conduta praticada pelo recorrente violou direitos de autor de programa de computador, o Ministério Público informou que este “(...) expunha à venda, com intuito de lucro direto, 23 (vinte e três) unidades de discos compactados graváveis (DVD-R), consistentes em *software's*, conforme Laudo de Exame de Material - Contrafação a f. 12/ 17 (...)”.

Segundo ALEXANDRE DE MORAES, “sonegação fiscal é a ocultação dolosa, mediante fraude, astúcia ou habilidade do recolhimento de tributo devido ao poder público.” (MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legislação Penal Especial. São Paulo: Atlas, 1999).

Não há dúvidas da ocorrência de sonegação fiscal quando da venda de produtos contrafeitos, posto que esta prática necessariamente resulta na ocultação dolosa do recolhimento de tributo devido ao poder público. Em outras palavras, o produto é contrafeito justamente para se burlar o recolhimento de tributos estaduais e demais encargos relacionados aos direitos autorais.

Por sua vez, entendo que o laudo nº 15293 descreve pormenorizadamente o crime tipificado no artigo 12, § 2º, da Lei nº 9.609/98, ao informar que foram apreendidos 23 (vinte e três) unidades de discos compactados graváveis (DVD-R), apresentando títulos de jogos (*software*) de videogame (*Playstation 2* e *XBOX 360*), tais como:

BOMBA PATCH 609, THE FAST THE FURIOUS, FARCRY3, NEED FOR SPEED CARBON, ASSASSIN'S CREED III, CALL OF DUTY MODERN WARFARE 2, FIFA 13, RESIDENT EVIL 6, PES 2013, CALL OF DUTY BLACK OPS, CALL OF DUTY MW3, embalados em envelopes plásticos, protegidos por capas impressas por processo diferente do original, sem identificação ou com identificação em *silk screen* dos dados na superfície oposta do disco, (...) sem códigos de segurança IFPI. Parte desse material apreendido foi fotografado (f. 17).

Com relação ao argumento de que a lesão é ínfima ao ponto de a Fazenda Pública entender não haver interesse em cobrá-la judicialmente, esclareço que as instâncias são independentes.

Ademais, inviável a aplicação do princípio da insignificância ou qualquer interpretação do gênero no tipo penal em comento, eis que o bem jurídico tutelado é o direito autoral.

Portanto, entendo que a autoria dos delitos praticados pelo recorrente restou demonstrada pelos depoimentos prestados, em sede judicial, pelos policiais militares. Do mesmo modo, está presente a materialidade dos crimes por meio do auto de apreensão de f. 08, ao constatar a quantidade de 167 (cento e sessenta e sete) mídias recolhidas, entre CD's de música, DVD's de filmes e DVD's de jogos, e pelo Laudo de Exame de Material nº 15293 (f. 12/17), ao defini os discos compactados (DVD) examinados como falsificações vulgarmente conhecidas como “piratas”. Desprovimento do recurso.”

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0020327-07.2013.8.19.0001, da 26ª Vara Criminal da Comarca da Capital, em que é Apelante Herbert Leal da Silva, e figurando como Apelado o Ministério Público,

Acordam os Desembargadores que integram a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de

Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na sessão realizada no dia 21/03/2017, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Integra o presente o relatório de f. 155/157.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Na audiência de instrução e julgamento realizada em 20/05/2013, o recorrente lançou mão de seu direito constitucional de permanecer em silêncio.

Por seu turno, ambos os policiais militares foram firmes ao relatar, na ocasião, que observaram o recorrente comercializando o material apreendido.

Após ter prestado o compromisso legal, o Policial Militar Alexandre da Silva assim se manifestou (f. 59):

“(...) que participou da prisão do apelante; que, no dia dos fatos, estava em patrulhamento no Morro de São Carlos quando foi avistado o recorrente comercializando o material apreendido; que o apelante comercializava próximo a um bar; que os CD’s estavam em uma grade; que ainda tinha uma mochila com CD’s e DVD’s; que o apelante, ao ser preso, confessou que os materiais eram piratas; (...) que nunca tinha visto o recorrente vendendo este material, anteriormente; que a mochila estava nas costas do apelante; que viu pessoas comprando DVD’s do apelante; que o recorrente estava, em alta voz, comercializando o material; que o material era CD’s de *show*, jogos eletrônicos e DVD’s; que não tinham outras pessoas comercializando na rua, apenas o recorrente; que nunca tinha visto o apelante anteriormente (...)”.

Corroborando com as declarações prestadas por seu colega de farda, o Policial Militar Erick Schuenck Combat (f. 60) ainda asseverou:

“(...) que participou da prisão do apelante;

que estava em patrulhamento na comunidade e observou a venda; que o apelante tinha uma tela com vários DVD’s pendurados; que a tela estava apoiada em uma mesa de sinuca, em frente a um bar, na comunidade de São Carlos; que abordaram o recorrente; que perguntaram de quem era os CD’s e DVD’s; que o apelante disse que era dele; que, diante disso, conduziu o recorrente para a Delegacia; que tinha material na grade e na mochila do recorrente; que nunca viu o apelante anteriormente; que, no momento da abordagem, o recorrente estava conversando com outra pessoa sobre os DVD’s; que o apelante fazia propaganda do material; que tinha DVD’s de música, filmes e jogos eletrônicos; que o material foi contado na delegacia; que o apelante confessou que o material era dele e que estava vendendo (...)”.

A defesa pleiteia a absolvição do recorrente em relação ao crime tipificado no artigo 12, § 2º, da Lei nº 9.609/98, por falta de legitimidade ativa, em razão de não estar comprovada a sonegação fiscal, circunstância que, de acordo com o § 3º daquele mesmo artigo legal, transformaria a ação penal, inicialmente privada, em pública incondicionada.

No que tange às condições da ação, o que se demonstra mais acertado é a teoria da asserção, segundo a melhor doutrina. A palavra asserção deriva do latim *assertione* significa afirmação, alegação, argumentação. Segundo a teoria da asserção, também denominada de *prospettazione*, as condições da ação deverão ser cotejadas consoante o alegado pelo autor na exordial, não podendo o juiz penetrar com profundidade em sua análise, sob pena de exercer o juízo meritório.

Em cotejo com o entendimento acima susfragado, entendo correta a tese defensiva que pugna por uma reforma meritória em razão da ausência da condição da ação citada, tomando por balizamento a teoria da asserção.

Contudo, esse entendimento não merece prosperar.

Prevê o artigo 12, § 3º, inciso II, da Lei nº 9.609/98, que nos “crimes previstos neste artigo, somente se procede mediante queixa, salvo: (...) II - quando, em decorrência de ato delituoso, resultar sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária ou prática de quaisquer dos crimes contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo”.

Ao descrever, na exordial, qual conduta praticada pelo recorrente violou direitos de autor de programa de computador, o Ministério Público informou que este “(...) expunha à venda, com intuito de lucro direto, 23 (vinte e três) unidades de discos compactados graváveis (DVD-R), consistentes em *software*’s, conforme Laudo de Exame de Material - Contrafação a f. 12/ 17

(...)”.

Segundo ALEXANDRE DE MORAES, “sonegação fiscal é a ocultação dolosa, mediante fraude, astúcia ou habilidade do recolhimento de tributo devido ao poder público.” (MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. São Paulo: Atlas, 1999)

Não há dúvidas da ocorrência de sonegação fiscal quando da venda de produtos contrafeitos, posto que esta prática necessariamente resulta na ocultação dolosa do recolhimento de tributo devido ao poder público.

Em outras palavras, o produto é contrafeito justamente para se burlar o recolhimento de tributos e demais encargos relacionados aos direitos autorais.

Por sua vez, entendo que o laudo nº 15293 descreve pormenorizadamente o crime tipificado no artigo 12, § 2º, da Lei nº 9.609/98, ao informar que foram apreendidos 23 (vinte

e três) unidades de discos compactados graváveis (DVD-R), apresentando títulos de jogos (*software*) de videogame (Playstation 2 e XBOX 360), tais como: BOMBA PATCH 609, THE FAST THE FURIOUS, FARCRY3, NEED FOR SPEED CARBON, ASSASSIN’S CREED III, CALL OF DUTY MODERN WARFARE 2, FIFA 13, RESIDENT EVIL 6, PES 2013, CALL OF DUTY BLACK OPS, CALL OF DUTY MW3, embalados em envelopes plásticos, protegidos por capas impressas por processo diferente do original, sem identificação ou com identificação em *silk screen* dos dados na superfície oposta do disco, (...) sem códigos de segurança IFPI.

Parte desse material apreendido foi fotografado (f. 17).

Com relação ao argumento de que a lesão é ínfima ao ponto de a Fazenda Pública entender não haver interesse em cobrá-la judicialmente, esclareço que as instâncias são independentes. Ademais, inviável a aplicação do princípio da insignificância ou qualquer interpretação do gênero no tipo penal em comento, eis que o bem jurídico tutelado é o direito autoral. Portanto, entendo que a autoria dos delitos praticados pelo recorrente restou demonstrada pelos depoimentos prestados, em sede judicial, pelos policiais militares.

Do mesmo modo, restou demonstrada a materialidade dos crimes por meio do auto de apreensão de f. 08, ao constatar a quantidade de 167 (cento e sessenta e sete) mídias recolhidas, entre CD’s de música, DVD’s de filme e DVD’s de jogos, e pelo Laudo de Exame de Material nº 15293 (f. 12/17), ao definir os discos compactados (DVD) examinados como falsificações vulgarmente conhecidas como “piratas”.

A conduta imputada ao recorrido não pode ser considerada socialmente aceita, a ponto de justificar seu afastamento da esfera

de proteção do Direito Penal. Ao contrário, tal comportamento importa em prejuízos que vão além daqueles absorvidos pelos artistas e proprietários dos direitos autorais violados. A conduta do apelado atinge também o comércio e a indústria, que sofrem com a concorrência desleal, e o Estado, que deixa de arrecadar os tributos que adviriam da venda regular dos produtos originais.

Ao contrário do que advoga a defesa do recorrido, existe ofensa direta a bem jurídico tutelado pela norma penal, erigido a tal patamar pelo legislador. O intuito, neste caso, é aumentar o âmbito de proteção de obras intelectuais, as quais ficaram mais expostas à comercialização por terceiros, em função do advento das novas tecnologias de reprodução eletrônica. Embora tenha-se conhecimento que uma parcela da população adquira produtos falsificados, não há que se considerar esse comportamento como aceito socialmente, ao contrário, tal conduta se reveste de alto grau de reprovabilidade.

O E. Superior Tribunal de Justiça já analisou a conduta de venda de CD's e DVD's "piratas", como tema de Recursos Repetitivos, sob o nº 593, referente ao REsp nº 1193196, tendo decidido da seguinte forma:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PENAL. OFENSA AO ART. 184, § 2º, DO CP. OCORRÊNCIA. VENDA DE CD'S E DVD'S "PIRATAS". ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido

de considerar típica, formal e materialmente, a conduta prevista no artigo 184, § 2º, do Código Penal, afastando, assim, a aplicação do princípio da adequação social, de quem expõe à venda CD'S E DVD'S "piratas".

2. Na hipótese, estando comprovadas a materialidade e a autoria, afigura-se inviável afastar a consequência penal daí resultante com suporte no referido princípio.

3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp nº 1193196/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Terceira Seção, julgado em 26/09/2012, DJe de 04/12/2012)

Esse entendimento levou, ainda, à elaboração da súmula de número 502 do E. Superior Tribunal de Justiça, a qual sedimenta a inaplicabilidade do princípio da adequação social nos crimes de venda de CDs e DVDs piratas. Essa súmula deve servir de orientação para a interpretação das ações delitivas previstas no §1º do artigo 184 (que preserva o mesmo bem jurídico) e são punidas pelo legislador com pena idêntica, revelando o igual grau de reprovabilidade das condutas.

No que diz respeito ao pretendido questionamento, inexistente qualquer violação às normas constitucionais e infraconstitucionais.

À conta do acima exposto, nego provimento ao recurso defensivo.

Rio de Janeiro, 21 de março de 2017.

DES. ANTÔNIO EDUARDO F. DUARTE
Relator

NOTAS E COMENTÁRIOS

AVISO CONJUNTO TJ/COJES N. 12/ 2017

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, DESEMBARGADOR MILTON FERNANDES DE SOUZA, E O PRESIDENTE DA COMISSÃO JUDICIÁRIA DE ARTICULAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS (COJES), DESEMBARGADOR JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO, AVISAM aos Senhores Magistrados, Membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, de Procuradorias Estaduais, Advogados e demais interessados que os enunciados aprovados em reuniões conjuntas dos Juízes de Direito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública e da Turma Recursal Fazendária, realizadas nos dias 26/06/2015 e 29/06/2015 e publicados por meio do Aviso Conjunto TJ/COJES n. 12 de 20/08/2015, foram reunidos aos enunciados aprovados em reunião dos Juízes de Direito da Turma Recursal Fazendária, realizada no dia sete de julho de dois mil e dezessete, às quatorze horas, estando consolidados para constituir jurisprudência predominante da Turma Recursal Fazendária.

ENUNCIADOS EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA

1. Em se tratando de pedido de fornecimento de medicamento, tratamento ou insumo padronizado pelo Sistema Único de Saúde, deve a ação ser ajuizada em face do ente vinculado ao seu fornecimento em conformidade com a política pública existente e as atribuições administrativas fixadas, não havendo que se falar em solidariedade entre os entes federativos nesse caso (Precedente: RI – processo nº 0346572-45.2014.8.19.0001).

2. Em se tratando de pedido de fornecimento de medicamento, tratamento ou insumo não padronizado pelo Sistema Único de Saúde, pode a ação ser proposta em face de qualquer ente público, já que solidários, impondo-se, entretanto, a comprovação da efetiva necessidade do medicamento, tratamento ou insumo reclamado, bem como a ineficácia daqueles padronizados pelo Sistema Único de Saúde para a doença, dadas as condições do reclamante e seu histórico clínico (Precedente: RI – processo nº 0196584-47.2014.8.19.0001).

3. Em se tratando de pedido de fornecimento de medicamento, tratamento ou insumo, padronizado ou não pelo Sistema Único de Saúde, poderá o juiz, havendo laudo indicativo do Núcleo de Assessoramento Técnico – NAT ou da Câmara de Resolução de Litígios em Saúde – CRLS e com base nos arts. 300 c/c 314 do CPC, conceder a tutela antecipada fundada na urgência, suspendendo-se o processo, após, em se tratando de medicamento não padronizado reclamado em face do Estado do Rio de Janeiro, em vista da decisão proferida pelo E. STJ no Resp n. 1.657.156 – RJ (Precedente: RI – processo nº 0196584-47.2014.8.19.0001).

JUSTIFICATIVA: O E. STJ, nos autos do Resp n. 1.657.156 – RJ, determinou a imediata suspensão de todos os processos que versem sobre a obrigatoriedade de fornecimento pelo Estado do Rio de Janeiro de medicamentos não padronizados pelo Sistema Único de Saúde. A suspensão foi determinada com base no art. 1037, inciso II do CPC a fim de, adotadas as providências cabíveis, ser fixada tese jurídica a ser observada nos julgamentos posteriores. Não há óbice, contudo, à análise pelo juiz do pedido de tutela antecipada fundada na urgência, porque essa providência

decorre do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, de assento constitucional, e também encontra expressa previsão legal nos arts. 300 c/c 314 do CPC.

4. O enunciado n. 116 de Súmula do E. TJERJ (“na condenação do ente público à entrega de medicamento necessário ao tratamento de doença, a sua substituição não infringe o princípio da correlação, desde que relativa à mesma moléstia”) não é aplicável aos processos em curso nos Juizados Fazendários, uma vez que a alteração do pedido pode acarretar violação à natureza tripartida do Sistema Único de Saúde, estendendo-se sem prévia instrução as atribuições administrativas dos entes federativos, além de afronta à principiologia de julgamento que orienta todo o Microsistema dos Juizados Especiais, em especial as normas insertas nos artigos 2º e 6º da Lei n. 9.099/95, incidentes nos Juizados Fazendários por força do artigo 27 da Lei n. 12.153/09 (Precedente: RI – processo nº 0457300-56.2014.8.19.0001).

JUSTIFICATIVA: A substituição de medicamentos, tratamentos e insumos após a sentença tem o condão, na prática, de eternizar o processo nos Juizados Fazendários, pois, ao alargar os limites objetivos da lide inicialmente posta em Juízo a fim de garantir, sem nova ação, que nova causa de pedir e pedido sejam deduzidos, permite que um mesmo processo, jamais extingüível em razão de sua própria natureza (já que em matéria de saúde as causas dos males e doenças sempre são interdependentes, sendo o organismo humano, por meio de seus órgãos e funções, o resultado perfeito de um sistema sincrônico), se preste a tutelar o direito à saúde da parte indefinidamente, em prejuízo da funcionalidade que o Microsistema deve resguardar com o objetivo que não é outro se não o de manter-se eficiente e célere para causas de menor complexidade fática. A principiologia que deve o Microsistema observar, com o escopo de manter-se funcional, repousa inicialmente na própria CRFB (artigo 98, I, que determina a criação de um Sistema de Justiça para as causas menos complexas), passando às leis ordinárias de regência (Lei n. 9.099/95 c/c 12.153/09) que positivam a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade como critérios orientadores do julgamento.

5. Em se tratando de pedido de fornecimento de medicamento, tratamento ou insumo, padronizado ou não pelo Sistema Único de Saúde, não é possível à parte reclamante eleger a marca específica a ser fornecida pelo ente público nos casos em que há, no mercado, outras de idêntica segurança e registradas pela ANVISA, sob pena afronta direta ao Princípio da Impessoalidade que deve nortear as relações estabelecidas pela Administração Pública e seus contratados (Precedente: RI – processo nº 0114788-97.2015.8.19.0001).

6. Em se tratando de pedido urgente para internação hospitalar, é imperioso notar que os entes federativos devem se organizar para atender ao comando constitucional contido no artigo 6º, promovendo a descentralização da gestão e a racionalização das atribuições, assim observando a integralidade da assistência à saúde, que é direito subjetivo público fundamental. Não havendo vagas disponíveis na rede pública, entretanto, comprovada a urgência do pedido, poderá o juiz determinar a internação do reclamante em leito hospitalar privado, às expensas do Poder Público, até que seja possível sua transferência a uma unidade da rede hospitalar pública (Precedente: RI – processo nº 0334103-64.2014.8.19.0001).

ENUNCIADOS EM MATÉRIA DE LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO

7. A recusa ao teste do etilômetro, desde o advento da Lei n. 11.705/08 (com a redação do § 3º do artigo 277 da Lei n. 9503/97), por si, dá ensejo à aplicação das penalidades de multa e suspensão do direito de dirigir, além das medidas administrativas de recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo (Precedente: RI – processo nº 0083787-94.2015.8.19.0001).

8. É lícito o condicionamento da realização de vistoria, visando o licenciamento anual, ao pagamento das multas e tributos pendentes (Precedente: Recurso Inominado – processo n. 0172360-11.2015.8.19.0001).

9. É lícito o condicionamento da liberação do veículo apreendido ao pagamento das multas pendentes, taxa de reboque e diárias, estas limitadas ao número de 30 (trinta) (Precedente: Recurso Inominado – processo n. 0243932-90.2016.8.19.0001).

ENUNCIADOS EM MATÉRIA PROCESSUAL

10. Os Juizados Especiais da Fazenda Pública da Comarca da Capital não possuem competência territorial-funcional para processar e julgar demandas de partes domiciliadas em municípios diversos do Rio de Janeiro, a teor do que dispõem os artigos 19, I e 20 da Lei n. 5.781/10 c/c artigo 2º, §4º da Lei n. 12.153/09. A competência para processar e julgar essas demandas pertence ao juízo fazendário comum, enquanto não instalados os Juizados Fazendários regionais. (Precedente: RI – processo nº 0261506-29.2016.8.19.0001).

11. Os Juizados Especiais da Fazenda Pública da Comarca da Capital não possuem competência para processar e julgar demandas de natureza tributária até que seja editado ato do Presidente do Tribunal de Justiça a que se refere o artigo 49 da Lei n. 5.781/10. A competência para processar e julgar essas demandas pertence ao juízo fazendário, sendo esta absoluta em razão da matéria tributária, devendo-se observar, na comarca da capital, que havia disposição específica com relação às 11ª e 12ª Varas de Fazenda Pública, sendo os dispositivos legais, respectivamente, o art. 97, § 3º, I e §5º, inciso II do CODJERJ. Ocorre, porém, que atualmente há o artigo 44, inciso I, LODJ, dispondo, de modo genérico, acerca da competência dos Juízos de Direito de Fazenda Pública (Precedente: RI – processo nº 0296734-65.2016.8.19.0001).

12. Inadmissível em sede de Juizado Especial Fazendário o pedido de reajuste da parcela de produtividade fiscal devida ao Auditor Fiscal da Receita do Estado diante da necessidade de realização de perícia contábil, situação que se contrapõe aos princípios da simplicidade, celeridade e à regra do parágrafo único, do artigo 38, da Lei 9.099/95, incidente nos Juizados Fazendários por força do artigo 27 da Lei n. 12.153/09 (Precedente: RI – processo nº 0505666-92.2015.8.19.0001).

13. O pedido em sede de Juizado Especial Fazendário deve ser líquido, sob pena de indeferimento da inicial, na forma do artigo 14 da Lei n. 9.099/95, incidente nos Juizados Fazendários por força do artigo 27 da Lei n. 12.153/09 (Precedente: Recurso Inominado – processo n. 0026617-33.2016.8.19.0001).

14. É inadmissível a citação ficta no procedimento do Juizado Especial da Fazenda Pública, na forma do artigo 18, §2º da Lei n. 9.099/95, incidente nos Juizados Fazendários por força do artigo 27 da Lei n. 12.153/09 (Precedente: Recurso Inominado – processo n. 0087519-83.2015.8.19.0001).

15. Diante do princípio da unicidade recursal, é incabível a impetração de mandado de segurança em relação à decisão interlocutória, podendo esta ser objeto de eventual Recurso Inominado (Precedente: Mandado de Segurança – processo n. 0000781-90.2017.8.19.9000).

16. Tendo em vista tratar se de obrigação de fazer sem conteúdo econômico imediato os Juizados Especiais da Fazenda Pública são absolutamente competentes para apreciar as demandas que tenham por objeto o fornecimento de insumos e remédios, assim como a prestação de assistência hospitalar (Precedente: Recurso Inominado – processo n. 0135382-98.2016.8.19.0001)

ENUNCIADOS EM MATÉRIA DE SERVIDOR PÚBLICO

20. A promoção de servidor menos antigo não gera, por si só, automaticamente, ascensão na carreira dos demais funcionários que lhe precedem, não havendo que se falar, outrossim e ipso facto, em dano moral (Precedente: Recurso Inominado – processo nº 0071916-33.2016.8.19.0001).

21. É devida indenização por férias ou licenças não gozadas apenas aos servidores inativos, vedado o fracionamento de ações e salvo se já tiverem sido consideradas em dobro para efeito de aposentadoria, com base no Princípio que Veda o Enriquecimento sem Causa da Administração, impondo-se observar a decisão proferida pelo STF em regime de repercussão geral nos autos do Recurso Extraordinário n. 721.001/RJ (Precedente: Recurso Inominado – processo n. 0198159-90.2014.8.19.0001).

22. O termo inicial do lapso prescricional da ação indenizatória tendo por objeto férias ou licenças não gozadas por servidor inativo é a data da aposentadoria do servidor (Precedente: Recurso Inominado – processo n. 0454253-40.2015.8.19.0001).

23. A indenização por férias e licenças não gozadas deve ter por base de cálculo o rendimento bruto dos vencimentos, excluídas as verbas eventuais percebidas pelo servidor, a exemplo do abono permanência, devendo ser levado em conta o último contracheque do período de atividade, e formulado pedido líquido, especificando as verbas pretendidas, sob pena de indeferimento da inicial (Precedente: Recurso Inominado – processo n. 0454253-40.2015.8.19.0001).

24. Inviável a retenção de imposto de renda e o desconto de contribuição previdenciária sobre a indenização por férias e licença não gozadas tendo em vista sua natureza indenizatória (Precedente: Recurso Inominado – processo n. 0080065-86.2014.8.19.0001).

25. Nas ações objetivando a restituição das contribuições para o Fundo de Saúde da Lei Estadual n. 3.465/00, o termo a quo é a partir do desconto, observado o prazo prescricional contra a Fazenda Pública (Precedente: Recurso Inominado – processo n. 0264703-89.2016.8.19.0001).

ENUNCIADOS EM MATÉRIA ADMINISTRATIVA

26. O reconhecimento de dívida pelo Estado do Rio de Janeiro em processo administrativo suspende o prazo prescricional para cobrança judicial, por força do artigo 4º do Decreto nº 20.910/32 (Precedente: Recurso Inominado – processo n. 0306145-35.2016.8.19.0001).

27. Cabe indenização aos titulares de direito real de uso das cadeiras cativas do Maracanã em decorrência da impossibilidade do exercício do seu direito por ato do Poder Público, sendo devido, nas Olimpíadas e Paralimpíadas, o montante equivalente ao valor oficial de venda do ingresso do setor onde se localiza a respectiva cadeira e, na Copa das Confederações e do Mundo, os montantes previamente fixados, respetivamente, nos Decretos estaduais ns. 44.236/2013 e 44.746/2014 (Precedente: Recurso Inominado – processo n. 0145947-24.2016.8.19.0001).

JUSTIFICATIVA: Diante da necessidade de estabelecer critério de indenização aos titulares do direito de uso das chamadas cadeiras cativas existentes no Maracanã em razão de impossibilidade de exercício do seu direito durante a realização da Copa das Confederações da FIFA 2013 e da Copa do Mundo, no ano de 2014, foram editados os Decretos estaduais nºs. 44.236/2013 e 44.746/2014. Nos termos do artigo 2º, do Decreto estadual nº. 44.236/2013, a soma dos valores estipulados para os jogos da Copa das Confederações (R\$ 228,00, R\$ 228,00 e R\$ 418,00) resulta no montante de R\$ 874,00. Para a Copa do Mundo, nos termos do artigo 2º, do Decreto estadual nº 44.746, é devido o total de R\$ 4.480,00 pelos jogos da copa do mundo (R\$ 350,00 para jogos da fase de grupos - total de 04 jogos; R\$ 440,00 para oitavas de final – 01 jogo; R\$ 660,00 para quartas de final - 01 jogo; R\$ 1.980,00 para a final - 01 jogo). A ausência de regulamentação pelo Estado do valor a ser pago aos titulares das cadeiras pela impossibilidade de uso durante as Olimpíadas e Paralimpíadas não afasta o direito ao recebimento da indenização, devendo, assim, prevalecer o valor do ingresso colocado à venda pela organização oficial do evento, atentando-se para o respectivo setor onde se localiza a cadeira cativa.

28. Nas condenações às obrigações de pagar impostas ao Poder Público referentes a débitos não tributários, os juros moratórios e a correção monetária serão calculados em conformidade com o artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/2009 (Precedente: Recurso Inominado – processo n. 0241110-31.2016.8.19.0001).

JUSTIFICATIVA: Em relação aos juros moratórios sobre débitos não tributários, a sistemática não sofreu os efeitos do julgamento da ADI n. 4357/DF pelo E. STF, de modo que se deve observar que o percentual de 6% ao ano até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009 e, após, aquele aplicado às cadernetas de poupança. No que tange à correção monetária, o E. STF aclarou, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 870947/SE, em Regime de Repercussão Geral (Tema 810), que o afastamento do art. 1º-F da Lei n. 9494/97 com a redação dada pela Lei n. 11.960/2009 - pela declaração de inconstitucionalidade parcial proferida por arrastamento nas ADIs ns. 4357/DF e 4425/DF, consoante o artigo 18 da Lei n. 8870/94 - teve por alcance exclusivo os débitos já consolidados em precatórios expedidos ou pagos. Na parte referente à atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até a expedição do requisitório – ou seja, entre o dano efetivo/ajuizamento da demanda/sentença condenatória – firmou o E. STF o entendimento de que o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 encontra-se em pleno vigor, já que pendente pronunciamento expres-

so daquela Corte acerca de sua constitucionalidade. Assim, deve também ser acolhido o recurso do Estado, nesse aspecto, impondo-se a aplicação do índice de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), sem o limite temporal de 25 de março de 2015, conforme o art. 1º-F da Lei 9.494/97, ainda em vigor.

Rio de Janeiro, 21 de julho de 2017.

Desembargador MILTON FERNANDES DE SOUZA
Presidente do Tribunal de Justiça

AÇÃO AFIRMATIVA

0005329-32.2016.8.19.0000

9089 / 2016 - TJ - (AI) - Mandado de segurança. Educação. Estudante da rede privada que fez inscrição eletrônica para escola técnica estadual. Sorteio. Vaga assegurada. Não preenchimento dos critérios de seleção na apresentação dos documentos. Não adequação à política de ação afirmativa. Estudantes carentes. Cunho universalista. Redução de desigualdades étnicas, sociais e econômicas..... 237

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

1459555 / 2014 - STJ - (RESP) - Ação Civil Pública. Limitação do prazo de troca de produtos. Três dias corridos a contar da nota fiscal. Lei nº 8.078/90 estabelece prazo de 30 e 90 dias. Sentença restabelecida. Recurso do Ministério Público prejudicado 93

00046051-11.2016.8.19.0000

56016 / 2016 - TJ - (AI) - Ação Civil Coletiva. Sindicato dos taxistas. UBER. Antecipação de tutela indeferida. Argumentação autoral frágil. Prestação de serviço. Diferenças. Decisão em harmonia com súmula nº 59 do TJERJ..... 195

AÇÃO MONITÓRIA

0028395-85.2014.8.19.0202

6305 / 2017 - TJ - (AC) - Ação monitoria. Existência de documento escrito com identificação da obrigação exigida, sem eficácia de título executivo. Contrato de prestação de serviços educacionais. Ausência de pagamento durante três meses. Ajuste do valor histórico do título executivo judicial. Gratuitude de justiça. Não isenção das despesas processuais e dos honorários advocatícios. Ônus sucumbenciais suspensos..... 210

ACESSIBILIDADE

00042525-36.2016.8.19.0000

53244 / 2016 - TJ - (AI) - Direito à acessibilidade e à educação. Portador de necessidades especiais. Obra em estação ferroviária. Transporte adequado para a locomoção

do autor à Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Estatuto da pessoa com deficiência. Lei nº 13.146/2015. Adequação sob pena de multa diária..... 156

A Clássica e Contemporânea Execução Civil

ERIC CESAR MARQUES FERRAZ..... 47

ACUMULAÇÃO

0411976-09.2015.8.19.0001

60975 / 2016 - TJ - (AC) - Obrigação de fazer. Acumulação de dois cargos de professor. Permissão estabelecida em exceção contida na Constituição Federal. Necessidade de compatibilidade de horário. Demonstração da legalidade das duas matrículas pelo autor. Sentença mantida na íntegra..... 242

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

0261900-07.2014.8.19.0001

74828 / 2015 - TJ - (AC) - Ação Civil Pública. Direito à educação. Constituição Federal. Direito Social. Carência de professores. Inércia ou conduta omissiva injustificada da Administração Pública. Não demonstrado. Sentença mantida 125

0001112-43.2016.8.19.0000

137 / 2016 - TJ - (MS) - Mandado de segurança. Entrega de diploma e histórico escolar. Extinção da instituição de ensino. Inércia administrativa. Direito líquido e certo em relação à obtenção do diploma junto à Secretaria Estadual de Educação. Continuidade da educação..... 179

0307583-04.2013.8.19.0001

1206 / 2016 - TJ - (RSE) - Desacato. Respeito às funções públicas. Inexistência de ofensa ao princípio da igualdade ou liberdade de expressão. Decisão reformada. Prosseguimento do feito 262

0026311-67.2016.8.19.0000

33131 / 2016 - TJ - (AI) - Ação Civil Pública. Escola estadual. Normalização do serviço de portaria. Alegação de recursos

escassos e violência ao princípio constitucional da separação de poderes. Inocorrência. Dever do Estado. Efetivação do serviço essencial de educação..... 131

0042097-54.2016.8.19.0000

52839 / 2016 - TJ - (AI) - Garantia de acesso à educação. Constituição Federal. Vaga em creche. Recusa. Reserva do possível. Não cabimento. Dever do Estado. Voto vencido..... 172

ARMA DE FOGO

0007195-40.2015.8.19.0023

12073 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Roubo de celular. Invasão de residência. Utilização de simulação de arma de fogo. Não consumação. Arma utilizada era de brinquedo. Vítimas detiveram o réu até a chegada da polícia. Pena-base acima do mínimo legal. Regime prisional inicial fechado..... 295

ATO ILÍCITO

0011377-06.2013.8.19.0002

14544 / 2017 - TJ - (AC) - Ação indenizatória. Comparecimento à solenidade sem convite. Retirada do evento de forma vexatória. Ausência de comprovação de conduta agressiva. Inexistência de ato ilícito. Dano moral não configurad 207

AUTISMO

0006043-25.2014.8.19.0044

60709 / 2016 - TJ - (AC) - Direito à educação e à saúde. Autista. Ingresso em escola particular especializada. Localização em cidade vizinha. Custeio pelo Município de todas as despesas. Existência de unidades escolares públicas adequadas no próprio Município. Políticas públicas. Estudo Social. Não cabimento..... 168

BOLSA DE ESTUDO

0005244-90.2011.8.19.0042

39600 / 2014 - TJ - (AC) - Programa todos pela educação. Média obtida no ensino fundamental cursado na rede pública. Bolsa integral de estudos em escola particular.

Requisitos legais preenchidos. Violação ao princípio da igualdade e da publicidade. Não ocorrência. Redução de vagas. Maiores médias aritméticas. Critérios da igualdade e razoabilidade 186

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

1459555 / 2014 - STJ - (RESP) - Ação Civil Pública. Limitação do prazo de troca de produtos. Três dias corridos a contar da nota fiscal. Lei nº 8.078/90 estabelece prazo de 30 e 90 dias. Sentença restabelecida. Recurso do Ministério Público prejudicado 93

CONCURSO FORMAL PRÓPRIO

375108 / 2016 - STJ - (HC) - Receptação e Corrupção de Menores. Infrações penais de espécies distintas. Concurso formal próprio. Inexistência de desígnios autônomos na prática dos referidos crimes. Restabelecimento da sentença. Ordem concedida de ofício 110

CONCURSO PÚBLICO

0024559-60.2016.8.19.0000

30909 / 2016 - TJ - (AI) - Ação Civil Pública. Município. Educação especial. Carência de agentes especializados. Omissão. Não inclusão do cargo em concurso público. Previsão no estatuto da pessoa com deficiência Dever constitucional..... 134

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

0411976-09.2015.8.19.0001

60975 / 2016 - TJ - (AC) - Obrigação de fazer. Acumulação de dois cargos de professor. Permissão estabelecida em exceção contida na Constituição Federal. Necessidade de compatibilidade de horário. Demonstração da legalidade das duas matrículas pelo autor. Sentença mantida na íntegra..... 242

CONSTRANGIMENTO ILEGAL

0066548-46.2016.8.19.0000

1054 / 2017 - TJ - (HC) - Extorsão mediante sequestro. Forma qualificada. Prisão preventiva. Alegação de ofensa ao princípio da homogeneidade. Argumentos que somente

poderão ser aferidos no mérito da ação penal. Constrangimento ilegal não configurado Denegação da ordem 265

CONSUMIDOR

0073635-41.2013.8.19.0038

69495 / 2016 - TJ - (AC) - Consumidor. Instituição de ensino. Queimadura no rosto da menor. Tinta guache. Utilização em pintura facial. Advertência constante da embalagem. Dano moral. Pedido improcedente em relação à empresa..... 217

CONTRATO

0051264-95.2016.8.19.0000

61999 / 2016 - TJ - (AI) - Contrato de afretamento e prestação de serviço. Navio-Sonda. PETROBRAS. Período de dez anos. Grandes investimentos. Descumprimento de cláusula contratual. Alegação de ausência de manutenção de equipamento. Risco à segurança. Rescisão unilateral. Respeito ao princípio da autonomia da vontade..... 220

CORREIÇÃO PARCIAL

0000679-05.2017.8.19.0000

8 / 2017 - TJ - (PRPN) - Reclamação. Correição parcial. Diligência requerida. Procedência. Devido processo legal. Expedição de ofício às empresas de telefonia para obtenção de endereço 288

CORRUPÇÃO DE MENORES

0000586-10.2015.8.19.0001

2287 / 2017 - TJ - (ACRIM) - Furto. Concurso de pessoas. Corrupção de menores. ECA. Natureza formal. Prova. Súmula nº 500, do STJ. Substituição da pena. Prestação de serviços 278

CRECHE

0072701-63.2014.8.19.0001

Desvio de função. Creche Municipal. Auxiliar que exerce atividade de professor de educação infantil. Cobrança de diferença. Reconhecimento pelo STJ. Ausência de prova em contrário trazida pela municipalidade 229

DANO MORAL

0049109-20.2010.8.19.0004

7153 / 2017 - TJ - (AC) - Indenizatória. Aluno de escola municipal. Queda em piso molhado. Omissão da escola na prestação de socorro. Internação. Traumatismo crânio encefálico. Dever de segurança e vigilância de seus alunos. Provas. Danos morais. Juros de mora a contar da citação..... 176

0382526-60.2011.8.19.0001

11011 / 2017 - TJ - (AC) - Erro médico. Troca de medicamento. Legitimidade passiva da Casa de Saúde por vínculo contratual com a CEPERJ. Ausência de dano moral a ser indenizado. Não configuração de prejuízo à saúde da criança. Inexistência de prova conclusiva nos autos da alegada falha. Improvimento do recurso..... 231

0011377-06.2013.8.19.0002

14544 / 2017 - TJ - (AC) - Ação indenizatória. Comparecimento à solenidade sem convite. Retirada do evento de forma vexatória. Ausência de comprovação de conduta agressiva. Inexistência de ato ilícito. Dano moral não configurado 207

DESACATO

0307583-04.2013.8.19.0001

1206 / 2016 - TJ - (RSE) - Desacato. Respeito às funções públicas. Inexistência de ofensa ao princípio da igualdade ou liberdade de expressão. Decisão reformada. Prosseguimento do feito 262

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

0018929-97.2010.8.19.0205

88445 / 2016 - TJ - (AC) - Ação de reparação de danos materiais e morais. Menor. Situação constrangedora em sala de aula. Cancelamento da matrícula. Ato atentatório à dignidade da pessoa humana. Não comprovação. Mero aborrecimento. Recurso negado 205

DIPLOMA

0001112-43.2016.8.19.0000

137 / 2016 - TJ - (MS) - Mandado de segurança. Entrega de diploma e histórico escolar. Extinção da instituição de ensino. Inércia administrativa. Direito líquido e certo em relação à obtenção do diploma junto à Secretaria Estadual de Educação. Continuidade da educação..... 179

DIREITO À EDUCAÇÃO

0261900-07.2014.8.19.0001

74828 / 2015 - TJ - (AC) - Ação Civil Pública. Direito à educação. Constituição Federal. Direito Social. Carência de professores. Inércia ou conduta omissiva injustificada da Administração Pública. Não demonstrado. Sentença mantida 125

0024559-60.2016.8.19.0000

30909 / 2016 - TJ - (AI) - Ação Civil Pública. Município. Educação especial. Carência de agentes especializados. Omissão. Não inclusão do cargo em concurso público. Previsão no estatuto da pessoa com deficiência. Dever constitucional 134

0026311-67.2016.8.19.0000

33131 / 2016 - TJ - (AI) - Ação Civil Pública. Escola estadual. Normalização do serviço de portaria. Alegação de recursos escassos e violência ao princípio constitucional da separação de poderes. Inocorrência. Dever do Estado. Efetivação do serviço essencial de educação..... 131

0042097-54.2016.8.19.0000

52839 / 2016 - TJ - (AI) - Garantia de acesso à educação. Constituição Federal. Vaga em creche. Recusa. Reserva do possível. Não cabimento. Dever do Estado. Voto vencido..... 172

0042525-36.2016.8.19.0000

53244 / 2016 - TJ - (AI) - Direito à acessibilidade e à educação. Portador de necessidades especiais. Obra em estação ferroviária. Transporte adequado para a locomoção do autor à Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Estatuto da pessoa com deficiência.

Lei nº 13.146/2015. Adequação sob pena de multa diária..... 156

0006043-25.2014.8.19.0044

60709 / 2016 - TJ - (AC) - Direito à educação e à saúde. Autista. Ingresso em escola particular especializada. Localização em cidade vizinha. Custeio pelo Município de todas as despesas. Existência de unidades escolares públicas adequadas no próprio Município. Políticas públicas. Estudo Social. Não cabimento..... 168

0496983-03.2014.8.19.0001

66460 / 2016 - TJ - (AC) - Administração pública. Direito à educação. Carência de professores. Currículo escolar. Cumprimento. Dever do Estado. Multa diária. Princípio da dignidade da pessoa humana 140

0059079-46.2016.8.19.0000

71063 / 2016 - TJ - (AI) - Direito à educação. Constituição Federal, ECA e Lei nº 13.146/2015. Inclusão de pessoa com deficiência. Instrumento de transformação social. Dignidade da pessoa humana. Prestação de transporte. Responsabilidade pela garantia..... 151

DIREITO AUTORAL

0020327-07.2013.8.19.0001

14383 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Venda de CDs e DVDs piratas. Direito autoral. Violação. Princípio da insignificância. Não cabimento. Princípio da adequação social. Inaplicabilidade. Autoria e materialidade comprovadas 297

ECA

0054800-51.2015.8.19.0000

60726 / 2015 - TJ - (AI) - Obrigação de fazer. Município. Antecipação de tutela. ECA. LDB. Direito à educação e à creche. Prioridade absoluta. Arts. 208, IV e Art.227 da CRFB182

EMPRESA

1655430 / 2017 - STJ - (RESP) - Registro da empresa junto ao órgão competente. Ine-

xistência. Atividade preponderante da sociedade não é a de administrador. Ausência de obrigatoriedade de registro no CRA/RJ. Não revisão pelo STJ. Vedação da Súmula nº 7/STJ 103

ENSINO MÉDIO

0005329-32.2016.8.19.0000

9089 / 2016 - TJ - (AI) - Mandado de segurança. Educação. Estudante da rede privada que fez inscrição eletrônica para escola técnica estadual. Sorteio. Vaga assegurada. Não preenchimento dos critérios de seleção na apresentação dos documentos. Não adequação à política de ação afirmativa Estudantes carentes. Cunho universalista. Redução de desigualdades étnicas, sociais e econômicas.....237

ERRO MÉDICO

0382526-60.2011.8.19.0001

11011 / 2017 - TJ - (AC) - Erro médico. Troca de medicamento. Legitimidade passiva da Casa de Saúde por vínculo contratual com a CEPERJ. Ausência de dano moral a ser indenizado. Não configuração de prejuízo à saúde da criança. Inexistência de prova conclusiva nos autos da alegada falha. Improvimento do recurso231

ESCOLA

0049109-20.2010.8.19.0004

7153 / 2017 - TJ - (AC) - Indenizatória. Aluno de escola municipal. Queda em piso molhado. Omissão da escola na prestação de socorro. Internação. Traumatismo crânio encefálico. Dever de segurança e vigilância de seus alunos. Provas. Danos morais. Juros de mora a contar da citação..... 176

Exame Analítico das Informações Estatísticas da Justiça Criminal de Primeiro Grau de Jurisdição do Estado do Rio de Janeiro.

AYLTON CARDOSO VASCONCELLOS.....22

EXECUÇÃO

1558185 / 2015 - STJ - (RESP) - Execução.

Honorários periciais. Não inclusão. Desnecessidade. Princípio da sucumbência. 100

EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO
0011377-06.2013.8.19.0002

14544 / 2017 - TJ - (AC) - Ação indenizatória. Comparecimento à solenidade sem convite. Retirada do evento de forma vexatória. Ausência de comprovação de conduta agressiva. Inexistência de ato ilícito. Dano moral não configurad207

EXTORSÃO

0066548-46.2016.8.19.0000

1054 / 2017 - TJ - (HC) - Extorsão mediante sequestro. Forma qualificada. Prisão preventiva. Alegação de ofensa ao princípio da homogeneidade. Argumentos que somente poderão ser aferidos no mérito da ação penal. Constrangimento ilegal não configurado. Denegação da orde265

FURTO

0000586-10.2015.8.19.0001

2287 / 2017 - TJ - (ACRIM) - Furto. Concurso de pessoas. Corrupção de menores. ECA. Natureza formal. Prova. Súmula nº 500, do STJ. Substituição da pena. Prestação de serviços278

GRATIFICAÇÃO

0038253-72.2013.8.19.0042

12 / 2016 - TJ - (PRCV) - Uniformização de Jurisprudência. Gratificação denominada Nova Escola. Classificação de avaliação automática. Natureza genérica. Incorporação aos vencimentos. Inclusão na base de cálculo da contribuição previdenciária 188

0247200-94.2012.8.19.0001

79667 / 2016 - TJ - (AC) - Indenizatória. Gratificação por desempenho de atividade perigosa. Servidor público estadual em exercício em unidade prisional. Percepção de GEE. Cabimento da gratificação pleiteada pelo autor, descontando-se os valores já pagos a título de GEE. Parcial provimento234

0421833-50.2013.8.19.0001

10813 / 2017 - TJ - (AC) - Servidor do Município. Pretensão de recebimento de gratificação por tempo de serviço. Triênio. Dissenso jurisprudencial. Lei *versus* decreto. Instauração de Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Verbete sumular. Direito ao pagamento de triênios retroativamente, respeitado o prazo prescricional de cinco anos 247

HONORÁRIOS

1558185 / 2015 - STJ - (RESP) - Execução. Honorários periciais. Não inclusão. Desnecessidade. Princípio da sucumbência..... 100

Judicialização da Educação Infantil, o Trabalho dos Professores e a Qualidade da Educação: Relações Possíveis.

CARLOS ROBERTO JAMIL CURY E LUIZ ATONIO MIGUEL FERREIRA..... 32

Justiça e Política: Arenas de Desiguais.

ALEXANDRE CHINI E MARCELO MORAES CAETANO 13

LDB**0054800-51.2015.8.19.0000**

60726 / 2015 - TJ - (AI) - Obrigação de fazer. Município. Antecipação de tutela. ECA. LDB. Direito à educação e à creche. Prioridade absoluta. Arts. 208, IV e Art.227 da CRFB..... 182

LEI Nº 13.146/2015**0059079-46.2016.8.19.0000**

71063 / 2016 - TJ - (AI) - Direito à educação. Constituição Federal, ECA e Lei nº 13.146/2015. Inclusão de pessoa com deficiência. Instrumento de transformação social. Dignidade da pessoa humana. Prestação de transporte. Responsabilidade pela garantia..... 151

MEIO AMBIENTE**0051264-95.2016.8.19.0000**

61999 / 2016 - TJ - (AI) - Contrato de afretamento e prestação de serviço. Navio-Son-

da. PETROBRAS. Período de dez anos. Grandes investimentos. Descumprimento de cláusula contratual. Alegação de ausência de manutenção de equipamento. Risco à segurança. Rescisão unilateral. Respeito ao princípio da autonomia da vontade 220

MENOR**0073635-41.2013.8.19.0038**

69495 / 2016 - TJ - (AC) - Consumidor. Instituição de ensino. Queimadura no rosto da menor. Tinta guache. Utilização em pintura facial. Advertência constante da embalagem. Dano moral. Pedido improcedente em relação à empresa 217

0018929-97.2010.8.19.0205

88445 / 2016 - TJ - (AC) - Ação de reparação de danos materiais e morais. Menor. Situação constrangedora em sala de aula. Cancelamento da matrícula. Ato atentatório à dignidade da pessoa humana. Não comprovação. Mero aborrecimento. Recurso negado 205

MULTA**0496983-03.2014.8.19.0001**

66460 / 2016 - TJ - (AC) - Administração pública. Direito à educação. Carência de professores. Currículo escolar. Cumprimento. Dever do Estado. Multa diária. Princípio da dignidade da pessoa humana 140

MUNICÍPIO**0005244-90.2011.8.19.0042**

39600 / 2014 - TJ - (AC) - Programa todos pela educação. Média obtida no ensino fundamental cursado na rede pública. Bolsa integral de estudos em escola particular. Requisitos legais preenchidos. Violação ao princípio da igualdade e da publicidade. Não ocorrência. Redução de vagas. Maiores médias aritméticas. Critérios da igualdade e razoabilidade 186

0072701-63.2014.8.19.0001-TJ - (AC) - Desvio de função. Creche municipal. Auxiliar que exercia atividade de professor de

educação infantil. Cobrança de diferença. Reconhecimento pelo STJ. Ausência de prova em contrário trazida pela municipalidade. 229

0003982-42.2015.8.19.0050- TJ - (AC) -
Ação de obrigação de fazer c/c cobrança. Professor do Município que postula recebimento de piso salarial nacional. Lei nº 11.738/2008. Valorização do magistério público da educação básica. Inaplicabilidade da reserva do possível. Em reexame necessário, Município condenado a pagar taxa judiciária..... 200

0024559-60.2016.8.19.0000
30909 / 2016 - TJ - (AI) - Ação Civil Pública. Município. Educação especial. Carência de agentes especializados. Omissão. Não inclusão do cargo em concurso público. Previsão no estatuto da pessoa com deficiência. Dever constitucional 134

0049109-20.2010.8.19.0004
7153 / 2017 - TJ - (AC) - Indenizatória. Aluno de escola municipal. Queda em piso molhado. Omissão da escola na prestação de socorro. Internação. Traumatismo crânio encefálico. Dever de segurança e vigilância de seus alunos. Provas. Danos morais. Juros de mora a contar da citação 176

0421833-50.2013.8.19.0001
10813 / 2017 - TJ - (AC) - Servidor do Município. Pretensão de recebimento de gratificação por tempo de serviço. Triênio. Dissenso jurisprudencial. Lei *versus* decreto. Instauração de Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Verbete sumular. Direito ao pagamento de triênios retroativamente, respeitado o prazo prescricional de cinco anos 247

OBRIGAÇÃO DE FAZER

0054800-51.2015.8.19.0000
60726 / 2015 - TJ - (AI) - Obrigação de fazer. Município. Antecipação de tutela. ECA. LDB. Direito à educação e à creche. Prio-

riedade absoluta. Arts. 208, IV e Art.227 da CRFB..... 182

0411976-09.2015.8.19.0001
60975 / 2016 - TJ - (AC) - Obrigação de fazer. Acumulação de dois cargos de professor. Permissão estabelecida em exceção contida na Constituição Federal. Necessidade de compatibilidade de horário. Demonstração da legalidade das duas matrículas pelo autor. Sentença mantida na íntegra..... 242

O Estado Intervém para Quem?

ALLEN DOS SANTOS PINTO DA SILVA FILHO.... 77

PENA

371302 / 2016 - STJ - (HC) - Tráfico de drogas. Dosimetria da pena. Majoração. Grande variedade de droga apreendida. Ausência de ilegalidade ou arbitrariedade no quantum de pena aplicado. Desnecessária intervenção do STJ..... 106

375108 / 2016 - STJ - (HC) - Receptação e Corrupção de Menores. Infrações penais de espécies distintas. Concurso formal próprio. Inexistência de desígnios autônomos na prática dos referidos crimes. Restabelecimento da sentença. Ordem concedida de ofício 110

0000586-10.2015.8.19.0001

2287 / 2017 - TJ - (ACRIM) - Furto. Concurso de pessoas. Corrupção de menores. ECA. Natureza formal. Prova. Súmula nº 500, do STJ. Substituição da pena. Prestação de serviços 278

POLÍTICAS PÚBLICAS

0006043-25.2014.8.19.0044

60709 / 2016 - TJ - (AC) - Direito à educação e à saúde. Autista. Ingresso em escola particular especializada. Localização em cidade vizinha. Custeio pelo Município de todas as despesas. Existência de unidades escolares públicas adequadas no próprio Município. Políticas públicas. Estudo Social. Não cabimento..... 168

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO**0046051-11.2016.8.19.0000**

56016 / 2016 - TJ - (AI) - Ação Civil Coletiva. Sindicato dos taxistas. UBER. Antecipação de tutela indeferida. Argumentação autoral frágil. Prestação de serviço. Diferenças. Decisão em harmonia com súmula nº 59 do TJERJ..... 195

PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL**0020327-07.2013.8.19.0001**

14383 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Venda de CDs e DVDs piratas. Direito autoral. Violação. Princípio da insignificância. Não cabimento. Princípio da adequação social. Inaplicabilidade. Autoria e materialidade comprovadas 297

PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE**0051264-95.2016.8.19.0000**

61999 / 2016 - TJ - (AI) - Contrato de afretamento e prestação de serviço. Navio-Sonda. PETROBRAS. Período de dez anos. Grandes investimentos. Descumprimento de cláusula contratual. Alegação de ausência de manutenção de equipamento. Risco à segurança. Rescisão unilateral. Respeito ao princípio da autonomia da vontade 220

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**0496983-03.2014.8.19.0001**

66460 / 2016 - TJ - (AC) - Administração pública. Direito à educação. Carência de professores. Currículo escolar. Cumprimento. Dever do Estado. Multa diária. Princípio da dignidade da pessoa humana 140

PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**0026311-67.2016.8.19.0000**

33131 / 2016 - TJ - (AI) - Ação Civil Pública. Escola estadual. Normalização do serviço de portaria. Alegação de recursos escassos e violência ao princípio constitucional da separação de poderes. Inocorrên-

cia. Dever do Estado. Efetivação do serviço essencial de educação..... 131

PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA**1558185 / 2015 - STJ - (RESP)** - Execução.

Honorários periciais. Não inclusão. Desnecessidade. Princípio da sucumbência..... 100

PRISÃO**0066548-46.2016.8.19.0000**

1054 / 2017 - TJ - (HC) - Extorsão mediante sequestro. Forma qualificada. Prisão preventiva. Alegação de ofensa ao princípio da homogeneidade. Argumentos que somente poderão ser aferidos no mérito da ação penal. Constrangimento ilegal não configurado. Denegação da ordem 265

0000748-37.2017.8.19.0000

1125 / 2017 - TJ - (HC) - Líder de facção criminoso. Prisão preventiva. Inclusão em regime disciplinar diferenciado. Risco para ordem pública. Motivação. Inexistência de ilegalidade 283

Problemática Introduzida pelo Decreto nº 8.172, de 24 de dezembro de 2013, em relação ao indulto de multa.

BRUNO JOVINIANO DE SANTANA SILVA 70

PROFESSOR**0038253-72.2013.8.19.0042**

12 / 2016 - TJ - (PRCV) - Uniformização de jurisprudência. Gratificação denominada Nova Escola. Classificação de avaliação automática. Natureza genérica. Incorporação aos vencimentos. Inclusão na base de cálculo da contribuição previdenciária 188

0003982-42.2015.8.19.0050- TJ - (AC) -

Ação de obrigação de fazer c/c cobrança. Professor do Município que postula recebimento de piso salarial nacional. Lei nº 11.738/2008. Valorização do magistério público da educação básica. Inaplicabilidade da reserva do possível. Em reexame necessário, Município condenado a pagar taxa judiciária..... 200

PROVA

0024921-93.2015.8.19.0001

9415 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Crimes de roubo, furto e resistência. Prova oral. Crimes autônomos. Bens jurídicos diversos. Dosimetria das penas. Regra do cúmulo material..... 255

0382526-60.2011.8.19.0001

11011 / 2017 - TJ - (AC) - Erro médico. Troca de medicamento. Legitimidade passiva da Casa de Saúde por vínculo contratual com a CEPERJ. Ausência de dano moral a ser indenizado. Não configuração de prejuízo à saúde da criança. Inexistência de prova conclusiva nos autos da alegada falha. Improvimento do recurso 231

RECLAMAÇÃO

0000679-05.2017.8.19.0000

8 / 2017 - TJ - (PRPN) - Reclamação. Correição parcial. Diligência requerida. Proce-
dência. Devido processo legal. Expedição de ofício às empresas de telefonia para obtenção de endereço 288

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

0000748-37.2017.8.19.0000

1125 / 2017 - TJ - (HC) - Líder de facção criminosa. Prisão preventiva. Inclusão em regime disciplinar diferenciado. Risco para ordem pública. Motivação. Inexistência de ilegalidade 283

REGISTRO

1655430 / 2017 - STJ - (RESP) - Registro da empresa junto ao órgão competente. Inexistência. Atividade preponderante da sociedade não é a de administrador. Ausência de obrigatoriedade de registro no CRA/RJ. Não revisão pelo STJ. Vedação da Súmula nº 7/STJ..... 103

RESERVA DO POSSÍVEL

0042097-54.2016.8.19.0000

52839 / 2016 - TJ - (AI) - Garantia de acesso à educação. Constituição Federal. Vaga

em creche. Recusa. Reserva do possível. Não cabimento. Dever do Estado. Voto vencido..... 172

RESISTÊNCIA

0024921-93.2015.8.19.0001

9415 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Crimes de roubo, furto e resistência. Prova oral. Crimes autônomos. Bens jurídicos diversos. Dosimetria das penas. Regra do cúmulo material..... 255

ROUBO DE CELULAR

0007195-40.2015.8.19.0023

12073 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Roubo de celular. Invasão de residência. Utilização de simulação de arma de fogo. Não consumação. Arma utilizada era de brinquedo. Vítimas estiveram o réu até a chegada da polícia. Pena-base acima do mínimo legal. Regime prisional inicial fechado..... 295

SERVIDOR PÚBLICO

0247200-94.2012.8.19.0001

79667 / 2016 - TJ - (AC) - Indenizatória. Gratificação por desempenho de atividade perigosa. Servidor público estadual em exercício em unidade prisional. Percepção de GEE. Cabimento da gratificação pleiteada pelo autor, descontando-se os valores já pagos a título de GEE. Parcial provimento..... 234

SINDICATO

0046051-11.2016.8.19.0000

56016 / 2016 - TJ - (AI) - Ação Civil Coletiva. Sindicato dos taxistas. UBER. Antecipação de tutela indeferida. Argumentação autoral frágil. Prestação de serviço. Diferenças. Decisão em harmonia com súmula nº 59 do TJERJ..... 195

TÍTULO EXECUTIVO

0028395-85.2014.8.19.0202

6305 / 2017 - TJ - (AC) - Ação monitoria. Existência de documento escrito com identificação da obrigação exigida, sem eficácia de título executivo. Contrato de prestação de serviços educacionais. Ausência de pa-

gamento durante três meses. Ajuste do valor histórico do título executivo judicial. Gratuitude de justiça. Não isenção das despesas processuais e dos honorários advocatícios. Ônus sucumbenciais suspensos..... 210

TRÁFICO DE DROGAS

371302 / 2016 - STJ - (HC) - Tráfico de drogas. Dosimetria da pena. Majoração. Grande variedade de droga apreendida. Ausência de ilegalidade ou arbitrariedade no quantum de pena aplicado. Desnecessária intervenção do STJ..... 106

TRANSPORTE

0042525-36.2016.8.19.0000

53244 / 2016 - TJ - (AI) - Direito à acessibilidade e à educação. Portador de necessidades especiais. Obra em estação ferroviária. Transporte adequado para a locomoção do autor à Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Estatuto da pessoa com deficiência. Lei nº 13.146/2015. Adequação sob pena de multa diária..... 156

0059079-46.2016.8.19.0000

71063 / 2016 - TJ - (AI) - Direito à educação. Constituição Federal, ECA e Lei

nº 13.146/2015. Inclusão de pessoa com deficiência. Instrumento de transformação social. Dignidade da pessoa humana. Prestação de transporte. Responsabilidade pela garantia..... 151

TRIÊNIO

0421833-50.2013.8.19.0001

10813 / 2017 - TJ - (AC) - Servidor do Município. Pretensão de recebimento de gratificação por tempo de serviço. Triênio. Dissenso jurisprudencial. Lei *versus* decreto. Instauração de Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Verbete sumular. Direito ao pagamento de triênios retroativamente, respeitado o prazo prescricional de cinco anos 247

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

0038253-72.2013.8.19.0042

12 / 2016 - TJ - (PRCV) - Uniformização de Jurisprudência. Gratificação denominada Nova Escola. Classificação de avaliação automática. Natureza genérica. Incorporação aos vencimentos. Inclusão na base de cálculo da contribuição previdenciária 188

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MIN. FÉLIX FISCHER (375108/2016) - STJ	<i>HABEAS CORPUS</i> 110
MIN. HERMAN BENJAMIN (1655430/2017) - STJ	RECURSO ESPECIAL - CÍVEL..... 103
MIN. NANCY ANDRIGHI (1558185/2015) - STJ	RECURSO ESPECIAL - CÍVEL..... 100
MIN. RIBEIRO DANTAS (371302/2016) - STJ	<i>HABEAS CORPUS</i> 106
MIN. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (1459555/2014) - STJ	RECURSO ESPECIAL - CÍVEL..... 93

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DES. ALCIDES DA FONSECA NETO 0005244-90.2011.8.19.0042 (39600/2014) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL 186
DES. ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE 0026311-67.2016.8.19.0000 (33131/2016) - TJ	AGRAVO DE INSTRUMENTO..... 131
DES. ANTÔNIO CARLOS ARRÁBIDA PAES 0018929-97.2010.8.19.0205 (88445/2016) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL 205
DES. ANTONIO EDUARDO FERREIRA DUARTE 0020327-07.2013.8.19.0001 (14383/2016) - TJ	APELAÇÃO CRIMINAL 297
DES. CAMILO RIBEIRO RULIÈRE 0261900-07.2014.8.19.0001 (74828/2015) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL 125
DES. CARLOS AZEREDO DE ARAÚJO 0046051-11.2016.8.19.0000 (56016/2016) - TJ	AGRAVO DE INSTRUMENTO..... 195
DES. CELSO SILVA FILHO 0382526-60.2011.8.19.0001 (11011/2017) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL 231
DES. CESAR FELIPE CURY 0005329-32.2016.8.19.0000 (9089/2016) - TJ	AGRAVO DE INSTRUMENTO..... 237

DES. CLÁUDIA PIRES DOS SANTOS FERREIRA 0003982-42.2015.8.19.0050 - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	200
DES. CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JÚNIOR 0000679-05.2017.8.19.0000 (8/2017) - TJ	RECLAMAÇÃO	288
DES. EDUARDO GUSMÃO ALVES DE BRITO NETO 0006043-25.2014.8.19.0044 (60709/2016) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	168
DES. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR 0066548-46.2016.8.19.0000 (1054/2017) - TJ	HABEAS CORPUS	265
DES. GUARACI DE CAMPOS VIANNA 0411976-09.2015.8.19.0001 (60975/2016) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	242
DES. HELDA LIMA MEIRELLES 0042525-36.2016.8.19.0000 (53244/2016) - TJ	AGRAVO DE INSTRUMENTO	156
DES. JOÃO ZIRALDO MAIA 0307583-04.2013.8.19.0001 (1206/2016) - TJ	RECURSO EM SENTIDO ESTRITO	262
DES. JOSÉ CARLOS PAES 0028395-85.2014.8.19.0202 (6305/2017) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	210
DES. KÁTIA MARIA AMARAL JANGUTTA 0007195-40.2015.8.19.0023 (12073/2016) - TJ	APELAÇÃO CRIMINAL	295
DES. KÁTIA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT 0024921-93.2015.8.19.0001 (9415/2016) - TJ	APELAÇÃO CRIMINAL	255
DES. LÚCIA MARIA MIGUEL DA SILVA LIMA 0072701-63.2014.8.19.0001 - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	229
DES. LUCIANO SABÓIA RINALDI DE CARVALHO 0051264-95.2016.8.19.0000 (61999/2016) - TJ	AGRAVO DE INSTRUMENTO	220
DES. LUCIO DURANTE 0496983-03.2014.8.19.0001 (66460/2016) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	140
DES. LUIZ ZVEITER 0038253-72.2013.8.19.0042 (12/2016) - TJ	UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.....	188
DES. MÁRCIA FERREIRA ALVARENGA 0247200-94.2012.8.19.0001 (79667/2016) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	234

DES. MARCOS ANDRÉ CHUT 0073635-41.2013.8.19.0038 (69495/2016) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	217
DES. MARIA SANDRA ROCHA KAYAT DIREITO 0000586-10.2015.8.19.0001 (2287/2017) - TJ	APELAÇÃO CRIMINAL	278
DES. MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA 0421833-50.2013.8.19.0001 (10813/2017) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	247
DES. NORMA SUELY FONSECA QUINTES 0054800-51.2015.8.19.0000 (60726/2015) - TJ	AGRAVO DE INSTRUMENTO.....	182
DES. PAULO SÉRGIO PRESTES DOS SANTOS 0049109-20.2010.8.19.0004 (7153/2017) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	176
DES. PEDRO SARAIVA DE ANDRADE LEMOS 0011377-06.2013.8.19.0002 (14544/2017) - TJ	APELAÇÃO CÍVEL	207
DES. PETERSON BARROSO SIMÃO 0042097-54.2016.8.19.0000 (52839/2016) - TJ	AGRAVO DE INSTRUMENTO.....	172
DES. RENATA MACHADO COTTA 0059079-46.2016.8.19.0000 (71063/2016) - TJ	AGRAVO DE INSTRUMENTO.....	151
DES. ROSITA MARIA DE OLIVEIRA NETTO 0000748-37.2017.8.19.0000 (1125/2017) - TJ	<i>HABEAS CORPUS</i>	283
DES. SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES 0024559-60.2016.8.19.0000 (30909/2016) - TJ	AGRAVO DE INSTRUMENTO.....	134
DES. TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES 0001112-43.2016.8.19.0000 (137/2016) - TJ	MANDADO DE SEGURANÇA.....	179

(1459555/2014) - STJ (RESP)	MIN. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA.....	93
(1558185/2015) - STJ (RESP)	MIN. NANCY ANDRIGHI.....	100
(371302/2016) - STJ (HC)	MIN. RIBEIRO DANTAS.....	106
(375108/2016) - STJ (HC)	MIN. FÉLIX FISCHER.....	110
(1655430/2017) - STJ (RESP)	MIN. HERMAN BENJAMIN.....	103
0005244-90.2011.8.19.0042 (39600/2014) - TJ (AC)	REL. DES. ALCIDES DA FONSECA NETO.....	186
0054800-51.2015.8.19.0000 (60726/2015) - TJ (AI)	REL. DES. NORMA SUELY FONSECA QUINTES.....	182
0261900-07.2014.8.19.0001 (74828/2015) - TJ (AC)	REL. DES. CAMILO RIBEIRO RULIÈRE.....	125
0038253-72.2013.8.19.0042 (12/2016) - TJ (PRCV)	REL. DES. LUIZ ZVEITER.....	188
0001112-43.2016.8.19.0000 (137/2016) - TJ (MS)	REL. DES. TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES.....	179
0307583-04.2013.8.19.0001 (1206/2016) - TJ (RSE)	REL. DES. JOÃO ZIRALDO MAIA.....	262
0005329-32.2016.8.19.0000 (9089/2016) - TJ (AI)	REL. DES. CESAR FELIPE CURY.....	237
0024921-93.2015.8.19.0001 (9415/2016) - TJ (ACRIM)	REL. DES. KÁTIA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT.....	255
0007195-40.2015.8.19.0023 (12073/2016) - TJ (ACRIM)	REL. DES. KÁTIA MARIA AMARAL JANGUTTA.....	295
0020327-07.2013.8.19.0001 (14383/2016) - TJ (ACRIM)	REL. DES. ANTONIO EDUARDO FERREIRA DUARTE.....	297
0024559-60.2016.8.19.0000 (30909/2016) - TJ (AI)	REL. DES. SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES.....	134
0026311-67.2016.8.19.0000 (33131/2016) - TJ (AI)	REL. DES. ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE.....	131
0042097-54.2016.8.19.0000 (52839/2016) - TJ (AI)	REL. DES. PETERSON BARROSO SIMÃO.....	172
0042525-36.2016.8.19.0000 (53244/2016) - TJ (AI)	REL. DES. HELDA LIMA MEIRELLES.....	156
0046051-11.2016.8.19.0000 (56016/2016) - TJ (AI)	REL. DES. CARLOS AZEREDO DE ARAÚJO.....	195
0006043-25.2014.8.19.0044 (60709/2016) - TJ (AC)	REL. DES. EDUARDO GUSMÃO ALVES DE BRITO NETO.....	168
0411976-09.2015.8.19.0001 (60975/2016) - TJ (AC)	REL. DES. GUARACI DE CAMPOS VIANNA.....	242
0051264-95.2016.8.19.0000 (61999/2016) - TJ (AI)	REL. DES. LUCIANO SABÓIA RINALDI DE CARVALHO.....	220
0496983-03.2014.8.19.0001 (66460/2016) - TJ (AC)	REL. DES. LÚCIO DURANTE.....	140
0073635-41.2013.8.19.0038 (69495/2016) - TJ (AC)	REL. DES. MARCOS ANDRÉ CHUT.....	217
0059079-46.2016.8.19.0000 (71063/2016) - TJ (AI)	REL. DES. RENATA MACHADO COTTA.....	151
0247200-94.2012.8.19.0001 (79667/2016) - TJ (AC)	REL. DES. MÁRCIA FERREIRA ALVARENGA.....	234
0018929-97.2010.8.19.0205 (88445/2016) - TJ (AC)	REL. DES. ANTÔNIO CARLOS ARRÁBIDA PAES.....	205
0000679-05.2017.8.19.0000 (8/2017) - TJ (PRPN)	REL. DES. CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JÚNIOR.....	288
0066548-46.2016.8.19.0000 (1054/2017) - TJ (HC)	REL. DES. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR.....	265
0000748-37.2017.8.19.0000 (1125/2017) - TJ (HC)	REL. DES. ROSITA MARIA DE OLIVEIRA NETTO.....	283
0000586-10.2015.8.19.0001 (2287/2017) - TJ (ACRIM)	REL. DES. MARIA SANDRA ROCHA KAYAT DIREITO.....	278
0028395-85.2014.8.19.0202 (6305/2017) - TJ (AC)	REL. DES. JOSÉ CARLOS PAES.....	210
0072701-63.2014.8.19.0001 - TJ (AC)	REL. DES. LÚCIA MARIA MIGUEL DA SILVA LIMA.....	229
0003982-42.2015.8.19.0050 - TJ (AC)	REL. DES. CLÁUDIA PIRES DOS SANTOS FERREIRA.....	200
0049109-20.2010.8.19.0004 (7153/2017) - TJ (AC)	REL. DES. PAULO SÉRGIO PRESTES DOS SANTOS.....	176
0421833-50.2013.8.19.0001 (10813/2017) - TJ (AC)	REL. DES. MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA.....	247

0382526-60.2011.8.19.0001 (11011/2017) - TJ (AC)	REL. DES. CELSO SILVA FILHO	231
0011377-06.2013.8.19.0002 (14544/2017) - TJ (AC)	REL. DES. PEDRO SARAIVA DE ANDRADE LEMOS.....	207

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

**Doutrinas. Jurisprudências TJ e STJ.
Questões dos Concursos da Magistratura.**

O PENSAMENTO DA JUSTIÇA DO RIO

**Editora Espaço Jurídico
Av. Presidente Antônio Carlos, 615/Sala 305
Centro - Tel.: (21)2262-6612**