TJ-RJ

Volume 109

Revista de Direito

Jurisprudência Temática
A Liberdade de Expressão nos Meios de Comunicação

- Ética e Moralidade Discursiva como Limite da Hiperdiscricionariedade da Administração Pública
- Honorários Advocatícios de Sucumbência e a Deformação do Processo Civil Brasileiro. Inconstitucionalidade do Artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015
- Matérias de Ordem Pública: O Prequestionamento à Luz do CPC de 2015
- Publicização do Direito Comercial
- A Validade da Cláusula de Não Indenizar Relativa à Obrigação Principal

Diretoria-Geral
de Comunicação e de
Difusão do Conhecimento

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

DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Nº 109 - 2017
dez./jan./fev.

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

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

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

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

EDITORA ESPAÇO JURÍDICO

ISSN: 1982-663X

Capa e Editoração: Geórgia Kitsos

Índices da Revista de Direito:
www.tjrj.jus.br
Link - consulta/jurisprudência/revista de direito
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 ASSUMPÇÃO RAMOS PEREIRA (Chefe de Serviço)
CLAUDIA SILVEIRA SERRA DE CASTRO GONÇALVES
PATRÍCIA DE OLIVEIRA FREITAS
WANDERLEI BARREIRO LEMOS

ÓRGÃO ESPECIAL

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

CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

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

COMISSÃO DE LEGISLAÇÃO E NORMAS

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

CÂMARAS CÍVEIS

1ª CÂMARA CÍVEL

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

2ª CÂMARA CÍVEL

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

3ª CÂMARA CÍVEL

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

4ª CÂMARA CÍVEL

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

5ª CÂMARA CÍVEL

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

6ª CÂMARA CÍVEL

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

7ª CÂMARA CÍVEL

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

8ª CÂMARA CÍVEL

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

9ª CÂMARA CÍVEL

Des. GILBERTO DUTRA MOREIRA
Des. LUIZ FELIPE MIRANDA DE MEDEIROS FRANCISCO
Des. ADOLPHO CORREA DE ANDRADE MELLO JÚNIOR
Des. CARLOS AZEREDO DE ARAÚJO
Des. JOSÉ ROBERTO PORTUGAL COMPASSO

10ª CÂMARA CÍVEL

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

11ª CÂMARA CÍVEL

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

12ª CÂMARA CÍVEL

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

13ª CÂMARA CÍVEL

Des. FERNANDO FERNANDY FERNANDES

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

14ª CÂMARA CÍVEL

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

15ª CÂMARA CÍVEL

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

16ª CÂMARA CÍVEL

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

17ª CÂMARA CÍVEL

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

18ª CÂMARA CÍVEL

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

19ª CÂMARA CÍVEL

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

20ª CÂMARA CÍVEL

Desª. CONCEIÇÃO APARECIDA MOUSNIER T. GUIMARÃES PENA
Desª. MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA
Desª. GEÓRGIA DE CARVALHO LIMA
Desª. MÔNICA DE FARIA SARDAS
Des. ALCIDES DA FONSECA NETO

21ª CÂMARA CÍVEL

Desª. DENISE LEVY TREDLER
Des. PEDRO FREIRE RAGUENET
Des. ANDRÉ EMÍLIO RIBEIRO VON MELENTOVYTCH
Desª. LÚCIA HELENA DO PASSO
Desª. MÁRCIA CUNHA SILVA ARAÚJO DE CARVALHO

22ª CÂMARA CÍVEL

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

23ª CÂMARA CÍVEL

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

Des. CELSO SILVA FILHO

24ª CÂMARA CÍVEL

Desª. NILZA BITAR
Desª. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR
Des. LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO
Desª. REGINA LÚCIA PASSOS
Desª. ANDRÉA FORTUNA TEIXEIRA

25ª CÂMARA CÍVEL

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

26ª CÂMARA CÍVEL

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

27ª CÂMARA CÍVEL

Des. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES
Des. ANTONIO CARLOS DOS SANTOS BITENCOURT
Desª. TEREZA CRISTINA SOBRAL BITTENCOURT SAMPAIO
Desª. MARIA LUIZA DE FREITAS CARVALHO
Desª. MÔNICA FELDMAN DE MATTOS

SEÇÃO CÍVEL

SEÇÃO CÍVEL COMUM

Des. SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES
Des. ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA
Des. MÁRIO ASSIS GONÇALVES
Desª. MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA COSTA
Des. HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE FIGUEIRA
Desª. TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES
Des. RICARDO COUTO DE CASTRO
Desª. 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. CLEBER GHELFENSTEIN
Des. GILBERTO CLÓVIS FARIAS MATOS
Des. EDUARDO GUSMÃO ALVES DE BRITO NETO
Des. ELTON MARTINEZ CARVALHO LEME
Des. CLAUDIO LUIZ BRAGA DELL´ORTO
Des. GUARACI DE CAMPOS VIANNA
Desª. MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA
Des. PEDRO FREIRE RAGUENET
Des. ROGÉRIO OLIVEIRA SOUZA

SEÇÃO CÍVEL DO CONSUMIDOR

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

CÂMARAS CRIMINAIS

1ª CÂMARA CRIMINAL

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

2ª CÂMARA CRIMINAL

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

3ª CÂMARA CRIMINAL

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

4ª CÂMARA CRIMINAL

Des. ANTÔNIO EDUARDO FERREIRA DUARTE
Desª. GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA
Des. FRANCISCO JOSÉ DE ASEVEDO
Des. JOSÉ ROBERTO LAGRANHA TÁVORA
Des. JOÃO ZIRALDO MAIA

5ª CÂMARA CRIMINAL

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

6ª CÂMARA CRIMINAL

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

7ª CÂMARA CRIMINAL

Des. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA
Desª. MÁRCIA PERRINI BODART
Desª. MARIA ANGÉLICA GUIMARÃES GUERRA GUEDES
Des. SIDNEY ROSA DA SILVA
Des. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO

8ª CÂMARA CRIMINAL

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

SEÇÃO CRIMINAL

RESOLUÇÃO TJ/TP/RJ Nº 01/2015

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

(Composição em 23 de fevereiro de 2017)

Sumário

- **Doutrina**

Ética e Moralidade Discursiva como Limite da Hiperdiscricionariedade da Administração Pública
Sérvio Túlio Santos Vieira 13

Honorários Advocatícios de Sucumbência e a Deformação do Processo Civil Brasileiro. Inconstitucionalidade do Artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015
Aylton Cardoso Vasconcellos 37

Matérias de Ordem Pública: O Prequestionamento à Luz do CPC de 2015
Eric Cesar Marques Ferraz 46

Publicização do Direito Comercial
Jorge Lobo 70

A Validade da Cláusula de Não Indenizar Relativa à Obrigação Principal
Maria Proença Marinho 89

- **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça** 109
- **Jurisprudência Temática – A Liberdade de Expressão nos Meios de Comunicação** 143
- **Jurisprudência Cível** 225
- **Jurisprudência Criminal** 301
- **Notas e Comentários** 331
- **Índice de Acórdãos por Assunto** 349
- **Índice de Acórdãos por Relator** 357
- **Índice de Acórdãos por Ordem Numérica** 360

DOUTRINA

ÉTICA E MORALIDADE DISCURSIVA COMO LIMITE DA HIPERDISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

SÉRVIO TÚLIO SANTOS VIEIRA
Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça – RJ.
Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense - UFF.
Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Pós-doutor em Direito pela UMSA. Doutorando em Justiça Administrativa na Universidade Federal Fluminense - UFF.

1. INTRODUÇÃO

O presente texto defende que a Administração Pública da era contemporânea, além de se pautar pelos princípios do art. 37, da Constituição Federal, ao expedir os atos administrativos, deve perfilhar a ética e a moralidade discursiva, para ser justa. Sem a observância dos princípios constitucionais e a incorporação dos valores éticos e morais, pode ocorrer o abalroamento do Estado Democrático de Direito pelo exercício de um poder administrativo discricionário exacerbado ou desvirtuado, ora denominado hiperdiscricionário. Para afastar a hiperdiscricionariedade da Administração Pública o agente político ou o agente público, além de acolher o recado constitucional, traduzido na recomendação descrita por meio dos cinco princípios no desempenho de suas atividades, há que adotar também os que regem a democracia deliberativa. Assim, a Administração deve convocar os indivíduos para a participação na discussão e deliberação de temas de interesse comum - vinculando-se no que concerne à emissão dos atos administrativos, podendo ser coadjuvada pela fiscalização democrática participativa dos que representaram, nas audiências públicas, as classes interessadas na solução das suas demandas.

2. DA MODERNIDADE À ESTRUTURAÇÃO DO ESTADO HIPERMODERNO

A atividade administrativa é exercida pelos Poderes da República, sendo, portanto, atividade do Estado direcionada à prestação de serviço público. Dita atividade advém da modernidade, responsável pela organização e estruturação do Estado. Perfilhada a divisão dos poderes de MONTESQUIEU, surge o novo Estado, um dos maiores legados da modernidade.

Cumpre, assim, abraçar um marco para que se consagre o início da era moderna, ainda que para efeito de se proceder ao estudo do tema eleito, dando início à investigação acerca da ética e moralidade na atividade administrativa do Estado contemporâneo, a fim de que se possa concluir se ela se mostra consoante as funções atribuídas, máxime, ao Poder Executivo, no compromisso institucional de prestação do serviço público, que abrange as funções elencadas nos multifários preceptivos constitucionais.

"A estruturação do Estado (…) eclode como uma das mais importantes mudanças, ou seja, um dos principais consectários da modernidade."

Embora não se possa afirmar que o marco inicial da modernidade é a Revolução Francesa cumpre ressaltar a relevância desse fato social, que pôs fim ao Antigo Regime.[1] De fato, há um rompimento com o período em que os benefícios eram aproveitados apenas por certos grupos sociais, uma vez que o indivíduo era visto como um mero integrante da coletividade, sem direito de atuar por si. Estudos impregnados de registros históricos asseveram que a modernidade é proveniente de fatos sociais que antecederam à Grande Revolução. Sem estabelecer fato social relevante, ela teria início por ocasião das mudanças de estilo, hábito renovado de vida e de organização social ocorridas na Europa, no século XVII, que se espargiram pelo mundo.[2] Caso se perfilhe como termo inicial fatos sociais anteriores à Revolução Francesa, o Movimento Iluminista e a Revolução Industrial dariam origem à modernidade.[3]

De um ângulo objetivo, para não alongar este excurso, encampando a Revolução Francesa como termo inicial ou suspensivo da modernidade, é inequívoco que ela é responsável pela modificação do comportamento social, adotando novos princípios e carreando para a época moderna características, atributos e consectários diferenciados. Cumpre observar que as mudanças provenientes da Grande Revolução vêm se protraindo até os dias coevos, malgrado com uma nova roupagem.[4]

Dentre os princípios, destacam-se a universalidade, a individualidade e a autonomia, todos direcionados ao indivíduo. Pelo princípio da universalidade o ato administrativo deve beneficiar todas as pessoas sem distinção. O princípio da individualidade recomenda o respeito à personalidade da pessoa, deixando de considerá-la como simples integrante da coletividade. O princípio da autonomia permite ao indivíduo pensar e agir em qualquer espaço público, seja qual for sua ideologia ou religião, podendo adquirir bens e serviços para sua sobrevivência. Quanto às carac-

---

1 KRISHAN KUMAR entende que "a Revolução Francesa tornou-se comum dizer, levara o mundo para uma nova era da história. Marcou o nascimento da modernidade – isto é, de uma época que está em constante formação e reformação diante de nossos olhos" (**Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna**, p. 119).

2 ANTHONY GIDDENS prefere conceituar a modernidade sem aludir ao seu marco inicial, com esteio em Weber, afirmando que se cogita de um "estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência" (**As Consequências da Modernidade**, p. 11).

3 ZYGMUNT BAUMAN afirma: "Quero deixar claro desde o início que chamo de 'modernidade' um período histórico que começou na Europa Ocidental no século XVII com uma série de transformações socioestruturais e intelectuais profundas e atingiu sua maturidade primeiramente como projeto cultural, com avanço do Iluminismo e depois como forma de vida socialmente consumada, com o desenvolvimento da sociedade industrial (capitalista e, mais tarde, também a comunista)", *in* **Modernidade e Ambivalência**, pp.11, 299 e 300.

4 PAULO BONAVIDES, há 50 anos, já afirmava que "nós vivemos e viveremos sempre da Revolução Francesa, do verbo de seus tribunos, do pensamento de seus filósofos, cujas teses, princípios, ideias e valores jamais pereceram e constantemente se renovam, porquanto conjugam, inarredáveis, duas legitimidades, duas vontades soberanas: a do Povo e a da Nação. Aquela Revolução prossegue, assim, até chegar aos nossos dias, com o Estado social cristalizado nos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade. Uma vez universalizados e concretizados, hão eles de compor a suma política de todos os processos de libertação do Homem" (**Do Estado Liberal ao Estado Social**, p. 36).

terísticas da modernidade avulta a valorização da razão, com uma dimensão cognitiva prática, na expressão kantiana, e emancipatória, além do desenvolvimento da autonomia e da liberdade.[5]

Os efeitos da modernidade se acentuaram entre 1789 e 1799, época em que a França viveu fortes mudanças na sua estrutura econômica, política e social. A função administrativa - que abarcou o sistema lockeano perfilhado na América, em que o controle jurisdicional da Administração Pública tem lastro no princípio da sua submissão à lei - e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão são frutos da Revolução. A Constituição Francesa, elaborada pela Assembleia Constituinte de Luis XVI, em 1791, foi a primeira a perfilhar a ética na Administração Pública, impondo ao soberano e aos agentes públicos a submissão dos seus atos à lei. Essas mudanças se espraiaram não só pelos países europeus como por todo mundo.

A estruturação do Estado, como mencionado, eclode como uma das mais importantes mudanças, ou seja, um dos principais consectários da modernidade. Organizado como republicano - já que admitido como governo de leis e, em seguida, com a consagração da divisão dos poderes -, o Estado passa a voltar sua atenção para os indivíduos participativos. A partir de então eles passam a contar com a legitimidade do Poder Legislativo para fazer das normas de conduta um dever de respeito, obediência e submissão ao que devem ou podem fazer; do Poder Executivo para, com supedâneo em normas legais e regulamentares, dedicar-se à Administração Pública e com o funcionamento do Poder Judiciário, para solucionar os conflitos emergentes das relações e dos fatos jurídicos, além de autorizar o que a norma jurídica estabelece como imprescindível para a prática do ato ou do negócio jurídico.

No avanço do tempo, sem discutir se ocorreu o termo final da modernidade, exsurge a "pós-modernidade", designação popularizada nos meandros das ciências sociais por JEAN-FRANÇOIS LYOTARD, ao editar a obra ***The Post-Modern Condition***, em 1979. Trata-se de uma era correspondente ao espaço de tempo posterior ao da modernidade - compreendida entre um pouco mais da segunda metade do século XX e a atualidade -, que em velocidade empreendida acima do razoável caminha rumo à busca do novo, contribuindo ainda mais para a modificação do comportamento social. Para ele, citado por ANTHONY GIDDENS, a pós-modernidade se traduz numa época de "deslocamento das tentativas de fundamentar a epistemologia, e da fé no progresso planejado humanamente" (**As Consequências da Modernidade**, p. 12).

A pós-modernidade é um novo tempo, sucessor da modernidade, no entendimento de respeitáveis pensadores. Tempo em que se identifica uma crise da razão moderna, com consectários

---

5 GILVAN LUIZ HANSEN anota que "a Razão é, de fato, o elemento comum a todos os seres humanos e, por isso, assume a condição de fundamento a partir do qual o mundo deve ser organizado. É ela quem deve, a partir de agora, dar unidade e sentido a todas as esferas que compõem a existência humana. Tudo quanto pretenda ter legitimidade para existir necessita, pois, de submeter-se ao crivo da Razão. Na esfera política, destarte, somente é considerado legítimo o governo que basear suas decisões em argumentos racionais, os quais possam ser conhecidos e discutidos pelos membros da sociedade e aceitos como válidos. Igualmente, só têm validade as leis e normas jurídicas fundadas em critérios racionais e que possam ser submetidos ao domínio público; as constituições passam a ser, nesse período, uma exigência social, uma vez que se tornam a consagração de princípios racionais cujos conteúdos vão nortear as ações de governos, magistrados e demais indivíduos" (**Modernidade, Utopia e Trabalho**, p. 37).

negativos que atingiram o final do século XX e atingem o século XXI. Levando em conta o significado do prefixo "pós", a era da pós-modernidade pode ser entendida como o período *post mortem* da modernidade, ou seja, uma época posterior ao decesso da modernidade. Como diz KRISHAN KUMAR, a pós-modernidade pode ser entendida como a época das "exéquias realizadas sobre o corpo morto da modernidade, a dissecção de um cadáver" (*Op. cit*., p. 106) ou, de acordo com GILVAN HANSEN, "a amarga despedida de um defunto que criou muitas expectativas, mas sucumbiu aos efeitos de suas próprias ilusões" (*Op. cit.,* p. 140).

Na fase de transição entre a modernidade e a pós-modernidade, com a paradoxal ruptura e prolongamento da primeira, na originalidade da segunda, GILLES LIPOVETSKY afirma que nesse período há "predominância do individual sobre o universal, do psicológico sobre o ideológico, da comunicação sobre a politização, da diversidade sobre a homogeneidade, do permissivo sobre o coercitivo" (**A Era do Vazio - ensaio sobre o individualismo contemporâneo***,* p. 92). Este mesmo pensador é forte no sentido de sustentar que a pós-modernidade chegou ao seu termo resolutivo, fazendo eclodir a hipermodernidade, com predomínio "do consumismo, do hedonismo, do psicologismo e da comunicação" sobre os valores da modernidade. Segundo ele, nos tempos hipermodernos "nasce toda uma cultura hedonista e psicologista que incita à satisfação imediata das necessidades, estimula a urgência dos prazeres, enaltece o florescimento pessoal, coloca no pedestal o paraíso do bem-estar, do conforto e do lazer" (**Os tempos hipermodernos***,* p. 61).

Consequentemente é certo afirmar que não mais se vive em tempos da modernidade e sim numa época que lhe é após, ou seja, do "fim da história", da "pós-modernidade", da "segunda modernidade", da "sobremodernidade", da "modernidade líquida" ou dos "tempos líquidos", nas designações de ZYGMUNT BAUMAN, onde se verifica que "uma mudança radical no arranjo do convívio humano e nas condições sociais sob as quais a política-vida é hoje levada, é o fato de que o longo esforço para acelerar a velocidade do movimento chegou ao seu limite natural" (**Modernidade líquida**, pp. 17-18).[6]

A atividade administrativa, hoje organizada e estruturada - integrando a principal função do Poder Executivo -, surge nesse contexto, ou seja, na era hipermoderna, não mais voltada para o projeto do Estado do bem-estar social, em virtude de um assistido comprometimento da ética e da moralidade administrativa, em que se vislumbra constante ameaça de desestabilizar direitos fundamentais, postergar o reconhecimento de direitos sociais e desrespeitar direitos humanos encartados na Lei Fundamental.

3. A ÉTICA E A MORALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A ética pode ser conceituada como o discurso sistemático que trata da conduta moral dos

6 O autor, ao discorrer sobre a "vida líquido-moderna e seus medos", referindo-se à época da pós-modernidade, anota que "o 'progresso', que já foi a manifestação mais extrema do otimismo radical e uma promessa de felicidade universalmente compartilhada e permanente, se afastou totalmente em direção ao polo oposto, distópico e fatalista da antecipação: ele agora representa a ameaça de uma mudança inexorável e inescapável que, em vez de augurar a paz e o sossego, pressagia somente a crise e a tensão e impede que haja um momento de descanso" (**Tempos líquidos***,* p. 16).

indivíduos participativos da sociedade. Via de consequência entende-se por ética na Administração Pública o discurso sistemático que cuida do comportamento moral dos agentes políticos e dos agentes públicos no exercício das suas funções. Esse comportamento é observado do ângulo interno e, máxime, do ângulo externo, não só por aqueles que se vinculam à Administração Pública - *ex vi* de uma relação jurídica de direito público -, como também por todos os cidadãos. A afirmação da ética na Administração Pública assume importância por estar atrelada à prestação de serviço público para atender às necessidades dos indivíduos participativos. Além disso, a assunção de uma conduta ética pelo dirigente público faz resgatar a credibilidade da população.

A ética na Administração Pública contemporânea resgata a ética aristotélica, a ética kantiana e a ética deontológica. É aristotélica por reverenciar a justiça, traduzida na virtude moral abrangente das demais virtudes, como a coragem, o equilíbrio, a verdade e a humildade, possibilitando o relacionamento social dos indivíduos. Enquadra-se como kantiana por se pautar por normas de cumprimento da lei moral, referentes aos deveres pessoais e sociais. Emoldura-se como deontológica porque reverencia o justo, sendo direcionada para o dever, no caso funcional, além de lastrear-se também na moral, que é imperativa. Este último desdobramento bem revela a imprescindibilidade da ética na Administração Pública, pois, se o agente político ou público age de conformidade com a moralidade administrativa e atende ao interesse público, atua com justiça.[7]

O agente político ou público está encarregado de bem gerir a máquina pública para oferecer utilidades aos administrados. Assim, não há como deixar de ter virtudes e, como imperativo, a lei moral, devendo prestigiar, dentre outros, valores inerentes à cidadania e à dignidade humana. Ademais, a ele se impõe o cumprimento dos seus deveres funcionais, não devendo olvidar-se de ser justo, independentemente do que for incorporado nos diplomas legais e regulamentares encarregados de recomendar a assunção de comportamentos que venham a consagrar a ética na atividade administrativa.

Cumpre investigar se a conduta do agente, na gestão administrativa, condiz com a ética na era contemporânea, vista dos ângulos ressaltados. Isso porque, na era do Estado contemporâneo, o agente político não é mais simples chefe de governo e sim um agente público que está encarregado - através da implementação de políticas públicas de pronta e viável execução - de empreender esforços para, dentre outros objetivos fundamentais da República, construir uma sociedade livre, justa e solidária, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, na observância do que recomenda a conjugação dos arts. 1º, 2º e 3º, da Constituição Federal.

O comportamento do agente político ou público, afastado dos princípios insculpidos no art. 37 da Carta da República, e sem se preocupar com a ética e a moralidade, abala o Estado Democrático de Direito. O poder discricionário da Administração Pública, exercido por um ou por outro agente deve se emoldurar dentro dos limites postos à sua disposição pela lei. Quando sua atuação pode se aproximar do atendimento do interesse público, mas ele a direciona ao outro extremo,

---

7 JOSÉ FERNANDO DE CASTRO FARIAS afirma que "a ética deontológica dá prioridade à noção de justo e concentra-se no dever, ao captar a moral como uma noção imperativa no sentido de que o agente age de acordo com uma regra, máxima ou princípio; o valor moral impõe-se ao agente de forma imperativa. Na concepção deontológica, sendo o justo a noção fundamental, o bem será a ação do agente conforme às exigências da obrigação da lei moral" (**Ética, Política e Direito***,* p. 2).

chegando bem próximo da ilegalidade, diz-se que se trata do exercício de um poder administrativo hiperdiscricionário.

O modelo de comportamento de agentes políticos e de agentes públicos - tolerado internamente pelos indivíduos que mantêm relação de direito com a Administração Pública e externamente pelos cidadãos - muitas vezes não condiz com a ética e a moralidade administrativa. Esse modelo de conduta precisa ser analisado, para se verificar a necessidade de uma mudança de paradigma, como diz Thomas Kuhn, no interesse dos membros da sociedade para quem a função administrativa está voltada.

A mudança de paradigma da ética na gestão administrativa, consentânea com o Estado Democrático de Direito, só será alcançada se - constatadas a deficiência e a defasagem das normas que regem os deveres, valores e princípios encartados nas normas constitucionais e infraconstitucionais a que estão vinculados os agentes políticos ou públicos - forem adotados também os que dirigem a democracia deliberativa, com a convocação dos cidadãos para a discussão e deliberação dos temas de interesse comum - vinculando a Administração Pública, que poderá contar com a colaboração dos que representaram, nas audiências públicas, as classes interessadas em solucionar suas demandas.

A atividade é exercida pelos agentes políticos e públicos nesta era hipermoderna ou contemporânea, época em que o cidadão - credor de maior acesso aos Poderes e órgãos - deposita na Administração Pública, *lato sensu*, a esperança de ver reparado o seu direito ou atendido o seu interesse na via extrajudicial. Constatando-se uma acentuada decadência da boa administração por políticos e agentes - que, ao reverso, devem agir com ética e moralidade no desempenho de suas funções -, termina o cidadão ou a pessoa jurídica ou coletiva, com legitimidade, por acorrer ao Judiciário, a fim de ver corrigido o comportamento quase arbitrário ou hiperdiscricionário da Administração Pública, comissivo ou omissivo, que causa ou se encontra na iminência de causar prejuízo, não só a ele como também à coletividade dos indivíduos participativos.[8]

Ao mesmo tempo esse mesmo cidadão se mostra pouco confiante nos órgãos que integram a Administração, ao assistir condutas antiéticas de seus dirigentes e o estiolamento da ética deontológica, sendo assombrado por dúvidas quanto à observância dos princípios gravados no art. 37 da Lei Suprema, notadamente a moralidade e a eficiência da atividade administrativa. Isso ocorre quando o administrado assiste a desmandos cometidos pelos agentes públicos no atuar com desvio de poder e de finalidade, para atender a interesses próprios ou de grupos, classes ou categorias, emitindo atos administrativos contaminados pela política baixa. O cidadão converte-se em administrado cético, descrente da moralidade administrativa, fazendo com que se desinteresse pelos assuntos do seu Município, do seu Estado e até da Federação.

---

8 JUAREZ FREITAS anota que "o direito fundamental à boa administração pública vincula, e a liberdade é deferida somente para que o bom administrador desempenhe de maneira exemplar suas atribuições. Nunca para o excesso ou para a omissão. Assim, a inibição autorrestritiva da sindicabilidade cede lugar sensato ao direito fundamental à boa administração e ao correspondente dever de a administração pública observar a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem" (**Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**, p. 41).

Sem abordar aspectos da corrupção como um dos maiores efeitos da ofensa aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade - que levam seus autores a responder por atos de improbidade administrativa, definidos no diploma legal de regência (Lei nº 8.429/92), em razão de investigações já desenvolvidas -, este texto se engaja no desvendamento dos comportamentos dos agentes políticos ou públicos, encarregados da gestão administrativa, que colidem com a ética, como corolário da inobservância dos valores e de outros princípios, no exercício da função pública nos diversos escalões. Condutas funcionais denominadas internas e externas acenam para a precitada inobservância de valores e princípios. A moralidade administrativa e a crença do cidadão na boa administração podem ser resgatadas com a adoção de novos paradigmas na gestão pública, sendo ele convocado a participar das decisões político-administrativas de interesse comum, vinculando a Administração Pública a dar cumprimento às deliberações conjuntas.

As condutas comprometedoras de agentes políticos e públicos vão refletir negativamente na gestão pública do Estado contemporâneo. Além de se verificar o exercício irregular de um poder administrativo através da expedição de atos aparentemente legais que, no entanto, estão impregnados de uma discricionariedade desvirtuada ou exacerbada - traduzida em hiperdiscricionariedade, que beira a arbitrariedade -, a Administração Pública, ao editá-los, não costuma consultar ou ouvir os administrados que serão atingidos. Para afastar essa prática, cumpre adotar os princípios da democracia deliberativa, objetivando a indigitada mudança de paradigma do comportamento dos agentes que comandam a Administração Pública.

Desde a era moderna, o modelo de gestão pública perfilhado pela classe política e pelos agentes públicos, com poucas exceções, vem se mostrando pernicioso e incapaz de suprir as necessidades coletivas, com postergação do implemento de políticas públicas, no olvido de que "a atribuição primordial da Administração Pública é oferecer utilidades aos administrados, não se justificando sua presença senão para prestar serviços à coletividade".[9] Hodiernamente, verifica-se que certos agentes políticos e públicos não conseguem seguir uma conduta ética própria do Estado Democrático de Direito. Como foi dito, esses comportamentos assumidos pelos que gerem a Administração Pública direta e indireta, nos três níveis, podem revelar o comprometimento da ética e da moralidade administrativa, instituindo uma hiperdiscricionariedade na expedição de atos administrativos.

Quando as condutas comprometedoras de políticos e agentes públicos são noticiadas pela imprensa escrita ou falada - ainda que não tenham sido investigadas ou apuradas pelos órgãos competentes -, causam forte abalo na credibilidade, pela população, na atividade administrativa. Isto se deve ao fato de que na era hipermoderna, em que imperam os meios de comunicação mais sofisticados e os espaços são públicos, a notícia pela imprensa, repita-se - mesmo sem ter sido objeto de investigação ou de apuração -, além da repercussão negativa, atinge toda a Administração Pública. Por isso, infere-se que há necessidade de se modificar os instrumentos de prevenção de condutas que contrariam a ética e a moralidade administrativa.

Os cidadãos que leram as notícias jornalísticas, veiculando informações sobre comporta-

9 HELY LOPES MEIRELLES, referindo-se à preleção de LÉON DUGUIT, *in* ***Manuel de Droit Constitucionnel***, Paris, 1923, p. 71 (**Direito Administrativo Brasileiro**, p. 319).

mentos de políticos ou agentes públicos que feriram a ética, não vão acompanhar as notícias seguintes, nem o resultado das eventuais investigações e apurações. A primeira notícia sobre fatos antiéticos é a que fica registrada na formação da opinião pública. Os administrados - que até então acreditavam no comportamento escorreito dos que por eles foram eleitos ou restaram designados para administrar suas relações com o Estado - se mostram abalados durante as investigações e mesmo após as apurações, quando as informações jornalísticas, inicialmente divulgadas, não são verdadeiras.

Por isso urge que os políticos e agentes atuem com ética, para que os administrados não duvidem do seu comportamento. Mas para isso não basta a Carta Política recomendar a observância de princípios que eles conhecem e até cumprem aparentemente. É preciso mais.

Para a Administração Pública ser considerada justa, faz-se necessário que seus agentes, não só se pautem pela observância dos princípios constitucionais, como também persigam a ética e a moralidade. Não há como se relegar que no local onde o serviço público é prestado se exercitam direitos do cidadão, impondo-se o dever de respeito à dignidade humana, sem se falar que à Administração foi delegada, pela Constituição Federal, a função de resolver as pendências administrativas, dando solução extrajudicial aos mais variados conflitos. O serviço público está sempre voltado para o atendimento do que interessa ao bem comum. Ele é direcionado ao interesse público, ou seja, ao somatório dos interesses individuais e coletivos dos administrados. Registra AGUSTÍN GORDILLO:

> *El interés público o bien común no es el interés de un conjunto de habitantes tomados como masa; no es un bienestar general, omnipresente, una felicidad indefinible e imprecisable; es sólo la suma de una mayoría de concretos intereses individuales coincidentes - actuales y/o futuros - y por ello la contraposición entre el interés público y el derecho individual es falsa si no redunda en mayores derechos y beneficios para los individuos de la comunidad* (***Tratado de Derecho Administrativo***, *Tomo* 2, p. VI-38).

Consequentemente este estudo - após revisitar a natureza das atividades da Administração Pública, seus atributos e princípios, indispensáveis ao entendimento de que a ética e a moralidade administrativa se ressentem de algo mais, tendo em vista que a democracia simplesmente representativa não atende aos interesses da coletividade - se anima a propor a adoção dos princípios da democracia deliberativa. Como registra NAGIB SLAIBI FILHO "o voto é o ato mais rudimentar de participação e não esgota a democracia" (**Direito Constitucional**, p. 466). Após eleitos e investidos no Poder Público ou designados para comandar os órgãos da Administração Pública, com observância dos princípios da democracia deliberativa, os agentes políticos e públicos devem contar com a fiscalização democrática participativa dos indivíduos que representaram suas classes nas audiências e reuniões públicas.

3.1 A Ética na Administração Pública e os princípios constitucionais

A conduta dos indivíduos participativos, além de se nortear pela razão, deve estar impregnada de valores instituídos pela sociedade. Se esses indivíduos são membros de um dos Poderes da

República, urge que seus valores estejam aflorados e se mostrem presentes no exercício das suas funções, de modo que possam servir de norte à ética para manter e resgatar a confiança da sociedade na autoridade moral da Administração Pública.

"A atividade administrativa hoje (...) surge nesse contexto, (…) em que se vislumbra constante ameaça de desestabilizar direitos fundamentais, postergar o reconhecimento de direitos sociais e desrespeitar direitos humanos encartados na Lei Fundamental."

Na atividade administrativa em que o agente político ou público, investido na função pública, vai cuidar dos interesses de outros integrantes da sociedade, exige-se um respeito maior aos valores e princípios que integram a ética e a moralidade, o que se faz imprescindível para o bom exercício da função de administrar, justamente em Estado Democrático de Direito. O cidadão espera que, no exercício das atividades, em qualquer dos três Poderes, o agente, ao menos, respeite a legalidade ao expedir os atos administrativos.

Para o administrado os atos que provêm da Administração Pública, em princípio, são expedidos de conformidade com os diplomas vigentes, quer dizer, as normas legais e regulamentares. Ele é cidadão de boa-fé e acredita que o agente emite atos administrativos voltados para atender ao interesse público e ao que a coletividade aspira. Firme na crença de que a promulgação da Constituição cidadã lhe garante a boa administração pública, não pensa sequer em desvio de comportamento do administrador ou desvio de finalidade do ato administrativo.

No outro polo, está a Administração Pública, vinculada a se pautar pelos valores éticos, muitos destes corporificados em princípios constitucionais, para garantir ao cidadão uma atuação proba e honesta. Quando isto não ocorre, o atuar do agente administrador, com desvio de finalidade, conspurca a boa administração, ofende os princípios que absorveram valores éticos, notadamente o da moralidade pública e consagra o seu proceder dissimulado, revelador de uma inequívoca impostura administrativa, para atingir outros objetivos.

A Administração Pública está vinculada a se nortear por princípios para o bom desempenho de sua atividade. A Constituição da República impõe ao agente público a estrita observância dos princípios explicitados no art. 37. A legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência são os pilares da boa administração pública, por se traduzirem em "mandamentos de otimização".[10]

O princípio da legalidade se traduz na mais relevante recomendação constitucional, pois, como pressuposto do Estado Democrático de Direito, vincula a Administração Pública não só a se vergar à legislação vigente como também às normas regulamentares. Trata-se do princípio que exerce a primazia sobre os demais que integram o rol do sobredito preceptivo constitucional. DE-

10 ROBERT ALEXY anota que "*princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas" (**Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 90).

LAMAR JOSÉ VOLPATO DUTRA preleciona: "o princípio da legalidade coíbe a arbitrariedade, determinando, a *contrario sensu*, a legitimidade. Pelo princípio da legalidade, na Administração Pública, não há liberdade ou vontade pessoal, ou seja, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza" (**Manual de Filosofia do Direito**, pp. 105-106).

A legalidade impõe a vinculação irrestrita da Administração à lei. Pode ocorrer, entrementes, que a norma legal ou regulamentar autorize o agente público a atuar com certa margem, dentro de limites por ela estabelecidos. Nesse caso o agente público não pode ultrapassar os limites de atuação, em respeito ao princípio da legalidade, sob pena de a Administração Pública sujeitar-se ao controle jurisdicional. Sobre a relevância desse princípio, registra SEABRA FAGUNDES:

> Todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade. O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei. Mas não basta que tenha sempre por fonte a lei. É preciso, ainda, que se exerça segundo a orientação dela e dentro dos limites nela traçados. Só assim o procedimento da Administração é legítimo. Qualquer medida que tome o Poder Administrativo, em face de determinada situação individual, sem preceito de lei que a autorize, ou excedendo o âmbito de permissão da lei, será injurídica. Essa integral submissão da Administração Pública à lei constitui o denominado *princípio de legalidade*, aceito universalmente, e é uma consequência do sistema de legislação escrita e da própria natureza da função administrativa (**O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**, p. 115).

O princípio da impessoalidade, que se funda no princípio da imparcialidade da ação administrativa, se traduz no dever do agente político ou público desenvolver a atividade administrativa direcionada a atender ao interesse público, afastando-se da intenção de atender ao interesse próprio ou a qualquer outro interesse particular, ainda que o seu comportamento venha a beneficiar outros administrados. Vinculado ao princípio da igualdade, de que cuida o art. 5º da Carta da República, o princípio da impessoalidade veda os olhos da Administração, fazendo com que ela não enxergue o destinatário ou administrado que se beneficiará ou sofrerá as consequências do seu agir, no desempenho da atividade administrativa ordinária ou excepcional.

A Administração deixa de agir com imparcialidade, e atua com desigualdade, quando elege quem vai beneficiar ou quem deve suportar os efeitos da ação administrativa, com exclusão dos demais que teriam as mesmas oportunidades ou não seriam atingidos pelo comportamento direcionado. Todos os indivíduos participativos, cidadãos ou administrados, devem estar no mesmo nível. Como diz ROBERTO DROMI, "*la igualdad es el valor que indica la posición que corresponde a cada administrado respecto de los demás sujetos de derecho que se encuentran en la misma situación jurídica*" (***Sistema y Valores Administrativos***, p. 196).

O princípio da moralidade administrativa é considerado um reforço do princípio da legalidade. Integrando o rol do art. 37, o § 4º, da Carta Federal, chama a atenção para o que considera contrário à moralidade pública. Quando o agente público assume comportamento que revela a

prática de ato de improbidade fica, respectivamente, sujeito, dentre outras sanções, à suspensão dos direitos políticos e à perda da função pública. O princípio em análise também foi encartado no art. 5º, LXXIII, da Lei Suprema, ao tratar da ação popular como garantia fundamental do cidadão para anular ato lesivo à moralidade administrativa. Além disso, restou igualmente emoldurado no art. 2º, da Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo. O § único, IV, desse mesmo preceptivo legal vincula a Administração Pública a atuar, dentre outros critérios, segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

O princípio da moralidade pública tem fundamento na teoria do desvio de poder, capitaneada por MAURICE HAURIOU, que, na 10ª edição da obra ***Précis de Droit Administratif***, conceituou a moralidade pública como o "conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração".[11] Ao expedir o ato administrativo o agente público deve se comportar de acordo com os valores que lhe são exigidos não só pela lei jurídica como também pela lei moral. É chegada a hora de ele não se olvidar da ética no exercício da atividade administrativa, que sempre está voltada para a satisfação do interesse público, vale dizer, para o somatório dos interesses coletivos. Assim, a moralidade administrativa está imbricada com a ética na Administração Pública.

O princípio da publicidade consiste no dever de a Administração Pública divulgar os atos administrativos que edita. Depois de expedi-los, vincula-se a dar ciência aos interessados e aos administrados. Com fulcro no princípio da transparência dos atos administrativos, a publicidade é dever imposto à Administração de atuar abertamente, para dar acessibilidade a todos os administrados, *exempli gratia*, do que vai realizar, contratar, fiscalizar, multar, de modo que eles possam fazer ou deixar de fazer alguma coisa, cogitando de atos legalmente expedidos. Além de estar insculpido no indigitado art. 37, o princípio em epígrafe foi incorporado nos incisos XXXIII, XXXIV, *b*, e LXXII, do art. 5º, do Pacto Fundamental da Nação, ao cuidar dos direitos fundamentais do cidadão de receber informações de interesse particular, coletivo ou geral, obter certidões para defesa de direitos e esclarecimento de situações e de impetrar *habeas data*, para conhecer informações relativas à sua pessoa, constantes de registros e retificar dados, respectivamente.

Os diplomas legais que tratam da improbidade administrativa, licitações e processo administrativo também se referem ao princípio da publicidade, como se infere da leitura dos arts. 4º, da Lei nº 8.429/92, 3º, da Lei nº 8.666/93, e 2º, par. único, V, da Lei nº 9.784/99, respectivamente. Trata-se de princípio que possibilita aos administrados fiscalizar a obediência aos demais princípios pela Administração Pública, que os credencia e também as pessoas legitimadas a exercer o controle jurisdicional dos atos administrativos.

O princípio da eficiência, também conhecido como da eficácia do serviço público, passou a integrar o rol do art. 37 com a Emenda Constitucional nº 19/98. Antes de ser emoldurada no quadro dos princípios, a eficiência já estava implícita no precitado rol, em razão da sua vinculação

11 MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, prosseguindo no estudo do tema e transcrevendo a lição de HAURIOU acrescenta: "implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há uma moral administrativa, que é 'imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário" (**Direito Administrativo**, p. 73).

com o princípio da legalidade. Quando a Administração Pública faz o que a lei manda, reverenciando o maior dos princípios para alcançar os objetivos por ela anunciados e atender ao interesse público, diz-se que é justa e eficiente. Ao reverso, se comunga com a inércia ou se omite na consecução do que a lei lhe impõe, pode ser taxada de ineficiente e injusta.

Dizer que a Administração Pública atua com eficiência é o mesmo que consagrar que ela presta serviço público de boa qualidade, atendendo a um número maior de interesses dos indivíduos participativos, dentro de um prazo razoável, dispondo de recursos ainda que poucos. Prestando os serviços com rapidez e perfeição, diz-se também que ela cumpre com o dever da boa administração pública.

Para tanto a Administração deve reverenciar outros dois princípios: da razoabilidade e da moralidade. Através da razoabilidade, o agente público que a representa se propõe a destinar os recursos de que dispõe para atender ao que mais de perto interessa à população e não ao que lhe convém, a fim de se projetar no campo político ou como administrador. Na melhor observância da moralidade administrativa, o agente deve se abster de destinar recursos a indivíduos que não necessitam, em prejuízo daqueles que não têm como superar suas necessidades. Para ALEXANDRE DE MORAES, o princípio da eficiência é:

> aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social (**Direito Constitucional**, p. 306).

O princípio da eficiência tem supedâneo na teoria do "ótimo de Pareto". Para essa teoria, não é difícil atender aos interesses sociais. Com o mínimo de esforço a Administração Pública pode levar o máximo de bem-estar aos indivíduos participativos. Basta agir com vontade de uma boa política. RAYMOND ARON recorda o pensamento sociológico de VILFREDO PARETO, *in* ***Les Systèmes Socialistes***, 1903, II, p. 169, que se vincula ao princípio ora em estudo:

> O problema da organização social não pode ser resolvido com declamações baseadas num ideal mais ou menos vago de justiça, mas só através de pesquisas científicas destinadas a encontrar um modo de ajustar os meios ao fim e, para cada homem, o de ajustar o esforço e o sofrimento à satisfação, de forma que o mínimo de esforço e sofrimento leve o máximo de bem-estar ao maior número possível de pessoas (**As Etapas do Pensamento Sociológico**, p. 589).

A Administração Pública deve se esforçar na prestação do serviço público, através dos seus agentes, para levar aos seus administrados a boa administração, servindo-se, como foi dito de outros princípios implícitos no conceito de eficiência. Tanto isso é vero que o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Republicana, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/04, erigiu em direito fun-

damental do cidadão ver o processo administrativo que deflagrou resolvido em tempo razoável, através de meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Da análise dos princípios expressamente encartados na norma constitucional do art. 37, vê-se que é dever da Administração Pública atuar, fazer, agir comissivamente e não omissivamente na prestação do serviço público, com o cumprimento de todos eles. A omissão, quando lhe é exigida a atuação, vale dizer, a assunção de comportamento positivo, para atender ao interesse público, erige a Administração em detentora de um poder discricionário exacerbado.

Como se sabe, por meio dos mais variados pretextos - inclusive mediante a invocação da teoria da "reserva do possível", que lhe serve de esteio para deixar de atender à execução de políticas públicas a que está obrigada pela Carta Constitucional e leis de regência -, a Administração se omite na prestação de diversas facetas do serviço público, muitas vezes de caráter essencial para a sobrevivência e saúde dos cidadãos e dos indivíduos participativos. Opta, *exempli gratia*, por elevar os níveis remuneratórios de cargos comissionados - e, às vezes, por criar outros - ou destinar recursos à consecução de obras não emergenciais, assumindo comportamento que garante projeção eleitoreira aos seus agentes políticos, promoção ou ocupação de cargos mais elevados pelos agentes públicos.

Indiferente e insensível, invocando um poder discricionário - deturpado e exacerbado na sua consistência -, violam os princípios constitucionais e não prestam o serviço público, quando outro comportamento lhes é exigido para que os administrados recebam os benefícios sociais que devem advir da contraprestação do pagamento dos tributos que efetuam. A Administração Pública - que se traduz na materialização e exteriorização do Estado, *lato* sensu - se olvida de que sua função é social. A omissão e a morosidade na prestação do serviço público não são admitidas. Esse comportamento proclama o exercício da má função administrativa, já que o seu dever é positivo. Sua obrigação é de fazer, em outras palavras, cumprir o dever de bem prestar o serviço público.[12] Quando a Administração Pública age direcionada ao bem comum e adota, como se verá, a ética e a moralidade discursiva, resgata a boa administração e a credibilidade do povo.

3.2 A Ética e a moralidade administrativa na legislação infraconstitucional

O exercício de qualquer atividade administrativa dos três Poderes requer, em primeiro lugar, a obediência aos princípios inscritos no art. 37 da Lei Suprema, como restou amplamente analisado. Em segundo, os agentes políticos e públicos, no comando das funções administrativas, devem estar cientes de que a legislação infraconstitucional, ao regulamentar determinada matéria ou instituto, pode estabelecer que a Administração Pública obedeça aos princípios que já constavam expressa ou implicitamente de normas constitucionais diversas, através da reunião de todos eles.

12 JOSÉ FERNANDO DE CASTRO FARIAS, com lastro em preleção de LÉON DUGUIT, ao tratar do "serviço público" afirma: "apresentada como critério geral do campo de ação do Estado, a noção de serviço público implica essencialmente uma ideia de obrigação positiva. Da 'soberania ao serviço público', passa-se de uma visão do Estado como poder público a uma concepção do Estado como 'função social'. Neste ponto, o funcionalismo de DUGUIT segue uma lógica cara a DURKHEIM, quando este escreve: 'todo o direito é público, no sentido de que ele é uma função social e que todos os indivíduos são, mesmo que a títulos diversos, funcionários da sociedade" (**A Teoria do Estado no Fim do Século XIX e no Início do Século XX,** p. 88).

Com isso, diplomas legais podem direcionar a Administração Pública, *lato sensu*, a assumir comportamento ético-moral mais vinculado, evitando o controle jurisdicional dos atos administrativos que expede. A legislação que recomenda à Administração Pública obedecer aos princípios que enumera não é escassa, podendo ser ressaltados os diplomas legais mais relevantes.

A Lei nº 4.717/65, que trata da ação popular, dispõe, no art. 2º e em seu § único, que a incompetência, o vício de forma, a ilegalidade do objeto, a inexistência dos motivos e o desvio de finalidade acarretam a nulidade do ato administrativo. Essa consequência decorre de comportamento antiético da Administração Pública ofensor dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa, legitimando qualquer cidadão a deflagrar a demanda pública, com o objetivo de invalidar o ato lesivo ao patrimônio das pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado integrantes da Administração indireta.

A Lei nº 8.429/92, que dispõe sobre as sanções comin——veis aos agentes públicos (*lato sensu*), nos casos de enriquecimento ilícito por ato de improbidade no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta e fundacional, estabelece, no art. 4º, que eles devem velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Os arts. 9º, 10 e 11, apresentam as condutas caracterizadoras de improbidade, que importam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao Erário ou atentam contra os princípios da Administração Pública, respectivamente. Consistindo todas elas em condutas antiéticas, a lei de regência houve por bem impor, desde logo, sanções administrativas aos agentes públicos, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, mostrando-se intolerante com os ofensores da moralidade administrativa.

A Lei nº 8.666/93 estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras e serviços. No art. 3º, garante aos concorrentes que vão licitar com a Administração Pública, a observância não só do princípio da isonomia como também da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e dos que são correlatos. Como se vê, cuida-se de preocupação da Administração com a conduta ético-moral dos membros da Comissão encarregada de receber, examinar e julgar os documentos e procedimentos pertinentes às licitações e ao cadastramento de licitantes, para não causar prejuízo ao processo licitatório, com as consequentes responsabilidades civil e criminal dos agentes, de acordo com o disposto no art. 82, do mesmo diploma legal.

A Lei nº 8.987/95, que regulamenta o regime de concessão e permissão da prestação dos serviços públicos, anunciado no art. 175 da Carta da República, estatui, no art. 14, que na licitação que objetiva conceder, por contrato público, a realização de determinado serviço ou de obra, a Administração Pública deverá observar os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório. Ao reproduzir quatro dos que estão elencados nos arts. 5º e 37 do Pacto Fundamental e introduzir mais dois, voltados para o regime de concessão e permissão, a lei de regência se preocupa com a atitude ético-moral do agente ou do colegiado encarregado de deliberar, recomendando estrita observância de todos os princípios.

A Lei nº 9.784/99, ao dispor sobre o processo administrativo no âmbito da Administração

Pública Federal, direta ou indireta, estabelece no art. 2º que o agente político ou público deve obedecer, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Trata-se de iniciativa de lei infraconstitucional no sentido de reproduzir quatro dos cinco princípios inscritos no art. 37 da Carta Federal e incluir outros sete, já expressos ou implícitos em normas constitucionais diversas. O parágrafo único do art. 2º minudencia o modo de atuar do agente, na observância dos princípios enumerados no *caput*, dando ênfase à legalidade, ou seja, ao dever de agir conforme a lei e o direito, e, implicitamente, à moralidade, quando veda a promoção pessoal de agentes ou autoridades, e à ética, explicitando o dever de atuação com probidade, decoro e boa-fé (incisos I, III e IV).

"Todos os indivíduos participativos, cidadãos ou administrados, devem estar no mesmo nível."

Cogita-se de diploma legal que igualmente se preocupa com o comportamento ético-moral do agente público na condução do processo administrativo em trâmite na Administração Pública direta ou indireta, de modo a não prejudicar seus próprios interesses ou dos administrados, uma vez que agindo de forma contrária poderá produzir os efeitos negativos anunciados nos arts. 53 e ss. do mesmo diploma legal.

Contudo, não basta que um conjunto de leis trate de direitos e deveres da Administração Pública, ratifique, explicite ou apresente princípios, com o objetivo de recomendar ao agente público que se lhes dê obediência ou cumprimento, nem estabelecer sanções administrativas como, *verbi gratia*, a perda dos direitos políticos, cargos ou funções quando atuam em sentido inverso. Prescindível seria editar tantas leis se a Administração Pública adotasse um único princípio: o da moralidade discursiva, prestigiando a ética da discussão, com a convocação, pelo comando da gestão pública, dos agentes hierarquizados para uma deliberação conjunta e participativa de todos os temas relacionados com as atividades administrativas das entidades e órgãos. As deliberações tomadas se prestam a solucionar possíveis conflitos que ordinariamente eclodem no dia a dia das atribuições administrativas, impossibilitando a Administração Pública de atuar com hiperdiscricionariedade, por ter em mãos a solução para o impasse, que vem das precitadas deliberações, dentro de um padrão de extrema moralidade administrativa.

3.3 A Ética na Administração Judiciária

A Administração Judiciária é exercida por magistrados de final de carreira e, em regra, por servidores da mais alta graduação. Comungando com o melhor entendimento doutrinário - capitaneado por HELY LOPES MEIRELLES -, de que os membros do Poder Judiciário também integram o rol dos agentes políticos, eles e os agentes públicos, no comando da Presidência, três Vice-Presidências e Corregedoria Geral da Justiça, no caso do Estado do Rio de Janeiro, devem se pautar pela ética e moralidade ínsitas à relevância das funções administrativas dos órgãos julgadores e componentes da Administração Judiciária.

A ética na Administração Judiciária exige do magistrado a observância dos valores morais e cumprimento dos deveres inerentes às funções administrativas, emoldurados nos diplomas legais e

regulamentares, além de lhaneza, cautela e conhecimento das normas de conduta social para que se afaste qualquer dúvida sobre sua integridade. O magistrado na Administração está cercado de fiscais do seu comportamento, que se estende desde o mais simples empregado terceirizado - encarregado da limpeza das dependências dos órgãos julgadores e administrativos - aos Diretores-Gerais e autoridades que mantêm relações funcionais com a Administração Judiciária. Eles o avaliam, aclamando se o magistrado administrador se comporta de acordo com a ética ou a conspurca.

A ética judiciária, além de aristotélica, kantiana e deontológica, é estoica, uma vez que o exercício da magistratura jurisdicional ou administrativa exige firmeza, austeridade, estrita obediência à razão e a desvinculação da satisfação de certas necessidades ou prazeres perseguidos pelo homem comum. Por isso que os magistrados que comandam os órgãos julgadores ou administrativos que integram a Administração Judiciária devem se afastar da prática do patrimonialismo e do nepotismo, procedimentos injustificáveis e demonstradores de uma crise de paradigma ético-moral.

Dotados do poder discricionário de indicar assessores e assistentes para ocupar cargos comissionados ou funções de confiança em seu gabinete e outros mais para a direção da Secretaria do seu órgão julgador, quando chegam a presidi-lo, alguns magistrados atendem a colegas, amigos, a pedidos políticos internos e externos, sem que se importem se os serviços de assessoramento ou direção do órgão julgador serão prejudicados, quando providos por indivíduos destituídos de conhecimentos técnicos ou de idoneidade para exercê-los, nem se eles vão se dedicar aos serviços judiciários. Tratando-se de cargos de livre nomeação pelo Presidente da Corte podem assim proceder. Este - que tem o poder de nomear - não costuma perquirir sobre as qualidades funcionais ou idoneidade de quem vai ocupar o cargo ou função.

Para uma boa administração dos serviços judiciários que se desenvolvem nos órgãos julgadores e administrativos da Corte de Justiça, contudo, a indicação e a nomeação para investidura nos cargos e funções da Administração Judiciária devem ser precedidas, ao menos, de uma singela discussão entre os que exercem o comando do próprio Tribunal ou dos órgãos julgadores para que não ocorra o abalroamento da ética e da moralidade administrativa, admitindo a nomeação apenas por indicação. Não se trata de limitação do poder discricionário do magistrado administrador. Cogita-se de simples moralidade discursiva, expediente que demonstra comportamento ético de um comando diferenciado, objetivando dar o exemplo interno e externo, já que os membros desse Poder - na investidura dos cargos para os quais foram nomeados - prometeram "cumprir a Constituição e as leis do País".

Dentre os princípios constitucionais do referido art. 37 - todos entrelaçados, como restou analisado -, figura a moralidade pública. Se o magistrado administrador indica ou nomeia pessoa destituída de conhecimentos técnico-jurídicos ou administrativos, seja Presidente, Vice-Presidente, Corregedor-Geral, Diretor-Geral da Escola da Magistratura, seja presidente do órgão julgador, para atender a interesses pessoais, de colegas, amigos ou de políticos, incide no patrimonialismo, por agir como se "dono" fosse do cargo público ou da função, tal como alguns membros dos demais Poderes, dirigentes de entidades públicas ou de seus órgãos costumam fazer. Tanto os membros dos outros dois Poderes como os membros do Poder Judiciário investidos nos cargos da Administração Pública não desfrutam de imunidade. A todos eles deve ser vedada a prática do

patrimonialismo.[13] Do magistrado, que prometeu cumprir a Constituição e as leis vigentes, espera-se atuação com ética e moralidade.

Os cargos comissionados e as funções de confiança que integram os órgãos julgadores, e a própria Administração Judiciária, não constituem o patrimônio dos magistrados que temporariamente exercem seus comandos. A uma, porque eles são criados por lei para a estruturação e funcionamento da Administração Judiciária e não para atender aos interesses de quem os chefia e sim de quem bate às portas desse Poder para buscar a prestação jurisdicional em jurisdição contenciosa ou voluntária; a duas, porque ditos cargos e funções não podem ser "privatizados" por quem transitoriamente ocupa a direção da Corte de Justiça, seus órgãos julgadores ou administrativos.[14]

O resultado do patrimonialismo na Administração Judiciária é a prestação de um serviço judiciário de baixa qualidade, além do retardo dos processos judiciais ou administrativos, muitas vezes julgados bem após o decurso dos prazos designados em lei, com prejuízo para as partes ou para aqueles que pleiteiam direitos na via administrativa. Como corolário, vê-se a violação da eficiência.

O nepotismo, também ofensor da moralidade administrativa, é uma espécie do gênero patrimonialismo, ainda presente na Administração Judiciária. A nomeação de cônjuge, companheiro, parente em linha reta descendente, colateral e por afinidade é prática comum nas Cortes de Justiça. Essa vetusta prática - reveladora de uma conduta que agride a ética e é reprovada pelos servidores concursados do próprio Poder e pelos administrados - foi rechaçada pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, erigido em órgão censor de todo Poder Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Assim que instalado dito Conselho editou a Resolução nº 07, de 18/10/05, expedida no âmbito da competência que lhe outorgou o art. 103-B, § 4º, II, da Carta Federal. Com fulcro nos princípios da moralidade e da impessoalidade, versado no art. 37, do mesmo diploma constitucional, não hesitou em "disciplinar o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário". O nepotismo na Administração Judiciária vem sendo

---

13 GILVAN HANSEN, ao tratar do tema, enfatiza que se "não bastasse a crise de paradigmas político-sociais presente, o cenário atual nos descortina ainda uma aberração de organização estatal, que se caracteriza por uma mistura entre elementos feudais e o Estado moderno, qual seja, o Patrimonialismo. Descrito por intelectuais como RAIMUNDO FAORO e ANTONIO PAIM, o Patrimonialismo pode ser identificado no cotidiano da organização estatal brasileira ou, senão nela, nos procedimentos e na mentalidade vigente entre os atores sociais que fazem a política nesta 'Terra de Santa Cruz'. O que caracteriza o Patrimonialismo é a postura frente ao Estado como se este fosse um feudo ou uma capitania hereditária pertencente, enquanto propriedade e patrimônio, a pessoas ou grupos que ocupam as funções e os cargos públicos" ("Gestão Pública: desafios e perspectivas". Trabalho divulgado em aulas de Mestrado do PPGSD-UFF).

14 JOSÉ MURILO DE CARVALHO, em entrevista concedida à imprensa acerca do tema "Agruras Democráticas", ao responder à 1ª pergunta do jornalista sobre corrupção e escândalos, registrou: "certamente não é igual em todos os países, sobretudo protestantes, em que a ética pública é mais rigorosa. Mas é comum em países de origem ibérica por conta do patrimonialismo, em que a distinção entre o público e o privado é pouco nítida. A distinção que existe é de que ou é meu ou é do Estado, e, se for do Estado, eu posso meter a mão. A idéia de que o público é de todos os que pagam impostos não faz parte da nossa cultura" (**O Globo**, "Caderno Ciência-História", sábado, 23/05/09, p. 36*)*.

combatido, mas ainda não chegou ao seu termo resolutivo.

A prática do nepotismo ainda persiste na Administração Judiciária. Alguns magistrados que comandam órgãos das instâncias revisoras insistem na conduta antiética. Indicam parente para ocupar cargo em comissão em gabinete de colega. Em expediente de reciprocidade, se dispõe a indicar parente ou amigo do colega para cargo igual ou equivalente. Novamente colidindo com a ética, parentes e amigos são investidos, pelo Presidente do Tribunal, em cargos bem remunerados. É o que se denomina "investidura cruzada". Um novo controle administrativo foi preciso, desta vez pela Suprema Corte. A edição da Súmula Vinculante nº 13

> dispôs que a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

A prática antiética do critério da pessoalidade continua se, por acaso, o magistrado indica para ocupar cargo comissionado, em órgão julgador ou administrativo, parente em quarto grau, como, *exempli gratia*, primo, tio-avô ou sobrinho-neto, que obtém a investidura. A nomeação não é vedada pelas normas legais e regulamentares, nem pela precitada Súmula Vinculante. Pode parecer que o comportamento não fere a ética. Mas ao reverso, se é parente quem ele indicou e foi nomeado - mormente quando pouco ou nada entende dos serviços judiciários ou administrativos, comparecendo esporadicamente para exercer suas funções -, a prática do nepotismo continua.

Dentro de ambas as condutas antiéticas, isto é, da prática do patrimonialismo e do nepotismo, vem se tornando comum a contratação de pessoa vinculada ao magistrado - por laços de parentesco de 4º grau ou amizade -, para sua admissão em empresa prestadora de serviços à Administração, por ter vencido licitação, através de indicação ao Presidente da Corte. Como terceirizado - agora não mais para prestar serviços elementares e sim de relevância em órgãos julgadores e administrativos -, vai permanecendo no serviço público no regime celetista, por inexistir vedação para renovar o contrato ou transferir o beneficiado para outra empresa prestadora de serviço que venceu a concorrência.

Essa prática não é expressamente vedada, como se vê do art. 3º, da Resolução nº 07/05, do Conselho Nacional de Justiça, que proscreve, apenas, a contratação e a manutenção de contrato de prestação de serviço com empresa que tenha, entre seus empregados, parente do magistrado ocupante ou não de cargo de direção no tribunal, o que permite - para quem quer se comportar aeticamente - influenciar a pessoa jurídica a contratá-lo posteriormente.

A Lei Complementar nº 35/79, Lei Orgânica da Magistratura Nacional, composta de 147 artigos - desatualizada e com algumas normas revogadas pela Constituição Federal e por Emendas Constitucionais posteriores -, trata da ética dos magistrados nos arts. 35 a 39, estatuindo que eles

devem se pautar por um comportamento compatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções e manter conduta irrepreensível na vida pública e particular. Não há referência ao dever de se abster do patrimonialismo e do nepotismo. O Código de Ética da Magistratura, editado em 18/09/08 pelo Conselho Nacional de Justiça, dentro das atribuições que lhe foram conferidas pelos arts. 103-B, § 4º, I e II, da Carta Federal e 60, da sobredita Lei Orgânica da Magistratura Nacional, se traduz em diploma regulamentar, composto de 42 artigos, que exterioriza os princípios norteadores da função jurisdicional: independência, imparcialidade, conhecimento e capacitação, cortesia, transparência, segredo profissional, prudência, diligência, integridade profissional e pessoal, dignidade, honra e decoro.

Apesar da revogação de certos dispositivos da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, por normas constitucionais, e do precitado Código de Ética da Magistratura ter sido editado em 2008 - portanto após a Emenda Constitucional nº 45/04, que institui o Conselho Nacional de Justiça -, ainda não se vislumbra proibição expressa do patrimonialismo e do nepotismo, de qualquer espécie (direto ou "cruzado"), em texto legal ou regulamentar, malgrado a Resolução nº 07/05, do Conselho Nacional de Justiça e a Súmula Vinculante nº 13 estejam atentas à falta de comportamento ético de magistrados, tentando proscrever o expediente ofensivo à moralidade administrativa no âmbito da Administração Judiciária.

Embora ditas práticas antiéticas tenham sido reduzidas, ainda fazem parte do cotidiano nas Cortes de Justiça, menosprezando valores e inobservando princípios constitucionais que acarretam o descrédito do povo na autoridade moral do Poder Judiciário. O jurisdicionado, o administrado e o cidadão que tomam conhecimento dessas práticas acabam por desconfiar da moralidade administrativa do Judiciário. Até então acreditavam que o patrimonialismo e o nepotismo só estivessem presentes nos órgãos da Administração Pública direta ou indireta do Poder Executivo e nos órgãos da Administração Pública do Poder Legislativo e não ocorressem nos órgãos da Administração Judiciária, por se sujeitarem ao comando de magistrados. Essas práticas também são reprovadas por magistrados que com elas não comungam e, principalmente, pelos servidores do quadro efetivo do Poder Judiciário, muitos deles altamente habilitados a ocupar o cargo comissionado ou a função gratificada para o qual o parente ou amigo do julgador foi indicado.

O patrimonialismo e o nepotismo na Administração do Poder Judiciário - que ferem os princípios da impessoalidade e da moralidade - também são responsáveis por uma discricionariedade exacerbada do magistrado. No momento em que ele desrespeita o comando constitucional de se pautar pelos sobreditos princípios, entendendo que está acima dos limites da sua livre atuação para indicar ou nomear pessoas que vão ocupar cargos ou funções - mesmo impedidas, conforme a Resolução e a Súmula Vinculante mencionadas -, pratica também a hiperdiscricionariedade administrativa a ser, outrossim, corrigida por uma mudança de paradigma.

A adoção da ética e moralidade discursiva, com a convocação pelo Presidente da Corte de Justiça dos magistrados investidos no comando dos órgãos julgadores ou administrativos para que participem e deliberem conjuntamente sobre a nomeação de pessoas ou servidores indicados para ocupar cargos comissionados e funções gratificadas, afasta a possibilidade da hiperdiscricionariedade, restabelecendo a autoridade moral do Poder Judiciário no desempenho das atividades da Administração Judiciária.

4. CONCLUSÃO

A atuação administrativa, aclamada como atividade exercida no Estado Democrático de Direito, em República Federativa, tem como fundamentos, dentre outros, no caso brasileiro, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Sua natureza é de função exercida pelo Executivo, decorrente da legitimidade do povo - haja vista a forma de investidura dos seus membros, prevista na Constituição Federal -, dirigida ao atendimento dos interesses dos cidadãos e dos indivíduos participativos e do que, por eles, é pleiteado na via extrajudicial, não importando quem figura como requerente, na observância do princípio da impessoalidade. A legalidade e a moralidade devem imperar na atividade administrativa.

Essa atividade vem do poder que emana do povo, para este estando voltada. A Administração Pública deve estar à disposição de todos, bastando que funcione com respeito aos precitados princípios para o atendimento do somatório dos interesses coletivos. A atividade é exercida, repita-se, em Estado de Direito, vale dizer, em democracia, que é "o governo do povo, pelo povo e para o povo", como já dizia ABRAHAM LINCOLN em 1863.

O poder vem do povo que o exerce para o atendimento das pretensões envolvendo direitos e interesses dos indivíduos participativos (art. 1º, § único, da Carta Política). Traduzindo-se em atividade de interesse geral, em República Federativa, a função administrativa deve se preocupar em atender aos objetivos da democracia elencados nos arts. 1º e 3º, da Lei Fundamental, notadamente aos referentes à cidadania, dignidade da pessoa humana, construção de uma sociedade mais justa, com erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, o que só é possível alcançar quando os agentes políticos e da Administração Pública se pautam pela ética e pela moralidade pública.

A função administrativa da era contemporânea - que há de estar focada na cidadania e na dignidade da pessoa humana, repita-se - deve se pautar por uma ética diferenciada, atenta à recomendação constitucional. Por isso tem sido convocada, a todo instante, a implementar políticas públicas, para o atendimento dos direitos fundamentais e sociais do cidadão e dos indivíduos. Não se admite a omissão da Administração Pública, nem a alegação de que é detentora do poder discricionário para se omitir, quando deve agir, ou o exercício desse poder hiperdiscricionariamente, ferindo a ética e a moralidade administrativa.

Na era contemporânea os indivíduos estão deixando a menoridade, sendo convolados em credores de esclarecimento (*aufklärung*), haja vista sua inclusão no sistema globalizado e informatizado. Eles estão mais exigentes e anseiam por ver cumprido o compromisso de uma atuação administrativa pautada pelos princípios constitucionais, que apresente resultados positivos, ou seja, uma administração boa e justa, sob pena de se instaurar o controle jurisdicional, através dos meios processuais colocados à sua disposição, traduzidos em direitos e garantias fundamentais encartados na Constituição Republicana.

Cidadãos e indivíduos querem participar das ações administrativas e deliberar para afastar comportamentos antiéticos dos agentes públicos, que prejudicam interesses comuns e abala o Estado Democrático de Direito. Como ensina J. HABERMAS "o direito não é um sistema fe-

chado narcisisticamente em si mesmo, uma vez que se alimenta da 'eticidade democrática' dos cidadãos e da cultura política liberal" (**Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**, vol. II, p. 323). A adoção do procedimento democrático deliberativo permite que eles, após as deliberações tomadas, fundadas na ética do discurso, possam, inclusive, fiscalizar o seu cumprimento. A teoria do discurso, no modelo de democracia deliberativa, concilia os interesses, de um lado, da Administração Pública na sua gestão e, de outro, dos cidadãos e indivíduos, no recebimento de bens e serviços públicos específicos para que alcancem o bem-estar, através de procedimento administrativo racional.[15]

Demais disso, o discurso previne a tensão natural entre Administração e administrados, impossibilitando a emissão de atos administrativos eivados de hiperdiscricionariedade. Assim, se vale do referencial habermasiano para fundamentar a discussão de uma perspectiva contrafactual, que seja capaz de romper com a patologia da hiperdiscricionariedade dos atos administrativos expedidos pela Administração Pública, vinculando-a, inclusive, para admitir a fiscalização democrática participativa dos que representaram as classes interessadas na solução de suas demandas administrativas.[16]

No contributo do referido autor, devem ser discutidos parâmetros para uma cidadania ativa, no contexto da democracia deliberativa, de modo a incutir na Administração Pública a consciência de que sua atuação é toda direcionada ao atendimento do interesse público - como já foi dito, mas vale repetir - para não se olvidar de que ética e moralidade administrativa devem estar presentes em todas suas ações.

Apontadas as condutas dos gestores públicos colidentes aos valores ético-morais, são indicadas providências objetivando prevenir e combater condutas reprováveis no âmbito da Administração Pública. Impõe-se a mudança de paradigma ressaltada, de modo a impossibilitar uma discricionariedade que se distancia do interesse público e se aproxima da ilegalidade, na opção entre os dois trilhos que caracteriza o ato administrativo que o administrador público pode expedir. A discricionariedade exacerbada ou desvirtuada, vale dizer a hiperdiscricionariedade, deve ser limitada pela ética e moralidade administrativa de modo a regrar o comportamento não só de agentes políticos como também de agentes públicos nas funções administrativas dos três Poderes da República.

Para tanto, urge elaborar um código procedural ou regimento interno para vincular a con-

---

15 JÜRGEN HABERMAS anota que "a teoria do discurso acolhe elementos de ambos os lados e os integra no conceito de um procedimento ideal para o aconselhamento e tomada de decisões. Esse procedimento democrático cria uma coesão interna entre negociações, discursos de autoentendimento e discursos sobre a justiça, além de fundamentar a suposição de que sob tais condições se almejam resultados ora racionais, ora justos e honestos. Com isso, a razão prática desloca-se dos direitos universais do homem ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade e restringe-se a regras discursivas e formas argumentativas que se extraem seu teor normativo da base validativa da ação que se orienta ao estabelecimento de um acordo mútuo, isto é, da estrutura da comunicação linguística" (**A Inclusão do Outro**, p. 278).

16 SIMONE GOYARD-FABRE reverencia o autor registrando: "mas J. HABERMAS, que insiste mais que seus predecessores nas 'patologias' social e jurídica, pretende propor uma terapia por meio da nova conceituação que confere à 'razão comunicacional': ela rompe a clausura sistêmica de um direito curvado sobre as singularidades individuais a fim de moldar, no 'espaço público', uma ética da discussão " (**O Que É Democracia?** p. 322).

duta funcional dos gestores dos órgãos da Administração Pública dos três Poderes e das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público da Administração indireta, com sua submissão às normas que perfilhem um modelo de agir ético-moral, afastando, desde logo, qualquer tentativa de violação das que admitem atuação hiperdiscricionária, com atendimento das recomendações principiológicas encartadas na Carta Política.

Além de constar do acervo normativo o afastamento da hiperdiscricionariedade - uma vez que a arbitrariedade decorrente da violação frontal do princípio da legalidade sequer tem lugar -, deve figurar norma regulamentar dispondo sobre a convocação dos agentes políticos e públicos que comandam e são comandados para a participação e deliberação, em conjunto, sobre a conduta administrativa a ser assumida em situações específicas que ameacem conspurcar a ética e a moralidade na Administração Pública, o que resgatará a confiança do cidadão e dos indivíduos participativos. A ética e a moralidade serão restabelecidas e o bem-estar social alcançado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

APPIO, Eduardo. **Discricionariedade Política do Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2008.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 1ª Reimp., 2008.

ARON, Raymond. **As Etapas do Pensamento Sociológico**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O Princípio da Moralidade Administrativa e seu Controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

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

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
_____. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
_____. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo Brasileiro**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em Políticas Públicas**. Curitiba: Juruá, 2007.

DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da Eficiência & Moralidade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2009.

DROMI, Roberto. ***Derecho Administrativo***. 12ª ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2009.
_____. ***Sistema y Valores Administrativos***. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003.

DUTRA, Delamar José Volpato. **Manual de Filosofia do Direito**. Caxias do Sul: EDUCS - Editora da Universidade de Caxias do Sul, 2008.

FARIAS, José Fernando de Castro. **Ética, Política e Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.
_____. **A Teoria do Estado no Fim do Século XIX e no Início do Século XX**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999.

FOLLONI, André Parmo. **Teoria do Ato Administrativo**. Curitiba: Juruá, 2009.

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

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: Ed. Unesp, 1991.

GORDILLO, Agustín. ***Tratado de Derecho Administrativo***, tomo 2. 9ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009.

GOYARD-FABRE, Simone. **O Que é Democracia?** Tradução de Cláudia Berliner. Coleção Justiça e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**, vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
_____. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**, vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
_____. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2002.

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

HANSEN, Gilvan Luiz. "Gestão Pública: Desafios e Perspectivas". Trabalho divulgado em aulas do Mestrado em Sociologia e Direito do PPGSD-UFF, Teoria Sociojurídica II, 2º semestre de 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. 1ª Reimp. São Paulo: Martin Claret, 2008.

_____. **Textos Seletos**. 4ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KUMAR, Krishan. **Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna. Novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Era do Vazio - Ensaio sobre o Individualismo Contemporâneo**. Barueri: Manole, 2005.

_____. **Os Tempos Hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

MADEU, Diógenes. **Ética Geral e Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PEGORARO, Olinto A. **Ética é Justiça**. 9ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1995.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Tradução de Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SICCA, Gerson dos Santos. **Discricionariedade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2010.

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

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2009.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SUMÁRIO

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA E A DEFORMAÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 85 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

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

A ideia de responsabilidade pelo ressarcimento dos custos do processo (gênero no qual se inserem os honorários advocatícios, objeto particular deste estudo) teve desenvolvimento similar na história antiga e moderna, eis que em ambas as experiências esta foi originalmente concebida como uma penalidade, e em seguida passou a ser tratada como uma obrigação decorrente da derrota processual, independente de conduta temerária da parte.

Nos primórdios da história romana, a remuneração dos causídicos era proibida, tendo sido expressamente vedada pela *Lex Cintia*, de 250 a.C., situação que se modificou sob o Imperador Claudio, quando esta passou a ser autorizada, embora permanecessem proibidas a remuneração *quota litis* (participação do advogado nas vantagens auferidas pela parte) e o *palmarium* (retribuição extraordinária em caso de êxito). Já no que se refere aos honorários de sucumbência propriamente ditos, superada a fase das *leges actiones*, em que valores depositados pela parte derrotada revertiam em favor do erário ou dos sacerdotes, observou-se o surgimento da *actio dupli*, em que o derrotado, que havia resistido injustamente à pretensão, devia pagar a condenação em dobro. Somente a partir da Constituição de Zenão, de 487, é que os honorários advocatícios de sucumbência adquiriram a natureza de ressarcimento dos custos da demanda pela parte vencida, independente de ter agido com má-fé, *i.e.*, tendo a derrota processual como fato jurídico idôneo ao surgimento da obrigação.[1]

No direito canônico e no direito comum medieval, a responsabilidade pelo ressarcimento dos custos da demanda era tratada como uma penalidade.[2]

No Brasil, durante o período colonial, os advogados eram remunerados mediante emolumentos previstos no Regimento de Custas, e somente no período imperial, por meio do Decreto n. 5.737, de 1874, é que a cobrança de honorários, inclusive sob a modalidade *quota litis*, passou a ser permitida. Com o advento do Código de Processo Civil de 1939, passaram a ser previstos honorários advocatícios de sucumbência, porém apenas em caso de dolo ou culpa da parte derrotada, portanto, com a feição de pena. Somente com o Código de Processo Civil de 1973, é que

1 ARAÚJO, Fabiana Azevedo. "A Remuneração do Advogado. Investigações Acerca da Natureza Jurídica dos Honorários de Sucumbência". **Revista Jurídica Consulex,** nº 284, 2008, p. 43.

2 CAHALI, Youssef Sahid. **Honorários Advocatícios**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 4ª ed, p. 23.

os honorários de sucumbência assumiram o caráter de ressarcimento devido pela parte vencida à parte vitoriosa, independente de má-fé.[3] [4]

O direito português e o espanhol conservam o tratamento do pagamento das despesas do processo como penalidade, enquanto no direito alemão, austríaco e francês prevalece o tratamento da espécie como ressarcimento independente de culpa das partes, mitigada no caso de sucumbência recíproca.[5]

Mesmo um breve exame das experiências históricas revela ter sido uma evolução natural delas o embate doutrinário entre a teoria do ressarcimento de WEBER, e a teoria da pena de HENNEMANN, ambas superadas modernamente pelas teorias da sucumbência e da causalidade, estas que interessam mais particularmente ao objeto do nosso estudo, as quais tiveram no direito italiano e alemão o seu mais pleno desenvolvimento.

Segundo o princípio da sucumbência, é o fato objetivo da derrota que justifica a imposição ao vencido do ônus de suportar as despesas do processo, ressarcindo ao vencedor os honorários advocatícios e custas processuais, de modo que o direito judicialmente reconhecido lhe seja assegurado sem qualquer diminuição à sua substância.

Todavia, essa noção não se mostrou suficiente para explicar, em sua plenitude, o fenômeno jurídico em apreço, na medida em que em diversas situações, como, por exemplo, a extinção do processo sem resolução do mérito ou o reconhecimento da procedência do pedido pelo réu, não haveria propriamente um vencido.

Em consequência, fez-se necessário o recurso ao princípio da causalidade, segundo o qual a parte que poderia evitar a instauração do processo e, portanto, deu causa à propositura da demanda, deve suportar as correspondentes despesas. Observa-se, entretanto, que o princípio da causalidade não está em conflito com o princípio da sucumbência, mas o complementa, e pode ser compreendido mesmo como um princípio de aplicação mais ampla que aquele.

Há ainda um terceiro princípio, de natureza subsidiária, denominado princípio do interesse, aplicável aos chamados processos necessários, assim compreendidos aqueles que não podem ser evitados por qualquer uma das partes, eis que decorrentes de princípios de ordem pública e leis imperativas. Assim, instaurada a demanda necessária, como por exemplo, uma ação de usucapião em que o réu não oferece resistência ao pedido, cabe à parte interessada na obtenção do provimento jurisdicional suportar exclusivamente as despesas do processo.[6]

---

3 ARAÚJO, Fabiana Azevedo. *Op. cit.*, p. 43.

4 Como observa YOUSSEF SAID CAHALI, *op. cit.*, p. 39, durante o período republicano, antes da unificação do direito processual ocorrida em 1939, cada unidade da federação disciplinava a seu modo os honorários advocatícios de sucumbência.

5 CAHALI, Youssef Said. *Op. cit.*, pp. 25-27.

6 CAHALI, Youssef Said. *Op. cit.*, pp. 28-38.

"(…) porque toda obrigação é decorrente de um fato lícito ou ilícito capaz de estabelecer o liame entre as partes (…)."

Em suma, os diferentes modelos teóricos e a própria experiência histórica, ao considerar a distribuição do ônus de suportar as despesas do processo, levam a concluir que a obrigação de pagar (dentre outras despesas) honorários advocatícios pode ser imposta à parte vencida no processo, àquela que deu causa à propositura da demanda, ou à parte interessada na instauração de processo necessário, constituindo neste último caso uma obrigação particular da parte com seu advogado já regulada em contrato, e nas duas primeiras hipóteses uma obrigação indenizatória, que tem por escopo evitar que a parte que não deu causa à propositura da demanda seja onerada com os custos do processo.

No regime instituído pelo Código de Processo Civil de 1973, podíamos dizer que se tratava de uma indenização presumida (hipótese de presunção legal absoluta) na medida em que, no arbitramento dos honorários advocatícios, o Juiz não levava em conta os gastos efetivos da parte com seu advogado, mas se utilizava de critérios legais específicos para este fim, ao mesmo tempo em que a Lei determinava que o pagamento deveria ser feito diretamente ao advogado, portanto, com o fim precípuo de evitar (ou mais realisticamente reduzir) o efetivo dispêndio de numerário pela parte que não deu causa à instauração do processo, já que no processo civil a parte mais expressiva dos honorários advocatícios costumava ser contratualmente fixada em proporção quota litis dependente do êxito da parte em razão da atuação do respectivo patrono.

II – NATUREZA JURÍDICA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INCONSTITUCIONALIDADE DE SUA PREVISÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ACEPÇÃO SUBSTANTIVA)

O novo Código de Processo Civil, de 2015, instituindo regime marcantemente distinto da codificação anterior, passou a determinar, em seu artigo 85 que "(...) A Sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor (...)".

Note-se que, na dicção do Código revogado, esse pagamento era devido à parte, como ressarcimento das despesas que efetuou com o pagamento dos honorários advocatícios contratuais.

Embora o Estatuto da Advocacia, antes da vigência do novo Código, houvesse determinado, de forma inconstitucional, que essa mesma verba caberia ao advogado e não à parte, permanecia em vigor a disposição do Código de Processo Civil de 1973, que autorizava a condenação, em sentença, do vencido ao pagamento de honorários de sucumbência em favor da parte vencedora. Essa norma também permitia a interpretação conforme a constituição, nas hipóteses em que o advogado abdicava da cobrança de honorários advocatícios contratuais para se remunerar tão somente por meio dos honorários de sucumbência fixados na sentença (os quais seriam devidos como ressarcimento à parte, que nessa particular hipótese nada teria a ser ressarcido porque nada lhe foi cobrado). Portanto, a questão da destinação da verba de honorários constituía matéria a ser examinada na fase de execução da sentença. Contudo, a partir da vigência do novo Código, o seu novo regramento impõe esse exame já no momento em que proferida a sentença, eis a expressão

literal do artigo 85 e seu § 14 tiveram por escopo modificar a natureza jurídica da condenação.

E qual seria essa natureza? Os defensores do novo regramento e da antiga norma estatutária (bem como o próprio § 14, do artigo 85 do novo Código) afirmam que se trataria de remuneração alimentar adicional devida ao advogado.[7] [8]

Contudo, não é possível reputar remuneração (que se traduz em contraprestação a um serviço prestado) o valor pago por um terceiro sem vínculo jurídico com o advogado, tendo como fundamento exclusivo a sua sucumbência total ou parcial em um processo judicial cuja relação jurídica é integrada exclusivamente pelas partes e pelo Estado, já que não restam dúvidas de que o advogado participa do processo exclusivamente na condição de procurador de seu cliente (salvo nos casos em que atua em causa própria).

Assim é que, embora tenha sido sustentado que essa verba seria uma remuneração alimentar adicional (e mesmo que a própria lei o afirme), ela na realidade não se reveste dessa natureza.

Por outro lado, uma vez superada a regra do ressarcimento (que lhe conferia natureza indenizatória) restou carecedora de fundamento (e, portanto, de legitimidade) a obrigação instituída pelo novo código.

Diz-se carecedora de fundamento, porque toda obrigação é decorrente de um fato lícito ou ilícito capaz de estabelecer o liame entre as partes e autorizar a responsabilidade do devedor pelo seu inadimplemento. Todavia, no caso em apreço, não há relação jurídica ou liame de qualquer natureza entre a parte vencida e o advogado do vencedor. A parte vencida não praticou ato ilícito em detrimento do advogado do vencedor. O advogado do vencedor não prestou serviços ao vencido que autorizem a imposição do ônus de remunerá-lo (de forma adicional à remuneração devida pelo seu cliente). E o simples fato da derrota no processo, no que diz respeito à relação jurídica processual, somente poderia vincular as próprias partes que integram essa mesma relação processual, e não seus procuradores, haja vista a natureza jurídica do mandato e o princípio da relatividade dos contratos.

Por outro lado, a lei, ao instituir obrigações, não pode fazê-lo sem levar em conta fatos ou negócios jurídicos capazes de estabelecer um liame entre as partes envolvidas à luz do devido processo legal em sua acepção substantiva, pois ao instituir obrigações sem o mínimo fundamento racional agride de forma contundente o artigo 5º, LIV, da Constituição da República.

A este respeito, convém lembrar o magistério do eminente Professor e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal LUÍS ROBERTO BARROSO, com fundamento na doutrina constitucional norte-americana, alemã e portuguesa, como se transcreve, *verbis*:

---

7 ARAÚJO, Fabiana Azevedo. *Op. cit.*, p. 47.

8 THEODORO JUNIOR, Humberto. "Honorários de Advogado – Sucumbência Recíproca – Distribuição e Compensação dos Honorários Sucumbenciais". **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, nº 26 (set.-out./2008), p. 92.

> (...) De fato, ao lado do princípio da igualdade perante a lei, essa versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral. (...)
>
> (...) são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disso, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise a justiça. A razoabilidade é a adequação de sentido que deve haver entre esses elementos.
>
> Essa razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade interna, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. Aí está incluída a razoabilidade técnica da medida. (...)
>
> (...) De outra parte, havendo razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional. Se a lei contravier valores expressos ou implícitos no Texto Constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o seja internamente. (...)
>
> (...) Há ainda um terceiro requisito, igualmente desenvolvido na doutrina alemã, identificado como proporcionalidade em sentido estrito. Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de CANOTILHO, trata-se "de uma questão de 'medida' ou 'desmedida' para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim. (...)
>
> (...) No Brasil, o apego excessivo a certos dogmas da separação de Poderes impôs ao princípio da razoabilidade uma trajetória relativamente acanhada. Há uma renitente resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público. (...)[9]

Reitere-se, à luz dos conceitos acima explicitados, que há evidente incongruência entre a obrigação imposta ao vencido (pagar honorários ao advogado do vencedor) e o fundamento utilizado para justificar a edição da norma (conceder remuneração complementar ao advogado do vencedor), uma vez que entre um e outro não há qualquer relação jurídica que justifique, sob a ótica da legitimidade constitucional, esse pagamento. Trata-se de dispositivo carecedor de razoabilidade interna e externa.

Outrossim, a incompatibilidade entre o novo regramento legal e o princípio da razoabilidade torna-se ainda mais nítida diante da regra específica contida no § 14 do artigo 85 do novo Código

9 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 2003. 5ª. ed., pp. 219, 226, 228 e 233.

de Processo Civil, a qual veda a possibilidade de compensação dos honorários de sucumbência em caso de sucumbência parcial (que a jurisprudência considera recíproca), afastando definitivamente a obrigação de sua (suposta) fonte, qual seja, a sucumbência.

"(…) não é possível negar o papel fundamental que as distorções no sistema remuneratório da advocacia tem tido no aumento das demandas judiciais (…)."

Isso porque sendo a sucumbência decorrente de ser vencida a parte, e sendo ambas vencedoras e vencidas reciprocamente, e se o forem na mesma proporção, na realidade não é possível falar de verdadeira vitória ou derrota de qualquer delas; mas ainda assim o Código impõe a obrigação de pagar honorários, transformando, por esse artifício legal, ambas as partes em sucumbentes relativamente ao advogado do adversário (de forma fictícia) o que não possui paralelo no mundo e dispensa maiores comentários em relação à falta de racionalidade do preceito, aqui também carecedor de proporcionalidade, além dos demais vícios constatados na regra geral.

Vale frisar que, anteriormente à promulgação do novo Código, as distorções e inconstitucionalidades inerentes ao novo regramento pertinente aos honorários advocatícios de sucumbência já eram apontadas pela melhor doutrina, sendo digno de nota ressaltar, a esse respeito, o excelente artigo então publicado pelos eminentes Juízes JOSÉ JÁCOMO GIMENES, MARCOS CÉSAR ROMEIRA MORAES e RONY FERREIRA, de que se transcreve o trecho seguinte, *verbis*:

> (...) Apesar da farta doutrina explicitar que os honorários de sucumbência têm natureza indenizatória e pertencem ao vencedor do processo, apesar da segura indicação do Supremo na ADI n°. 1.194-DF, apesar do art. 20 e Exposição de Motivos do CPC no mesmo sentido, apesar dos princípios da reparação integral e do devido processo legal substantivo, o trocadilho do Ministro JOAQUIM BARBOSA, infelizmente, parece estar se realizando: a promoção do *rule of lawyer* em detrimento do *rule of law*.
>
> Poderosa força colocou no Projeto do novo CPC (PLS n°. 166/10), em trâmite na Câmara dos Deputados como PL n°. 8.046/10, uma mudança sutil em relação aos honorários de sucumbência. O art. 87 determina que o vencido pagará honorários de sucumbência ao advogado (e não ao vencedor do processo). Se aprovada a redação, estará mudada a diretriz histórica do CPC em vigor, o jurisdicionado receberá menos do que tem direito no Judiciário e o advogado do vencedor pode acabar recebendo de duas fontes pelo mesmo trabalho: os honorários contratuais e os honorários de sucumbência de seu cliente. (...)
>
> (...) As alterações acima, se definitivamente aprovadas, poderão afetar milhões de processos e ofender direitos fundamentais dos jurisdicionados. O novo CPC, em debate no Congresso, diploma essencialmente técnico, está sendo aparelhado para incrementar ganhos de categoria profissional. (...)[10]

10 GIMENES, José Jácomo. MORAE**S, Marcos César Romeira. FERREIRA, Rony.** "Honorários de Sucumbência Desvio Inconstitucional", **Revista Jurídica Consulex**, 2012, nº 377, ano XVI, p. 35. O artigo 87

Com a vênia devida, não é possível tolerar a aplicação irrefletida de dispositivos legais flagrantemente contrários aos princípios do devido processo legal e do acesso à Justiça e também de princípios basilares (e constitucionais) de moralidade que devem presidir toda espécie de atuação estatal e da qual o processo judicial não é nem poderia ser exceção.

III – EFEITOS PERVERSOS DA CUMULAÇÃO ENTRE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA E HONORÁRIOS CONTRATUAIS PARA O DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO CIVIL

Independentemente das regras do novo Código de Processo Civil, os advogados têm e sempre tiveram o direito de pactuar livremente seus honorários contratuais com seus clientes, sendo usual (na esfera cível) a fixação destes em termos de percentuais de êxito usualmente superiores às verbas sucumbenciais fixadas judicialmente, e que por isso mesmo não seriam suficientes para o ressarcimento da parte contratante de seus serviços. De modo que a transformação de sua natureza em simples remuneração adicional, além das inconstitucionalidades *supra* apontadas, certamente trará situações de marcante injustiça, não somente com a possível violação dos limites deontológicos inerentes à cobrança de honorários (lamentavelmente, cada vez mais frequente na realidade forense), mas também importando em significativo incremento dos custos de todo o processo judicial, em prejuízo do acesso à Justiça, e desestímulo à conciliação, já que nesta última hipótese não há sucumbência e tal fato é suficiente para instaurar conflito de interesses entre a parte e seu advogado, com inequívoco prejuízo à celeridade e à efetividade da prestação jurisdicional.

Atente-se que outras disposições constantes do § 1º do artigo 85 do novo Código de Processo Civil, que estabelece a incidência cumulativa dos honorários advocatícios de sucumbência, podem levar a sua cobrança a percentuais evidentemente intoleráveis, como por exemplo, na hipótese de fixação de honorários de 20% para a fase de conhecimento, 20% para a fase de execução, cumulados com 30% de honorários contratuais de êxito (fração usual em diversos feitos forenses), o que levaria ao recebimento de 70% (setenta por cento) do benefício econômico auferido pelo cliente, tornando o processo um fim em si mesmo e não mais uma forma de composição justa de conflitos.

Note-se que, no mesmo exemplo *supra*, ainda que fossem fixados os honorários sucumbenciais, em ambas fases, no patamar mínimo legal (10% - dez por cento), estes, cumulados aos honorários de êxito dificilmente importariam em recebimento inferior a 50% (cinquenta por cento) do benefício econômico auferido pelo cliente.

Não é ocioso relembrar que as distorções nos benefícios econômicos decorrentes do processo constituem um poderoso incentivo à litigância contumaz, traduzindo-se em inequívoco fator de congestionamento do serviço judiciário, cujos efeitos nocivos são a cada dia mais evidentes, e suportados pelos cidadãos que recorrem à Justiça e também, embora contraditoriamente, em sua atividade profissional, pelos próprios beneficiários da norma inconstitucional.

Isso porque é intuitivo que o incremento exagerado da remuneração por processo concedida aos advogados na esfera cível em litígios não solucionados por acordo - aliada à previsão de re-

---

do Projeto, referido no texto, foi incorporado ao novo Código de Processo Civil como artigo 85.

muneração mesmo em caso de sucumbência recíproca - incentivará ainda mais a propositura de novas demandas e desestimulará o salutar exame que cabe ao advogado acerca da viabilidade da ação antes do ingresso em Juízo, bem como a conciliação.

Esse fenômeno já tem se desenvolvido ao longo das últimas décadas (a partir da edição da norma estatutária também inconstitucional) e se tornará ainda mais intenso a partir das novas disposições do Código em vigor, uma vez que este aprofunda as distorções processuais e por meio dos honorários em sucumbência recíproca premia o profissional que não soube avaliar em sua plenitude as reais possibilidades de êxito processual.

Não por acaso, pesquisa da Fundação Getulio Vargas, noticiada no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 12/11/2014, já apontava que num universo de 7.176 moradores de oito unidades da Federação, 45% (quarenta e cinco por cento) dos entrevistados declararam ter algum residente em seu domicílio que já ingressou com demanda judicial, sendo que, na data da pesquisa, 95 (noventa e cinco) milhões de processos estavam em tramitação na Justiça brasileira, números reveladores do caráter manifestamente patológico dos níveis de litigância judicial em nossa sociedade, dado que um processo judicial, por definição, deveria ser a última e excepcional alternativa para a solução de uma controvérsia.

É certo que muitos outros fatores também contribuem para esse lamentável quadro, como, por exemplo, a habitual imoralidade da Fazenda Pública ao se recusar ao reconhecimento de direitos em sede administrativa, forçando o ajuizamento de demandas que poderiam ser evitadas; a postergação do pagamento de dívidas dos entes estatais por meio de precatórios; a previsão de consectários de mora da Fazenda Pública inferiores aos adotados em relação aos indivíduos e empresas em processos comuns; a má qualidade de produtos e serviços e ineficiência das agências reguladoras na solução de problemas por fornecedores que obrigam consumidores a recorrerem em massa ao sistema judicial; e as graves deficiências da formação educacional do nosso povo que também contribuem para o aumento da litigiosidade.

Todavia, não é possível negar o papel fundamental que as distorções no sistema remuneratório da advocacia tem tido no aumento das demandas judiciais, visto que o advogado é o profissional responsável pelo início de todo processo e, por isso mesmo, a retribuição de seu trabalho não deveria ser feita de forma a desestimular a conciliação e outras formas alternativas e extrajudiciais de composição dos conflitos, nem de forma a premiar o ajuizamento equivocado de uma ação.

IV – CONCLUSÃO

A previsão de pagamento de honorários de sucumbência pelo vencido ao advogado do vencedor estabelecida pelo artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015 é inconstitucional, e, considerando-se que o novo Código revogou integralmente as disposições do diploma de 1973, não é mais possível reconhecer a existência de honorários advocatícios de sucumbência no ordenamento jurídico brasileiro.

Em razão disso, a parte sucumbente fica obrigada tão somente ao pagamento das custas processuais e ao ressarcimento das despesas em que incorrer a parte vencedora, excluindo-se o pa-

gamento de honorários de sucumbência e o ressarcimento de honorários advocatícios, por falta de previsão legal, exceto no caso de litigância de má-fé, hipótese na qual ainda subsiste a previsão de indenização à parte dos honorários pagos ao seu advogado, por se tratar de penalidade processual.

SUMÁRIO

MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA: O PREQUESTIONAMENTO À LUZ DO CPC DE 2015

ERIC CESAR MARQUES FERRAZ
Advogado, graduado e pós-graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo, Procurador do Município de SBC-SP.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar brevemente a desnecessidade do prequestionamento nos recursos extraordinários e especiais quando se tratar de matéria de ordem pública que possa ser conhecida de ofício pelo juiz, desde que seja dado prévio conhecimento às partes, cfr. art. 10 do CPC de 2015, em razão da sua importância para as garantias constitucionais do processo e de uma interpretação sistemática e ponderada sobre a questão. Para tanto nos dispusemos a analisar pensamentos de alguns professores de direito processual e jurisprudência, no sentido de que seja permitido o conhecimento das matérias sem necessidade de prequestionamento, perfazendo uma singela análise do CPC de 73 e do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), fundamentando o presente texto nos princípios constitucionais do processo civil moderno e das novas tendências de um processo civil justo, eficiente e célere, pendente pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e da ponderação, adotando desta feita uma interpretação mais neoconstitucional do que positivista, como encampado no novo *Codex*.

Abstract: *This article aims to briefly analyze the unnecessary prequestioning the extraordinary and special features when it comes to matters of public order, it can be known ex officio by the judge, provided it is given prior notice to the parties, cfr. art. 10 of 2015 CPC, because of their importance to the constitutional guarantees of the process and a systematic thoughtful interpretation of the question. For both set out to analyze the thoughts of some procedural law professors and jurisprudence, in the sense that it allowed the knowledge of the subjects without prequestioning, making a simple analysis about the CPC 73 and the New Civil Procedure Code (Law 13.105/15), basing this on the constitutional principles of modern civil procedure and new trends of a just civil, efficient and speedy, pending the application of the principles of proportionality and balance, this time adopting a more neoconstitucional interpretation than the positivist, as well the new Codex has absorved.*

Palavras Chaves: Prequestionamento. Matérias de Ordem Pública. Recurso Especial e Extraordinários. CPC/73 e Lei nº 13.105/15 Novo CPC. Novas Tendências do Processo Civil.

Keywords: *Prequestioning. Matters of Public Order. Special and Extraordinary Appeal. CPC / 73 and Law nº 13.105/15 New CPC. New Trends of Civil Procedure.*

INTRODUÇÃO

Foi adotado no presente trabalho a linha de pesquisa científica, baseada na interpretação

literal, teleológica, sistemática e histórica, através, do método de raciocínio lógico-indutivo, integrativo e criativo, com vistas a contribuir modestamente para fomentar o debate e o conhecimento dentro da ciência processual civil.

A presente pesquisa teve como substrato a consulta, leitura e análise de livros, da legislação constitucional e infraconstitucional pertinentes ao tema, jurisprudência, bem como da doutrina científica e artigos especializados citados na bibliografia.

O objetivo do presente artigo é analisar sucintamente a desnecessidade do prequestionamento nos recursos extraordinários e especiais quando se tratar de matéria de ordem pública, que possa ser conhecida de ofício pelo juiz, desde que seja dado prévio conhecimento às partes, cfr. art. 10 do CPC de 2015, em razão da sua importância para as garantias constitucionais do processo. Para tanto nos dispusemos a analisar pensamentos de alguns professores de direito processual e jurisprudência no sentido de que seja permitido o conhecimento das matérias sem necessidade de prequestionamento, perfazendo uma singela análise do CPC de 73 e do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), fundamentando a presente posição nos princípios constitucionais do processo civil moderno e das novas tendências de um processo civil justo, eficiente e célere, pendente pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e da ponderação, adotando desta feita uma interpretação mais neoconstitucional do que positivista, como a encampada pelo NCPC.

Apesar da celeuma doutrinária e jurisprudencial, pensamos ser contrário à lógica do sistema imaginar que o Supremo Tribunal Federal ou o Tribunal Superior de Justiça, apesar de seu diferenciado e relevante papel, pudessem conhecer de um recurso extraordinário ou especial, se presentes os requisitos constitucionais para tanto, e que passassem a julgar questão constitucional ou federal mesmo diante de óbice à existência ou validade do processo. Não nos parece razoável que estes Tribunais deixem de conhecer de matérias de ordem pública, apenas sob o argumento de que esta não teria sido alvo da devida apreciação pela instância inferior através do prequestionamento, visto que a presença dos pressupostos processuais e condições da ação é antecedente lógico do julgamento do mérito dos recursos pelo STF e STJ. Seria um contrassenso, respaldar-se única e exclusivamente no requisito do prequestionamento, sem levar em conta uma análise ponderativa sobre a repercussão geral e social do fato em julgamento, conforme art. 5°, incs. XXXV e LXXVIII, a ambos da CF, que garantem a não exclusão do poder judiciário de lesão ou ameaça a direito e à duração razoável do processo, sob a onda renovatória de acesso à justiça cristalizada pelos Professores MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, ou, nos dizeres do Professor KAZUO WATABE, "o direito a uma ordem jurídica justa", ademais, com o advento do novo CPC em especial nos artigos 1.029 a 1.035, percebe-se que o mesmo é silente a respeito da matéria do prequestionamento, todavia o mesmo encampa alguns princípios e valores que devem ser sistematicamente e teleologicamente interpretados para afastar a obrigatoriedade do prequestionamento de matérias de ordem pública em especial com base nos art. 485, § 3°, do NCPC, que dispõe que o juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

Mais uma vez, lembramos a crítica tão bem cabida do consagrado Professor VICENTE GREGO, apesar de o mesmo se autodenominar um fatalista, temos esperança de que os sucedâneos recursais sejam vistos com olhos cautelosos pelo Poder Judiciário, sob pena de desvirtuar o

espírito mais moderno e célere do novo código, previstos principiologicamente em seus artigos 1° a 12; enquanto pensamos que talvez uma boa forma de evitar sucedâneos procastinatórios seja acolher o posicionamento da desnecessidade de prequestionamento em matérias de ordem pública em determinados casos, que uma interpretação ponderativa opte por enfrentar a matéria sem necessidade de pré questionamento, haja vista que a repercussão geral tem, neste caso, maior importância do que o simples formalismo do prequestionamento.

Em atenção ao princípio da inércia da jurisdição (art. 2° do CPC/73 e do de 2015) e ao conceito de recurso, infere-se que o princípio dispositivo (arts. 998 e 999 do novo CPC) aplica-se aos recursos. Todavia faz-se mister lembrar que o novo CPC traz muitas inovações sobre as normas fundamentais do processo civil, em especial os arts. 1°, 6° e 8°, os quais ainda precisam chocar-se com a realidade dos fatos, para vermos a tendência jurisprudencial e doutrinária acerca deste tema.

DESENVOLVIMENTO

Considerações Elementares Sobre o Tema:

> Iniciamos o singelo texto, emprestando-nos da conceituação de recurso de renomados doutrinadores[1] como sendo:
>
> Define Barbosa Moreira recurso como remédio voluntário e idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação ou a integração de decisão judicial que se impugna.
>
> Tal conceito atende às peculiaridades do instituto para o Direito Processual Civil brasileiro, podendo ter maior ou menor extensão segundo a política legislativa adotada em cada país.
> Analisando ainda o conceito, temos que recurso é um remédio. Remédio que segundo Carnelutti, é um instrumento, portanto de correção, em sentido amplo (...).

Segundo o consagrado Professor MOACYR AMARAL DOS SANTOS, em obra atualizada pela Professora MARIA BEATRIZ AMARAL SANTOS KOHNEN:[2] "Recurso, é pois, o poder de provocar o reexame de uma decisão pela mesma autoridade judiciária ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter a sua reforma ou modificação".

De acordo com os ilustres Professores TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA,[3] recursos são:

---

1 GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, vol. 2 , Editora Saraiva, ano 2000, p. 263.

2 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, vol. 3, 27ª ed., 2011, Editora Saraiva, p. 104.

3 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 36.

> os meios de impugnação às decisões judiciais previstos em Lei, que podem ser manejados pelas partes, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, com o intuito de viabilizar, dentro da mesma relação jurídico-processual, a anulação, a reforma, a integração ou o aclaramento da decisão judicial impugnada.

Para um estudo mais aprofundado sobre a teoria geral dos recursos, remetemos o leitor às obras do Professor ARAKEN DE ASSIS, **Manual dos Recursos**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, e do Professor NELSON NERY JUNIOR, **Teoria Geral dos Recursos,** 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

O certo é que é inerente à natureza humana o inconformismo quanto à perda, seja ela material ou imaterial, como observamos na seara processual, o que leva as partes, por meio dos recursos, a tentarem obter a reforma da decisão à qual sucumbiram, além de ser uma garantia constitucionalmente assegurada em razão do duplo grau de jurisdição. Conforme ensinamento dos consagrados Professores CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER:[4]

> A fim de que eventuais erros dos juízes possam ser corrigidos e também para atender à natural inconformidade da parte vencida diante de julgamentos desfavoráveis, os ordenamentos jurídicos modernos consagram o princípio do duplo grau de jurisdição: o vencido tem, dentro de certos limites, a possibilidade de obter uma nova manifestação do Poder Judiciário. Para que isso ocorra é preciso que existam órgãos superiores e órgãos inferiores a exercer a jurisdição.
>
> Fala-se, então, na terminologia brasileira, em juízos (órgãos de Primeiro grau) e tribunais (órgãos de Segundo grau). Quer as justiças dos Estados, quer as organizadas e mantidas pela União, todas elas têm órgãos superiores ou inferiores. Acima de todos eles e sobrepairando a todas as justiças, estão o Supremo Tribunal Federal (cúpula do Poder Judiciário), e o Superior Tribunal de Justiça; a função de ambos é, entre outras, a de julgar recursos provenientes das Justiças que compõem o Poder Judiciário nacional.

Não podemos adentrar no tema objeto deste artigo sem remeter o leitor a excelente obra da Professora KÁTIA APARECIDA MANGONE, intitulada **Prequestionamento e Questões de ordem pública no Recurso Extraordinário e Especial**, Ed. Saraiva, 2013, sob orientação do renomado Professor CASSIO SCARPINELLA BUENO. Nessa tese de mestrado, a referida professora vai com a devida profundidade no tema em questão, no primeiro Capítulo do livro imergi em ilustres doutrinadores na busca das origens do Recurso Extraordinário, passando por CARLOS MAXIMINIANO, PONTES DE MIRANDA, JOSÉ AFONSO DA SILVA, PEDRO LESSA, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA e chega a tendências conclusivas que a origem do

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

Recurso Extraordinário advém do *writ of error*[5] dos americanos.

Em seguida passa às origens do estudo do Recurso Especial passando por nomes como CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, THEOTONIO NEGRÃO, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, JOSÉ CARLOS BARBOSA, NELSON LUIZ PINTO, CÁSSIO SCARPINELLA BUENO e MARIA STELLA VILLELA SOUTO LOPES RODRIGUES (pp. 34-39 da referida obra), quase que todos trazendo as origens do recurso especial na reestruturação constitucional de 1988, concluindo por fim a professora:[6]

> Após a Leitura da doutrina, infere-se a importância do estudo e do enquadramento histórico desde o surgimento do recurso extraordinário, na Constituição de 1891, cujo nome se assentou no art. 102 do Regimento Interno de 1891 da Corte Suprema, observando-se o regime federativo do Brasil, assim como o surgimento do recurso especial na Carta de 1988. Nesse diapasão segue o estudo comparativo sobre as Cortes de Cassação de outros países e os Tribunais Superiores ora em análise (...).

Ao analisar algumas cortes de outros países, a referida Professora KÁTIA APARECIDA MANGNONE[7] traz ensinamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA, à p. 39: "Direito é fenômeno de cultura, reflete, pois, o espírito nacional. Por isso, não há, em dois povos, normas jurídicas idênticas; ainda que a forma de expressão, as palavras sejam idênticas, traduzidas *ipsis litteris*, o *substractum*, o conteúdo, há de ter profundas diferenças" (SILVA, Afonso. *Op. cit.*, pp. 46 e 47), que o lendário Professor ENRICO TULLIO LIEBMAN, com a devida experiência vivida em duas culturas, já fazia a mesma advertência na introdução de sua clássica obra **Autoridade e Eficácia da Sentença**.

No transcorrer de sua obra supracitada professora remete-nos ao Professor MAURO CAPPELLETTI, discípulo do discípulo de GIUSEPPE CHIOVENDA, que leciona que a Cassação nasceu na França com a revolução. Analisa algumas cortes de cassação por via reflexa como a francesa, italiana, espanhola, portuguesa às pp. 41 a 49, trazendo abalizadas lições de magistrados e doutrinados estrangeiros.

> No Recurso Especial e Extraordinário, há o rejulgamento da causa, quando presentes os requisitos para tanto. No Brasil, não há tribunal de Cassação, como existe na Itália e em outros países. O STF e o STJ não se restringem a cassar a decisão recorrida, porém, eventualmente, podem anulá-la e determinar que outra seja proferida pela instância *a quo* (*error in procedendo*), o que será melhor analisado nos Capítulos III e V).

---

5 MANGONE, Kátia Aparecida. Cassio Scarpinella Bueno (Coord.). **Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial**, 2013, Editora Saraiva, pp. 24 a 29

6 *Idem*, p. 39.

7 MANGNONE, Kátia Aparecida. **Prequestionamento e Questões de ordem pública no Recurso Extraordinário e Especial**, Ed. Saraiva, 2013, p. 48.

Nos capítulos subsequentes, a professora em tela faz uma profunda análise sobre o prequestionamento e as matérias de ordem pública, abrindo um capítulo para cada tema, por fim faz uma análise com técnica impecável acerca das jurisprudências do STF e do STJ, nas suas diferentes turmas sobre o assunto, e acaba por concluir com respeitáveis argumentos pela necessidade do prequestionamento das matérias de ordem pública assim como a maioria jurisprudência. Posição que respeitamos, porém com que não concordamos, como será demonstrado nas linhas abaixo.

Recursos Especial e Extraordinários e o prequestionamento das matérias de ordem pública

Iniciamos o segundo subitem discorrendo sobre norma[8] de ordem pública processual que é aquela que visa assegurar o correto exercício da Jurisdição, sem atenção destinada de modo direto aos interesses das partes da lide.

O Professor das arcadas CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO[9] ensina que:

> São de ordem pública (processuais ou substanciais) referentes a relações que transcendam a esfera de interesses dos sujeitos privados, disciplinando relações que os envolvam mas fazendo-o com atenção ao interesse da sociedade, como um todo, ou ao interesse público. Existem normas processuais de ordem pública e outras, também processuais, que não o são.

---

8 O Professor MIGUEL REALE, em clássica obra, ensina sobre a estrutura tridimensional do Direito, a demonstração de três aspectos básicos sobre diversos sentidos da palavra Direito: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade histórica e social); e um sociológico (o Direito como valor de Justiça). O autor adverte que existe em toda regra um juízo de valor, cuja estrutura principal é esclarecer, estando no cerne da atividade do juiz ou do advogado. Fatos, valores e normas se implicam e se exigem reciprocamente, coexistindo em uma unidade concreta, refletindo na interpretação de uma norma para dar-lhe aplicação (**Lições preliminares de Direito**, 24ª ed., 2ª tiragem. São Paulo, Saraiva. 1999, pp. 34 e 64-66).

9 Para Cândido Rangel Dinamarco, há *"*normas processuais sobre competência que se relacionam intimamente com a estrutura do Poder Judiciário e cujo cumprimento é reputado essencial para a manutenção da ordem idealizada pelo constituinte e pelo legislador; tais normas estabelecem a competência absoluta, que não deve ser violada em hipótese alguma (*v.g.*, competência da justiça federal ou das estaduais comuns: Const., art. 109). Mas há também normas sobre competência que correspondem a meros critérios pragmáticos, às vezes visando facilitar a defesa de uma das partes e que, se violadas, nem por isso se compromete a qualidade do serviço jurisprudencial ou a estrutura judiciária (*v.g.*, a competência do foro em que o réu tem domicílio: CPC art. 94); é por isso que a competência nesses casos, diz-se relativa e em certas circunstâncias pode ser alterada pela vontade das partes. Outro exemplo são as nulidades, que se dividem em absolutas e relativas segundo critérios substancialmente coincidentes com esses descritos (CPC, arts. 84, 246, 398 etc.)" (**Instituições de direito processual civil**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, v. I, pp. 69-70).
O consagrado professor leciona ainda: "Há sempre uma relação de legítima adequação entre as diversas situações jurídicas que levam o sujeito a valer-se do Poder Judiciário e as técnicas mediante as quais, segundo a ordem jurídico-processual, o serviço jurisdicional deve ser realizado. Essa relação tem forte conotação de ordem pública, porque as inúmeras variáveis processuais são instituídas também com a finalidade de propiciar ao Estado-juiz a possibilidade de exercer seu mister de modo eficiente e em benefício da comunidade em geral – e não somente para beneficiar o sujeito concretamente necessitado da tutela jurisdicional" (**Instituições de direito processual civil**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, v. II, p. 39).

> Não é possível traçar conceitos muito rígidos ou critérios apriorísticos bem nítidos para a distinção entre uma e outras. Como critério geral, são de ordem pública as normas processuais destinadas a assegurar o correto exercício da jurisdição (que é uma função pública, expressão do poder estatal), sem a atenção centrada de modo direto ou primário nos interesses das partes conflitantes. Não o são aquelas que têm em conta os interesses das partes em primeiro plano, sendo relativamente indiferente ao correto exercício da jurisdição a submissão destas ou eventual disposição que venham a fazer em sentido diferente.

Por sua vez, o também Professor das arcadas PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, leciona que as chamadas matérias de ordem pública estão relacionadas com o amplo espectro dos requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional. Podem e devem ser conhecidas de ofício pelo órgão jurisdicional, não se operando a preclusão (arts. 301, § 4°, e 303, inc. II, do CPC/73). Para o professor a ocorrência de preclusão em determinadas situações é, em síntese, tutelar o resultado do processo. "Na verdade, a razão de ser da possibilidade de o julgador conhecer das matérias de ordem pública nos diversos graus de jurisdição vai muito além do simples imperativo legal: diz respeito a uma diretiva superior, relacionada com o papel do juiz no processo civil moderno". Em função da importância que tais matérias representam, o Estado-juiz está autorizado a declarar não estar disposto a exercer função jurisdicional.[10]

Transposto o que vem a ser matérias de ordem pública, cuja definição é mais fácil tanto na doutrina quanto na jurisprudência, passemos agora a analisar o prequestionamento, cujo caminho é bem mais sinuoso e espinhoso.

O recurso especial e o recurso extraordinário previstos respectivamente nos artigos 541 a 546 do CPC e com respaldo na Constituição Federal, artigos 102, III, e 105, III, respectivamente, possuem um pressuposto de admissibilidade bastante específico e de difícil superação na prática, que é o chamado prequestionamento. Somente quando houver na decisão recorrida manifestação a respeito de lei federal ou de artigos da Constituição é que restará preenchido o requisito do prequestionamento (cfr. Súmulas. 282 e 356 do STF e Súmulas 98 e 211 do STJ).

Assim, por exemplo, se o tribunal não se manifesta a respeito de uma determinada questão jurídica, a qual envolve a aplicação de um determinado artigo de lei federal ou da constituição, não há prequestionamento do tema, salvo se houver a interposição de embargos de declaração, com fundamento na regra prevista do art. 535, II, do CPC/73 (cfr. MEDINA, José Miguel Garcia;

---

10 PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON afirma que "exatamente para que isso não se torne regra e impeça a solução final do processo, para que o fenômeno da preclusão para as partes não ocorra é preciso que haja expressa previsão legal. Daí a razão, eminentemente de caráter metodológico, que justifica a existência do parágrafo 3° do art. 267 do Código de Processo Civil. Para o juiz, a preclusão não pode ser causa de perpetuação de injustiças. Em determinadas situações excepcionais, e dentro dos poderes que lhe são assim denominadas matérias de ordem pública, também conhecidas por objeções, autoriza-se a sua análise a qualquer tempo e grau de jurisdição ordinários" ("Recurso especial: ordem pública e prequestionamento". **Revista da Procuradoria Geral de São Paulo**, nº especial: 30 anos do Código de Processo Civil. Jan.-Dez. 2003, pp. 315-318).

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 123 a 126).

Vejamos o que renomados professores arguem sobre o tema:

O "prequestionamento", para o Professor CÁSSIO SCARPINELLA BUENO eve ser entendido para todos os fins, como sinônimo de "causa decidida", a despeito de a expressão não ser empregada na Constituição Federal, desde 1967. Com o fim de que o "Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça desempenhem adequadamente a sua missão constitucional, de uniformizar a interpretação e aplicação do direito federal em todo o território brasileiro, é mister que eles julguem, em sede de recurso extraordinário e em sede de recurso especial, o que já foi decidido". Diferentemente do que insinua seu nome, o prequestionamento, segundo o autor, caracteriza-se pelo enfrentamento de uma determinada tese de direito constitucional ou de direito infraconstitucional federal na decisão a ser recorrida e não pelo debate ou pela suscitação da questão antes de seu proferimento. "A palavra deve ser compreendida como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado, enfrentado, decidido, pela decisão atacada".[11]

Acerca do prequestionamento, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER aduz que a noção de prequestionamento, como o próprio vocábulo sugere, nasceu como sendo fenômeno que dizia respeito à atividade das partes. As partes é que "questionam", discutem ao longo do processo sobre a questão constitucional ou federal. A importância dessa atividade das partes sempre foi uma constante na evolução do instituto. Assim como ocorreu com as Constituições que lhe antecederam (a partir de 1946), a Constituição Federal de 1988 não mencionou expressamente o termo "questionar".

> A noção de prequestionamento passou a referir-se, ao longo do tempo, à necessidade de que constasse da decisão impugnada a questão federal ou constitucional. Prevaleceu o entendimento jurisprudencial de que o prequestionamento, como a presença da questão na decisão recorrida é imprescindível ao cabimento dos recursos extraordinário e especial. Segundo a autora, a postulação das partes perante o juízo *a quo*, embora não constitua requisito do recurso especial ou do recurso extraordinário, é mecanismo muitas vezes imprescindível para viabilizar o cabimento dos referidos recursos para instâncias superiores.

A exigência do prequestionamento decorre da circunstância de que os recursos especial e extraordinário são recursos de revisão. Revisa-se o que já se decidiu. "São recursos que reformam decisões impugnadas, em princípio, com base do que consta das próprias decisões impugnadas."[12]

---

11 SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 5, pp. 274 e 275.

12 MANGONE, Kátia Aparecida. Cassio Scarpinella Bueno (Coord.). **Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial**, 2013, Editora Saraiva, p. 88.

"Com o devido respeito às mais abalizadas opiniões a favor da necessidade do prequestionamento a respeito das matérias de ordem pública, (...) posicionamo-nos pela desnecessidade do mesmo (…)."

Para o Professor PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, o prequestionamento insere-se nos pressupostos de admissibilidade dos recursos endereçados aos tribunais de superposição brasileiros. Aduz que, na seara dos recursos especial e extraordinário, não há espaço para aplicação dos brocardos da *mihi facto*, *dabo tibi jus* ou *iura novit curia*, próprios das instâncias ordinárias. Isso em razão de que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não representam terceiro ou quarto grau de jurisdição.[13]

Já para o Professor MIGUEL GARCIA MEDINA o prequestionamento é um dos institutos controversos e multifacetados, sobre o qual pendem divergências. Afirma ser importante a uniformização dos entendimentos jurisprudenciais existentes sobre os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário e em especial a configuração do prequestionamento, em todos os seus aspectos:

> A persistência do desacordo jurisprudencial a respeito, segundo pensamos, constitui, para aqueles que pretendem interpor recurso extraordinário ou especial, obstáculo de mais difícil superação que os próprios requisitos constitucionais dos referidos recursos. Prejudica-se, com isto, a realização de tão relevante função desempenhada no sistema jurídico pelos recursos extraordinário e especial e, consequentemente, a razão de ser das Cortes Superiores.[14]

Entende JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA que o prequestionamento seria ato privativo da parte, que deveria questionar previamente a matéria, isto é, invocá-la antes do julgamento. Já a questão federal ou constitucional decidida constituiria ato privativo do tribunal, prescindindo de atividade prévia da parte. Para o doutrinador, a Constituição Federal exige apenas, para os recursos extraordinário e especial, que tenha havido questão federal ou constitucional decidida pelo tribunal, sendo desnecessário o prequestionamento, ou seja, sendo dispensável a discussão ou controvérsia prévia da matéria. JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA aduz que, apesar de a Constituição Federal não mencionar, expressamente, o termo "prequestionar" como algumas das anteriores o faziam, isso não quer dizer que não há necessidade da presença da questão na decisão recorrida. O ilustre professor conceitua o prequestionamento como sendo "a atividade postulada das partes, decorrente da manifestação do órgão julgador (juiz ou tribunal) acerca da questão constitucional ou federal determinada em suas razões, em virtude do qual fica o órgão julgador vinculado, devendo manifestar-se sobre a questão prequestionada". Para o autor, "o prequestiona-

---

13 LUCON, Paulo Henrique Santos. "Repercussão Geral (ausência) Prequestionamento (ausência). Ofensa Indireta à Constituição Federal. Má-fé e ignorância. Danos decorrentes da demora do processo". **Revista de Processo**, nº 157/345, março 2008, pp. 357 e 358.

14 MEDINA, José Miguel Garcia. "Variações jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do prequestionamento". *In* NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. São Paulo: RT. 2005, v. 8, pp. 281-287.

mento é constitucional porque não vai contra as normas constitucionais, servindo para instrumentalizar o conhecimento da questão constitucional ou federal pela decisão recorrida, decorrente da manifestação do princípio dispositivo e do efeito devolutivo perante a instância inferior".[15]

Com o devido respeito às mais abalizadas opiniões a favor da necessidade do prequestionamento a respeito das matérias de ordem pública, tema central do presente artigo, posicionamo-nos pela desnecessidade do mesmo, haja vista: 1) que, em primeiro lugar, há divergência com relação à própria conceituação do prequestionamento; 2) em segundo, não há previsão constitucional a respeito, o que via de regra não torna obrigatório o prequestionamento de matéria de ordem pública; 3) em terceiro lugar, entendemos que há sempre, ao menos, decisão implícita sobre matérias cognoscíveis *ex officio; 4)* em quarto lugar, nos casos de questões de ordem pública que, por sua natureza, não precluem e são suscetíveis em qualquer tempo e grau de jurisdição, além de serem cognoscíveis *ex officio*, o quesito do prequestionamento pode ter-se por inexigível, até em homenagem à lógica do processo e a ordem jurídica justa; 5) em quinto lugar, para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe recurso extraordinário/especial se for previamente questionada determinada questão jurídica pelo juízo recorrido. Para fins de julgamento com base no efeito efeito translativo, entretanto, uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo e, por fim, 6) em sexto lugar, temos o art. 485, § 3, do Novo CPC, que dispõe que o juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

Por outro lado, entendemos, mais além, que o requisito de causa decidida, não necessita que a decisão enfrente neste caso a matéria de ordem pública, podendo esta ser conhecida de ofício desde que seja concedido contraditório prévio para as partes se manifestarem com fulcro no art. 10 do NCPC, para evitar ainda possíveis sucedâneos recursais ou ações autônomas de impugnação caso a matéria não seja conhecida, com o escopo de garantir um processo mais justo e eficaz, ao revés de formalista e burocrático, o que, muitas vezes, pode acontecer em razão da "jurisprudência defensiva dos tribunais", como podemos observar pelas Súmulas 282 e 256 do STF, uma vez que há divergência jurisprudencial no STJ acerca do tema, bem como vozes doutrinárias da melhor qualidade defendendo a não necessidade.

Como podemos perceber a seguir, os doutrinadores citados entendem pela possibilidade de conhecimento de questão de ordem pública, ainda que sem o prequestionamento da matéria. Parcela deles sustenta ser necessário que haja o conhecimento do recurso por outra matéria prequestionada para que se conheça da questão de ordem pública não prequestionada.

A renomada Professora ADA PELEGRINI GRINOVER, em estudo sobre litisconsórcio necessário, leciona que, não tendo sido determinada a citação dos litisconsortes, a nulidade do processo é medida que pode e deve ser pronunciada pelo Superior Tribunal de Justiça, independentemente de prequestionamento, quando do julgamento do recurso especial interposto. Aduz que

15 MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento**. 3ª ed. São Paulo. RT. 2002, pp. 200-210 e 407 a 409.

seria contrário à lógica do sistema imaginar que o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, apesar de seu diferenciado e relevante papel, pudessem conhecer de um recurso extraordinário ou especial, se presentes os requisitos constitucionais para tanto e que passem a julgar a questão constitucional ou federal mesmo diante do óbice à existência ou validade do processo. Não parece razoável à doutrinadora, e no nosso entender também, que, sendo o caso de conhecimento do recurso extraordinário ou especial, o STF ou o STJ deixem de conhecer de matéria de ordem pública, apenas sob o argumento de que esta não teria sido alvo da devida apreciação pela instância inferior. "A presença dos pressupostos processuais é antecedente lógico do julgamento de mérito e, nessa medida, tais pressupostos são também antecedente lógico do julgamento do mérito dos recursos pelo STF e STJ. Às condições da ação aplica-se o mesmo raciocínio".[16]

Para o consagrado Professor PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, é dispensado o prequestionamento nas hipóteses em relação a matérias de ordem pública, que geram nulidade absoluta no processo, decretável até mesmo de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição, e às decisões proferidas nesses processos são nulas.[17] Em outra oportunidade, o autor aduz "matérias relacionadas com as nulidades absolutas, condições da ação e pressupostos de constituição e de desenvolvimento do processo, em certos casos, vão muito mais além do que o requisito do prequestionamento". Conclui que a violação da norma jurídica em razão da inobservância de matéria de ordem pública é de suma importância e não pode ser simplesmente desconsiderada pelo julgador nas instâncias especial e extraordinária. Cita as Súmulas 456 e 528 do STF. "Por essa linha, estando comprovado o enfrentamento explícito dos dispositivos legais violados, nada impede que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, órgãos responsáveis pela preservação da ordem legal e constitucional, apreciem as demais violações".[18]

O ilustre Professor NELSON LUIZ PINTO já se manifestou no sentido de que haveria sempre, ao menos, decisão implícita sobre matérias cognoscíveis *ex oficio.*[19]

Para o renomado Professor RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, nos casos de questões de ordem pública que, por sua natureza, não precluem e são suscetíveis em qualquer tempo e

16 Segundo ADA PELEGRINI GRINOVER, o teor da Súmula 456 do STF, "aplicar o direito a espécie" significa que, sem qualquer margem de dúvida, passar pelo exame de matérias de ordem pública, observando não ser necessário o reexame de prova e não existindo qualquer óbice ao conhecimento do recurso especial. Quanto às Súmulas 528 e 292 do STF, entende que também são aplicáveis ao STJ e que reconhecem a nulidade do julgamento perante aqueles tribunais e autorizam que a admissão do extraordinário ou do especial por um fundamento, ou relativamente a uma parte autônoma do acórdão recorrido, enseje o exame do recurso pelos demais fundamentos ou com respeito aos demais capítulos do acórdão ("Litisconsórcio necessário e efeito devolutivo do recurso especial", *in* **O processo: estudos e pareceres**. São Paulo: DPJ Editora. 2006, pp. 100-104).

17 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Repercussão Geral (ausência). Prequestionamento (ausência). Ofensa Indireta à Constituição Federal. Má-fé e ignorância. Danos decorrentes da demora do processo". **Revista de Processo**, nº 157/345, março 2008, p. 359.

18 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Recurso especial: ordem pública e o prequestionamento". **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, nº especial: 30 anos do Código de Processo Civil, Jan.-Dez. 2003, pp. 326 e 237.

19 PINTO, Nelson Luiz. **Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça (Teoria Geral e admissibilidade)**, 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros 1996, p. 182.

grau de jurisdição, além de serem cognoscíveis *ex officio*, o quesito do prequestionamento "pode ter-se por inexigível, até em homenagem à lógica do processo e a ordem jurídica justa". Cita o binômio "instrumentalidade do processo – efetividade da prestação jurisdicional", registrando que em algum modo se lhe agrega "ao menos em espírito", o quanto vem disposto no art. 515, § 3°, do CPC/73 que permite ao tribunal, nos casos do art. 267, "julgar a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento".[20]

De acordo com o ilustre Professor JOSÉ MIGUEL DE GARCIA MEDINA, admitido o recurso, o Tribunal Superior deve se manifestar sobre a ausência das condições da ação, por exemplo, o direito à espécie. Ressalta que tal orientação não dispensa a necessidade de prequestionamento para que o recurso seja conhecido. Exemplifica que não se admite recurso especial fundado em falta de condição da ação se esse tema não tiver sido enfrentado pela decisão recorrida. Entretanto, para o autor, interposto e conhecido o recurso especial com base em outro fundamento, a ausência da condição da ação poderá ser examinada de ofício pelo STJ.[21]

Para o vanguardista Professor FREDIE DIDIER JUNIOR, se o recurso extraordinário ou especial for interposto por outro motivo e for conhecido (examinado ou admitido), poderá o STF ou STJ, ao julgá-lo, conhecer *ex officio* ou por provocação de todas as matérias que podem ser alegadas a qualquer tempo. Com o juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, a jurisdição do tribunal superior é aberta. É assim que se deve entender a menção a "qualquer tempo ou grau de jurisdição" (art. 267, § 3°, do Código de Processo Civil de 73). Entende que a solução do problema passa pelo correto entendimento sobre o Enunciado 456 da Súmula da jurisprudência predominante do STF. Poderá o STF/STJ analisar a matéria que não fora examinada na instância *a quo,* porque o prequestionamento refere-se apenas ao juízo de admissibilidade. Para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe recurso extraordinário/especial se for previamente questionada determinada questão jurídica pelo juízo recorrido. Para fins de julgamento (efeito translativo), entretanto, uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo.[22]

Há sérias divergências, no entanto, quanto à necessidade de prequestionamento das chamadas "matérias de ordem pública", como por exemplo, as condições da ação e os pressupostos processuais já com o Código de Processo de 73 (cfr. BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Introdução ao processo civil moderno**. 1ª ed. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 197). Por um lado se tais matérias podem ser conhecidas de ofício pelo juiz a qualquer tempo ou grau de jurisdição (art. 267, par. 3°, do CPC/73) nada impediria a interposição de recurso especial ou recurso extraordinário tratando, por exemplo, da legitimidade de alguma das partes mesmo que o acórdão recorrido nada houvesse mencionado a respeito (cfr. TUCCI, José Rogério Cruz e, *In* **Lineamentos da**

20 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT. 2007, pp. 311 e 312.

21 MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo, RT 2009, pp. 96-97.

22 DIDIER JUNIOR, Fredie. "Alegação de prescrição ou decadência em recurso extraordinário: notas ao Código Civil de 2002", *in* NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo. RT. 2005. v. 8, pp. 119 e 120.

Nova Reforma do CPC/73, 2ª ed., SP, RT, 2002, pp. 100 a 102) no mesmo escólio RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, admite nesse caso a aplicação da regra prevista no art. 515, parágrafo terceiro, do CPC/73 (*In* **Rec. Ext. e Rec. Esp.**, 10ª ed., SP, RT, 2007, p. 312). Sobre o tema ver também, Rogério Licastro Torres de Mello em R. Esp. e Matéria de Ordem Pública, (*in*: **Rec. Exp. e Rec. Ext.: Repercussão Geral e atualidades**, Rogério Licastro Torres de Mello (Coord.), SP, método, 2007, p. 231). Na Jurisprudência, conferir o acórdão proferido pelo STJ, nos autos do RESP 734.904-CE, 1ª Turma, rel. Min. TEORI ZAVASCKY, D.J. 19/09/2005.

Porém, ao contrário do que tem afirmado a doutrina, a jurisprudência majoritária dos tribunais superiores, não admite a ausência de prequestionamento em hipótese alguma, mesmo que se trate de matéria de ordem pública (STJ. 1ª T. EARESP. 326.097-CE, rel. Min. DENISE ARRUDA, j. 27/04/04, DJ. 24/05/04, STJ, 3ª T, ED. No AGA 377.285-PR, rel. Min. ARI PARGENDLER DJ. 02/09/02; STJ, RESP. 117.846 rel. Min. ADHEMAR MACIEL, DJ. 01/09/97, STJ, Ag. Rg. no Ag 429.445 rel. Min. MENEZES DIREITO, DJ. 26/08/02).

No entanto em razão de uma interpretação mais ponderada vem sendo admitido, que o tribunal de ofício possa tratar de matéria de ordem pública que não tenha sido prequestionada, no curso de um julgamento de um recurso especial ou recurso extraordinário que não trate de matérias de ordem pública em virtude do chamado efeito translativo que os recursos em geral possuem (MANCUSO, Rodolfo de Camargo; *in*. **Rec. Ext. e Rec. Esp.**, 10ª ed. SP, RT, 2007, p. 314, MELLO, Rogério Licastro Torres de, "Rec. Esp. e Matéria de Ordem Pública". *In*: **Rec. Esp e Rec. Ext. Repercussão Geral e atualidades**, Coord. Rogério Licastro Torres Mello, São Paulo, Método, 2007, p. 237) e STJ, 1ª T, Resp. 609.144 rel. min. TEORI ZAVASCKY, DJ. 24/05/04, STJ. Resp. 485.986, rel. Min. ELIANA CALMON, j. 11/11/03, STJ. R. Esp. 655.479, rel. Min. ELIANA CALMON, j. 04/05/2006.

Com relação ao posicionamento de consagrados doutrinadores destacamos que para o Professor MARCELO MAGALHÃES BONICIO:

> As matérias de ordem pública são muito valorizadas pelo sistema processual civil brasileiro, inclusive porque aumentam os poderes de atuação do juiz (BONICIO, Marcelo José Magalhães, *in*. **Proporcionalidade e Processo**, SP, Atlas, 2006, p. 75).
> No entanto paradoxalmente, o mesmo sistema deixa de dar importância a essas matérias quando de forma rigorosa, exige o prequestionamento desse tema para admissão de rec. Esp. e R. Extr., como se de repente o interesse público deixasse de existir (cfr. BONICIO, Marcelo J. M. **Processo Civil Moderno**, LEX editora, 2009, p. 198).

De acordo com o Professor RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO:

> No modelo jurídico-político brasileiro, nossos órgãos judiciais colegiados operam, em princípio, como cortes de revisão, podendo, em certos casos, atuar como instâncias de cassação: nesta última hipótese, agindo numa sorte de *custos legis* procedem a um contraste objetivo de legalidade acerca da

"Observa-se que o novo Código de Processo Civil é silente com relação à necessidade de prequestionamento, sendo assim entendemos que o mesmo perdeu uma boa oportunidade de disciplinar o material e dar maior coerência ao sistema recursal (...)".

estrutura formal do processo e da validade técnico-jurídica do julgado, delibação essa que pode levar ao descarte da decisão recorrida, reenviando-se os autos ao juízo *a quo*. Aliás, bem por isso, os aspectos concernentes à existência e validade do processo, e à condições da ação, são cognoscíveis de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC/73, arts. 243 a 250; 267, § 3°; 475, § 3°; 515, §§ 3° e 4; **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**, ed. rev., atul. e ampl. São Paulo: RT. 207, pp. 21 e 213).

Com relação ao efeito translativo como nos ensinam os renomados Professores TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA:

> A possibilidade de o órgão *ad quem* examinar de ofício as questões de ordem pública não é decorrência do efeito devolutivo dos recursos em sentido estrito, nem da atuação do princípio dispositivo, mas do efeito translativo: o poder dado pela lei ao juiz para, na instância recursal, examinar de ofício as questões de ordem pública não arguidas pelas partes não se insere no conceito de efeito devolutivo em sentido estrito, já que isso se dá pela atuação do princípio inquisitório e não pela sua antítese, que é o princípio dispositivo, de que é corolário o efeito devolutivo dos recursos. Mesmo porque o feito devolutivo pressupõe ato comissivo de interposição do recurso, não podendo ser caracterizado quando há omissão da parte ou interessado sobre determinada questão não referida nas razões ou contrarrazões do recurso. Esta é a razão pela qual é perfeitamente lícito ao tribunal, por exemplo, extinguir o processo sem julgamento de mérito interposta apenas pelo autor, não ocorrendo aqui a *reformatio in pejus* proibida: há, em certa medida, reforma para pior, mas permitida pela lei, pois o exame das condições da ação é matéria de ordem pública a respeito da qual o tribunal deve pronunciar-se *ex officio*, independentemente de pedido ou requerimento da parte ou interessado (art. 267, VI, e par. 3°, CPC). Dizemos em certa medida porque, na verdade, nem se poderia falar da *reformatio in pejus*, instituto que somente se coaduna com o princípio dispositivo, que nada tem a ver com as questões de ordem pública transferidas ao exame do tribunal destinatário por força do efeito translativo do recurso (cfr. MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 , pp. 151 e 152).

Sendo em síntese o efeito translativo como aquele que admite apesar do efeito devolutivo,

que algumas matérias, poderão ser conhecidas de ofício, independentemente de requerimento ou arguição da parte, vide art. 267, par. 3°, e 301, par. 4°, do CPC/73, e art. 10 c/c art. 485, § 3°, do NCPC, o que entendemos se aplica, com a devida coerência, aos Recursos Extraordinário e Especial, para conhecer matéria de ordem pública sem que estas sejam prequestionadas, sendo em nosso sentir a interpretação mais ponderada e mais condizente com os princípios do processo civil moderno. Remetemos ainda ao leitor a clássica obra da Professora TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, **Nulidades do Processo e da Sentença**, onde o tema matérias de ordem pública é profundamente abordado.

Lembramos ainda que o efeito translativo não se confunde com o efeito expansivo ou extensivo, pois em decorrência deste efeito consideram-se sem efeito os atos ou decisões dependentes da decisão recorrida, naquilo em que forem incompatíveis com o julgamento do recurso. É decorrência do princípio da causalidade. Se o julgamento do recurso afetar outras decisões que não a recorrida, estar-se-á diante do efeito expansivo externo; se, porém o recurso fizer referência apenas a um dos capítulos da sentença, que examina questão preliminar ou prejudicial, e o acolhimento do recurso repercutir no capítulo relacionado à questão subordinada; estar-se-á diante de efeito expansivo interno, como no julgamento de agravo pendente de apelação.

Breve Análise sobre o tema com o advento do Novo CPC (Lei nº 13.105/15)

Observa-se que o novo Código de Processo Civil é silente com relação à necessidade de prequestionamento, sendo assim entendemos que o mesmo perdeu uma boa oportunidade de disciplinar o material e dar maior coerência ao sistema recursal, em especial com relação à necessidade do prequestionamento de matérias de ordem pública para conhecimento em Rexp. e Resp.

Já na Lei nº 13.105, do Novo Código Civil, o Recurso Extraordinário e Especial encontram-se previstos nos artigos 1.029 e seguintes. Percebemos ainda uma tendência do novo código de tentar descongestionar o STF e o STJ, adotando o incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme previsto no art. 1.029, § 4°, que prevê a possibilidade considerando razões de segurança judicial ou excepcional interesse social, estender a suspensão a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial interposto.

Observamos que o novo CPC absorveu bem novas tendências do direito processual que vêm sendo desenvolvidas em países da Europa e da América, em torno do que se convencionou chamar "acesso à justiça", sendo relevantes, a respeito, os sucessivos trabalhos publicados por MAURO CAPPELLETTI, BRYANT GARTH, LUIGI PAOLO COMOGLIO e VITTORIO DENTI, com relação ao acesso à justiça.

A concepção individualista do processo ficou superada, mostrando-se insuficiente para atender às exigências dos tempos modernos, de uma sociedade de massa cada vez mais consciente dos seus direitos, embora a grande maioria de seus membros, na prática, impossibilitada de executá-los pela dificuldade de acesso aos órgãos componentes do sistema judiciários. Daí o surgimento do fenômeno da litigiosidade contida (Ref. Prof. WATANABE, Kazuo, "Acesso à justiça e sociedade moderna": *In*: **Participação e processo**. Coord. ADA PELEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e KAZUO WATANABE. São Paulo: RT, 1988), ou, até mesmo,

cada dia mais, o descrédito do Poder Judiciário é o surgimento de revolta dos cidadãos, que optam muitas vezes por usos próprios da violência, próprio de sociedades primitivas, o que é forçoso nos fazer repensar os mecanismos processuais de efetividade do processo.

Em suma, o que pretende essa corrente de pensamento é a abertura da ordem processual aos menos favorecidos da fortuna e à defesa de direitos e interesses supra individuais, com a racionalização do processo, para que o mesmo seja um processo de resultados, não um processo de conceitos extremamente formal e burocratizado. O que se busca é a efetividade do processo, sendo indispensável, para isso, pensar no processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais e que deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo. Nessa revolução trazida à tona por essa recente doutrina, que foi bem digerida pelo NCPC, surge em tempos mais atuais, em momento fértil para tanto, uma nova corrente de pensamento que está muito em discussão no meio acadêmico denominado neoconstitucionalismo, que reflete diretamente no direito processual, o que alguns já tem intitulado de neoprocessualismo ou formalismo valorativo, haja vista a absorção literal dos princípios e normas constitucionais como podemos observar no NCPC em seu arts. 1° a 12.

No capítulo VI, dentro do Título dos recursos do NCPC, são analisados os recursos para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça. Sendo que o primeiro desses recursos é o recurso ordinário, previsto no art. 1027 do novo *Codex*, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a criação do Superior Tribunal de Justiça, alterações ocorreram para análise dos recursos ordinários tirados contra denegações de *writs* em processo de competência originária dos tribunais, como os previstos no art. 1.027, incisos I e II, do novo diploma processual, e também com previsão constitucional no art. art. 102, II (Hipóteses de julgamento de Recurso Ordinário pelo STF), e art. 10, II (hipóteses de julgamento do Recursos Ordinário Pelo STJ). Tem o recurso ordinário eminentemente finalidade de garantir o duplo grau de jurisdição nesses processos, diretamente ajuizados em instâncias superiores. Este recurso funciona também como uma apelação cível contra decisão proferida em processos existentes entre Estados estrangeiros ou Organismos internacionais e municípios ou pessoas domiciliadas ou residentes no Brasil (cfr. art. 1.027, inc. II, letra "b" do novo CPC).

Aos recursos ordinários é aplicável a mesma disciplina da apelação, quanto ao procedimento e aos pressupostos de admissibilidade, como se observa nos arts. 1027, § 2°, e 1.028 do CPC/15. Diante de tal previsão, não podemos negar cabimento de recurso adesivo aos recursos ordinários, similares em cabimento, procedimento e pressupostos da apelação.

Já na sessão II do supracitado capítulo VI, o novo diploma processual civil trata dos Recursos Extraordinário e Especial. Estabelecendo Disposições gerais sobre os mesmos nos arts. 1.029 a 1.035, regulamentando o julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos nos arts. 1.036 a 1041, e, na seção III, no art. 1.042, trata do Recurso de Agravo em Recurso Especial e em Extraordinário.

A definição das hipóteses de cabimento do Recurso Extraordinário e Especial, estão previstas respectivamente na Constituição Federal, nos arts. 102, II, e 105, III. A finalidade do Recurso Especial é manter a integridade da legislação infraconstitucional, já a do extraordinário é manter a integridade das normas constitucionais. O novo CPC tenta traçar disposições gerais sobre os

mesmos, dispondo que estes recursos, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: a exposição do fato e do direito; a demonstração do cabimento do recurso interposto; as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida. O recorrido será intimado também para apresentar resposta em petição distinta. Estes recursos poderão ter efeito suspensivo, desde que requerido e concedido nos termos do art. 1.029, § 5°. Recebida a petição do recurso pela secretaria do Tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 dias, findo o qual, os autos serão remetidos ao Tribunal. A remessa ao Tribunal dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade. Na hipótese de interposição conjunta dos referidos recursos, os mesmos serão remetidos primeiramente para o STJ, detentor de prioridade.

"A concepção individualista do processo ficou superada, mostrando-se insuficiente para atender às exigências dos tempos modernos, de uma sociedade de massa cada vez mais consciente dos seus direitos (...)"

Nos arts. 1.031 a 1.034, dispõe o NCPC sobre a interposição conjunta dos referidos recursos, e os possíveis conflitos de entendimento entre os respectivos tribunais no caso de julgamento e suas soluções. Por sua vez, sendo admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao Tribunal Superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado.

Para a interposição de ambos os recursos é necessário o prequestionamento, conforme podemos observar pelas súmulas 320 do STJ e 735 do STF, posicionamento que não concordamos em razão de todo o exposto acima. Com relação às turmas recursais dos juizados especiais, só é possível interposição de recurso extraordinário e não de especial, conforme Súmula 640 do STF.

Ou ponto interessante regulamentado pelo NCPC diz respeito à repercussão geral a ser reconhecida pelo STF, para conhecimento do Recurso Extraordinário, sendo que para o efeito da repercussão geral será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo (art. 1035, § 1°). O recorrente deverá demonstrar a repercussão geral, para apreciação exclusiva do STF, lembrando que dessa decisão não cabe qualquer recurso. De outro canto, o próprio NCPC no art. 1.035, § 3°, menciona os casos em que sempre haverá repercussão geral que ocorrem quando o acórdão contraria súmula ou jurisprudência dominante do STF ou tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos e por fim quando tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da CF.

Sendo que reconhecida a repercussão geral, o relator do Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional. O recurso que tiver repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e pedido de *habeas corpus*. Outra importante regulamentação trazida pelo CPC de 2015 diz respeito ao Julgamento de Recursos Extraordinário e Especial Re-

petitivos previstos nos arts. 1.036 a 1.041, visto que sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições da Subseção II, que trata do julgamento dos Recursos Extraordinário e Especiais repetitivos, sobre os quais não nos alongaremos, visto que perderíamos o foco do presente artigo, mas fica aqui novamente o comentário de que o novo CPC vem acertadamente regulamentando tais questões, o que mais uma vez prova a busca pela mais modernas tendências processuais civis com o escopo de um processo justo, eficiente e célere.

Nesse contexto, segundo o ilustre Professor HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO:[23]

> Ao dizer que o Código será disciplinado de acordo com os valores e princípios, o legislador está adotando, expressamente, a teoria do direito processual constitucional. Grandes expoentes do direito processual (Merecem destaque, entre tantos doutrinadores, os seguintes: TROCKER (1974); CAPELLETTI e TALLON (1973); COMOGLIO, FERRI e TARUFFO (1998); MORELLO (1988), já sedimentaram a teoria segundo a qual o direito constitucional é tronco da árvore e o direito processual é um de seus ramos. (...)
>
> A edição de novos Códigos é um sinal de ruptura com a modernidade, reduzindo o abismo antes existente entre o direito constitucional (e a interpretação ativa que vem sendo feita de suas normas), e o direito infraconstitucional. (...)
>
> O texto do art. 8° do CPC/2015 (art. 8°: ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.) É o fim da hermenêutica tradicional, baseada no silogismo: a norma é a premissa maior e o fato a menor. Nessa concepção, caberia ao juiz fazer o exame deste, em acordo com aquela. Para tanto seriam usados métodos como a interpretação literal, sistêmica, teleológica e comparativa.
>
> Agora a hermenêutica passa a ser neoconstitucional, pressupondo que as normas podem assumir a feição de regras ou princípios. As regras devem ser interpretadas de acordo com os princípios. Havendo colisão de regras, usa-se a hermenêutica tradicional. Havendo uma contraposição de princípios, é preciso recorrer à técnica da ponderação, buscando ou uma composição destes ou a solução que melhor se adéque ao espírito constitucional.
>
> É bem verdade que essa nova hermenêutica aumenta, e muito, os poderes do juiz. Os mais alarmistas falam em ditadura do juiz. Cria-se portanto a

23 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo, Teoria Geral do Processo**, vol. 1, 6ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2015, pp. 123-130.

necessidade de uma fundamentação mais profunda nas decisões judiciais. Uma fundamentação analítica, como assevera MARINONI. É o que chamamos do "fundamento do fundamento": as partes têm o direito de saber quais as premissas que o juiz levou em consideração para tomar aquela decisão.

Igualmente, embora já constitua um grande avanço, não é por si só suficiente. Há enorme discussão sobre a natureza da atividade hermenêutica, sobretudo a dificuldade da separação das fases da interpretação da aplicação, bem como os preconceitos que influenciam internamente o juiz.

É, sem dúvida, o sinal de uma nova era, que merece, portanto, um novo Código. (...)

Pensar em uma medida de urgência de ofício, envolvendo menores, idosos, hipossuficientes, ou ainda em hipóteses com grande dano a direito indisponível ou da própria coletividade é perfeitamente aceitável.

Porém, em litígios que envolvam partes maiores e capazes, e direitos patrimoniais, parece-me que a postura ativa do magistrado é, de todo, desaconselhável.

Pelo menos essa restrição poderia ter sido incluída no texto, adotando-se, assim, um critério híbrido (meio *ope legis*, meio *ope iudicis*).

Nunca é demais lembrar que o juiz que age de ofício deve ter um extremo cuidado para que, mesmo involuntariamente, não venha a se aproximar das partes, ferindo a imparcialidade que deve nortear sua conduta na condução do processo.
Vulnerada a imparcialidade, comprometida também estará a isonomia, salvo se o juiz fundamentar analiticamente sua decisão, de modo a demonstrar que está garantida a igualdade no sentido material. (...)
Por outro lado, o novo CPC vai abrir uma nova perspectiva de contraditório, como se observa no texto do art. 9°:

"Art. 9° Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
Parágrafo único. O dispositivo no *caput* não se aplica:
I - à tutela provisória de urgência;
II - às hipóteses de tutela de evidência previstas no art. 311, incisos II e III;
III - à decisão prevista no art. 701.

Importante observar que tal princípio terá aplicação específica e de grande importância em pelo menos duas situações reguladas pelo projeto.

A primeira diz respeito às decisões de inversão do ônus da prova que em

hipótese alguma deve gerar surpresa para a parte atingida.

A segunda se refere aos provimentos de urgência solicitados, nos quais a efetividade depende exatamente da não comunicação à parte contrária. O juiz, num exame de ponderação de interesses entre acesso à Justiça e o contraditório, vai avaliar, no caso concreto, qual deles deve prestigiar.

Em sendo deferida a media *inaudita altera pars*, ocorrerá o fenômeno do contraditório diferido ou postergado, que só é admitido em casos excepcionais e acompanhado da devida fundamentação analítica, como lembra MARINONI.

Ainda sobre o princípio do contraditório, o art. 10 revela uma das grandes inovações do novo CPC:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.
No CPC de 1973, o art. 128 dispõe que o juiz deve decidir a ação "nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa das partes".

Diante da restrição do atual art. 128, que se refere apenas às questões, a doutrina clássica invoca aqui o adágio *iura novit curia*, segundo o qual o juiz seria livre na escolha e na aplicação dos fundamentos jurídicos.

Nesse sentido, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI entende que não existe impedimento para que o juiz requalifique juridicamente a demanda, enquadrando-a em outros dispositivos legais. (...)

LEONARDO GRECO propõe uma orientação mais restritiva, atentando para a liberdade das partes e também ao princípio da demanda, que atribui ao autor o poder de fixar seus limites objetivos e subjetivos. Nesse sentido, não se pode negar que a vontade do autor é fator essencial na definição dos limites do objeto litigioso e, por isso, mesmo tem que ser respeitada. (...)

Em nossa visão, entre duas possíveis soluções extremadas, ou seja: manter o sistema atual segundo o qual o juiz pode alterar a seu bel-prazer os fundamentos jurídicos, ainda que sob o disfarce de modificar a norma aplicável; ou exigir que o juiz fique absolutamente adstrito aos fundamentos invocados pelas partes, ainda que vislumbre outro, mais adequado andou muito bem a Comissão ao buscar uma solução intermediária ou salomônica.
Pela leitura do dispositivo, vê-se que o juiz traz para os autos um fundamento que não havia sido alegado pelas partes, mas deve propiciar a manifestação destas antes de decidir.

> Nessa hipótese, quando o juiz traz para os autos um fundamento que não havia sido alegado, não está muito claro ainda quando, até que momento e de que forma, fará ele essa inserção.
>
> Por outro lado, é preciso se atentar para a enorme mudança que será ocasionada pela parte final do novel dispositivo, quando determina que tal providência deverá ser tomada pelo juiz, ainda que a matéria possa ser examinada de ofício.
>
> Doutrina e jurisprudência vêm caminhando no sentido de que tais matérias, hoje, a partir da interpretação do art. 267, § 3°, do CPC/1973, seriam condições para o regular exercício do direito de ação, pressuposto processuais e as hipóteses de nulidade absoluta. São, em verdade, os mesmos casos que autorizam a utilização da objeção de pré-executividade, na visão da orientação que prevalece no Superior Tribunal de Justiça.

Parece-nos que será um bom momento da jurisprudência e das súmulas dos Tribunais Superiores serem revistas em relação ao prequestionamento das matérias de ordem pública, haja vista o advento do novo CPC e a encampação de mudanças estruturais fundamentais no processo civil. Sendo assim, vê-se no tema em discussão doutrinas em ambos os sentidos, bem como posicionamento dos tribunais superiores a respeito do tema. Porém talvez seja hora de serem revistas Súmulas e Jurisprudências para dar um pouco de coerência ao sistema. Talvez uma solução híbrida possa ser adotada pelos Tribunais Superiores para permitir o cabimento de Recursos para os Tribunais Superiores sem que haja sido realizado o prequestionamento de matérias de ordem pública do mesmo, podendo este prequestionamento por economia processual ser diferido ou postergado para o próprio Tribunal Superior. Desde que preenchidos os outros requisitos legais para a interposição do Recurso, com fulcro no art. 10 do novo CPC, trazendo assim uma solução mais harmônica e híbrida, a qual poderá ser decidida caso a caso pelo Tribunal Superior, evitando-se também a jurisprudência defensiva dos Tribunais, e atendendo aos princípios de um processo justo e eficaz. Tais matérias de ordem pública deverão ser ponderadas pelo Tribunal, sob eterna dicotomia entre a segurança jurídica e a efetividade da justiça.

SÍNTESE CONCLUSIVA:

Vem à luz o novo Código de Processo Civil, Lei n° 13.105/15, observando os princípios e novas tendências do processo civil moderno, no almejar de um processo justo e eficaz, conforme prelecionam os processualistas modernos, bem como mais célere, como já previsto em nossa CF, art. 5°, LXXVIII.

A pesquisa deste arquivo foi realizada concebendo-se o Direito como um sistema de acordo com o modelo constitucional do Processo, enfocando o Novo Código de Processo Civil diante da Constituição Federal, com fulcro em abalizada doutrina e jurisprudência.

O prequestionamento, visto como a presença de causa decidida na decisão recorrida, há de ser relativizado, como demonstrado argumentativamente abaixo em relação a matérias de ordem

pública, que é toda aquela questão, que embora não especificada em rol taxativo pelo legislador, apresenta característica de interesse público, visando a proteção do sistema e da coletividade, e não especificamente aos interesses individuais das partes. Deve ser analisada em qualquer tempo e grau de jurisdição, sendo sua observância um ditame imperativo irrenunciável.

A partir das colocações feitas, consta-se que não existe posição pacífica sobre o tema tratado, sequer na doutrina, sequer na jurisprudência, acerca do prequestionamento das questões de ordem pública, ressaltando-se a importância do estudo pela ausência de uniformidade, o que gera dificuldades aos operadores do Direito. Ainda, o conceito de prequestionamento não é o mesmo para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça, em especial observando-se o enunciado das Súmulas 282 e 356 do STF e 98 e 211 do STJ, bem como há divergência doutrinária a respeito.

Defendeu-se neste texto a desnecessidade de prequestionamento de matérias de ordem pública em Recurso Extraordinário e Especial, podendo as mesmas serem decididas de ofício pelo STF ou STJ, desde que seja concedido contraditório prévio entre as partes, ainda que a mesma não tenha sido decidida na decisão recorrida. Ressalta-se que existem respeitadíssimas posições doutrinárias em sentido contrário a este posicionamento, e que a jurisprudência majoritária do STF e do STJ é na posição contrária a defendida neste artigo. Sendo que existe posicionamento jurisprudencial mais recente relativizando a rigidez da observância do prequestionamento de matéria de ordem pública. Nesse sentido, a primeira Seção do STJ, em julgamento de Ação Rescisória em maio/2009, por maioria, que se aplicou o direito à espécie (Súmula 456/STF, por analogia), reconhecendo a falta de interesse de agir da ré na ação indenizatória originária por tratar-se de imóvel adquirido após implementação da restrição administrativa. Considerando que em sede de recurso especial é admitido o conhecimento de matéria de ordem pública, desde que a instância tenha sido aberta por outra questão, entendeu-se que esse entendimento deve ser adotado no julgamento da Ação Rescisória, na qual o âmbito cognitivo do STJ é muito mais amplo (R 2.075//PR, Rel. DENISE ARRUDA, Rel. para Acórdão HUMBERTO MARTINS, julgado em 27/05/2009). A segunda turma do STJ em 17/09/2009, Rel. MAURO CAMPBELL MARQUES, Resp. 765.970/RS, entendeu que, apesar da ausência de prequestionamento, por se tratar a alegação de ilegitimidade passiva da matéria de ordem pública, considerando que a instância especial foi aberta por outros argumentos, haverá apreciação da controvérsia, ainda que para dela não conhecer.

O presente artigo teve como objetivo analisar sucintamente a desnecessidade do pré-questionamento nos recursos extraordinários e especiais quando se tratar de matéria de ordem pública, e que possa ser conhecida de ofício pelo juiz, desde que seja dado prévio conhecimento às partes, conforme art. 10 do CPC de 2015, em razão da sua importância para as garantias constitucionais do processo. Para tanto, nos dispusemos a analisar pensamentos de alguns professores de direito processual no sentido de que seja permitido o conhecimento das matérias sem necessidade de prequestionamento, perfazendo uma singela análise do e CPC de 73 e do Novo Código de Processo Civil (Lei n° 13.105/15), fundamentando o presente nos princípios constitucionais do processo civil moderno e das novas tendências de um processo civil justo, eficiente e célere, pendente pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e da ponderação, adotando desta feita uma interpretação mais neoconstitucional do que positivista.

Com o devido respeito às mais abalizadas opiniões em favor da necessidade de prequestionamento a respeito das matérias de ordem pública, tema central do presente artigo, posicionamo-nos pela desnecessidade do mesmo, haja vista que: em primeiro lugar, há divergência com relação à própria conceituação do prequestionamento; em segundo, não há previsão constitucional a respeito, o que, via de regra, não torna obrigatória o prequestionamento de matéria de ordem pública; em terceiro lugar, entendemos que há sempre, ao menos, decisão implícita sobre matérias cognoscíveis *ex oficio;* em quarto lugar, nos casos de questões de ordem pública que, por sua natureza, não precluem e são suscetíveis em qualquer tempo e grau de jurisdição, além de serem cognoscíveis *ex officio*, o quesito do prequestionamento pode ter-se por inexigível, até em homenagem à lógica do processo e à ordem jurídica justa; em quinto lugar, para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe recurso extraordinário/especial se for previamente questionada determinada questão jurídica pelo juízo recorrido, já para fins de julgamento (efeito translativo), entretanto, uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo; em sexto lugar, o art. 485, § 3°, que dispõe que o juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX do *caput*, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

Por outro lado, entendemos, mais além, que o requisito de causa decidida, não necessita que a decisão enfrente, nesse caso, a matéria de ordem pública, podendo esta ser conhecida de ofício, desde que seja concedido contraditório prévio para as partes se manifestarem, com fulcro no art. 10 do novo CPC, para evitar ainda possíveis sucedâneos recursais ou ações autônomas de impugnação, caso a matéria não seja conhecida, com o escopo de garantir um processo mais justo e eficaz, ao revés de formalista e burocrático, o que muitas vezes pode acontecer em razão da "jurisprudência defensiva dos tribunais", como podemos observar pelas Súmula 282 e 256 do STF, uma vez que há divergência jurisprudencial no STJ acerca do tema, bem como doutrinária da melhor qualidade.

BIBLIOGRAFIA:

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

BONICIO, 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.

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

DIDIER JUNIOR, Fredie. "Alegação de prescrição ou decadência em recurso extraordinário: notas ap Código Civil de 2002", *in* NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER; Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2005, v. 8.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4ª ed. rev. e atual.

São Paulo: Malheiros, 2004, v. I.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v. 1, 2, 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

GRINOVER, Ada Pelegrini. "Litisconsórcio necessário e efeito devolutivo do recurso especial", *in* **O processo: estudos e pareceres**. São Paulo, DPJ Editora. 2006.

JUNIOR, Nelson Nery Junior; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e Assuntos Afins**, 2001, Ed. Revista dos Tribunais.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Recurso especial: ordem pública e prequestionamento". **Revista da Procuradoria Geral de São Paulo**, nº especial: 30 anos do Código de Processo Civil. Jan.-Dez. 2003.

LUCON, Paulo Henrique Santos. "Repercussão Geral (ausência) Prequestionamento (ausência). Ofensa Indireta à Constituição Federal. Má-fé e ignorância. Danos decorrentes da demora do processo". **Revista de Processo**, nº 157/345, março, 2008, pp. 357 e 358.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT. 2007, pp. 311 e 312.

_____. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**, ed. rev., atul. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

MANGONE, Kátia Aparecida. Cassio Scarpinella Bueno (Coord.) **Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especia**l, São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. "A Transformação do *Civil Law* e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil". Disponível em: www.professormarinoni.com.br.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. "Variações jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do prequestionamento". *in* NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. São Paulo: RT, 2005, v. 8, pp. 281-287.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. "R. Esp e Matéria de Ordem pública", *in*: **Rec. Exp. e Rec. Ext: Repercussão Geral e atualidades**. Coord. de Rogério Licastro Torres de Mello, SP, Método, 2007, p. 231.

SUMÁRIO

PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL

JORGE LOBO
Mestre em Direito da Empresa pela UFRJ, Doutor e Livre-Docente em Direito Comercial da UERJ.

> "Este é um pensamento que expressa uma ideia primária; não é nem reciclagem nem a reembalagem dos pensamentos de outras pessoas. Um ensaio é uma meditação impulsiva, não um relato científico." (**Nassim Nicholas Taleb**)[1]

1. **A necessidade de um Código Comercial**

> "Não nos subordinamos a teses abstratas, visando a elaborar, sob a denominação de 'Código Civil', um 'Código de Direito Privado'." (**Miguel Reale**)

O Brasil necessita de um Código Comercial?

A meu ver, sim, *d.m.v.* dos que divergem.

É o que diligenciarei demonstrar a seguir, após (a) transcrever, na íntegra, as abalizadas lições de EDUARDO ESPÍNOLA e MIGUEL REALE sobre a "memorável polêmica" entre SAVIGNY e THIBAUT a respeito da codificação do direito civil na Alemanha; (b) rebater o argumento de que, no país, o direito privado foi unificado com a promulgação do Código Civil de 2002 e (c) refutar a tese da unificação do direito das obrigações pela nova legislação civil.

A – A elaboração do Código Civil alemão

A propósito das discussões em torno da codificação do direito civil no final do século XIX e começo do século XX, que se aplicam *in totum* ao momento em que vivemos e que podem ajudar a dirimir a controvérsia quanto à necessidade de um novo Código Comercial para o país, o emérito ministro EDUARDO ESPÍNOLA do Supremo Tribunal Federal dissertou: "Tornou-se vencedora, em quase todos os países cultos, a ideia de que a codificação do direito, bem longe de prejudicar à sua formação e ao seu desenvolvimento, o apresenta, de forma clara e precisa, como um todo sistemático, cujas partes nada impede que sejam modificadas, sempre que o exijam as nova condições sociais e a consciência jurídica popular. É muito conhecida a célebre controvérsia a que assistiu a Alemanha, logo depois da publicação do Código Civil Francês em 1804, ao qual se seguiu o Código Civil austríaco de 1811, quando apareceu o opúsculo de THIBAUT — ***Ueber die Notwen-digkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechs für Deutschland*** — em 1814, a que respondeu SAVIGNY com um notável escrito — ***Ueber den Beruf unserer Zeit für Rechtswissens-***

1 **A lógica do Cisne Negro: o impacto do altamente improvável**, Ed. Bestseller, 5ª ed., p. 2.

chaft und Gesetzgebung, onde o eminente romanista desenvolve de modo admirável as ideias da escola histórica, da qual se constitui chefe e incansável defensor. Muitos são, inquestionavelmente, os serviços prestados por essa escola à ciência do direito, mas sua oposição à teoria, então dominante, de que o direito não era mais que a vontade do legislador, levou-a ao excesso oposto de desconhecer a importância que, na confecção do direito positivo, cabe à inteligência humana. O tema veio mostrar que a razão se achava ao lado de THIBAUT, e o século XIX viu se codificar o direito civil de quase todos os povos civilizados; a própria Alemanha teve em 1896 o seu ***Bügerliches Gesetzbuch*** que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1900 e que, com GIORGIO GIORGI, 'pode-se dizer o ato legislativo mais notável do século passado sobre o direito privado'".[2]

MIGUEL REALE, em sua notável **Filosofia do Direito**, resume o que denominou de "memorável polêmica que se travou no início do século passado entre dois juristas eméritos — THIBAUT e SAVIGNY".

> O primeiro advogava a causa de um Código Civil único para a Alemanha, e o segundo se opunha veementemente àquele *desideratum*. THIBAUT era um eminente jurisconsulto, não destituído de formação histórica, mas ainda ligado aos pressupostos do direito natural de WOLF, o continuador do racionalismo de LEIBNIZ e de THOMASIUS.
>
> Ele não desconhecia que o Direito é uma realidade histórica, mas nem por isso contestava a necessidade de uma codificação, que lhe parecia instrumento de unidade científica e política.
>
> SAVIGNY, de um historicismo romântico acentuado, contrapôs-se ao ideal de THIBAUT, escrevendo um pequeno livro, que ficou na história da Ciência Jurídica como um de seus pedestais — **Da vocação de nosso Tempo para a Legislação e a Jurisprudência** (1814).
>
> Nessas vigorosas páginas, SAVIGNY objeta a THIBAUT e a todos os que pregavam a codificação, por entender que a Alemanha não formava ainda uma Nação e que, assim sendo, lhe faltava maturidade para realizar a obra codificadora. A codificação só lhe parecia admissível nos momentos culminantes de um processo jurídico, e não no início da formação política de uma nacionalidade. Pretendia, portanto, que a iniciativa de codificar fosse adiada para quando houvesse um substrato jurídico mais denso, uma experiência profunda do Direito como trama de 'relações sociais'.
>
> SAVIGNY, portanto, manifestava-se contra um plano prematuro de codificação, invocando contra a lei abstrata e racional a força viva dos costumes, tradução imediata e genuína do que denominava "espírito do povo", pois temia que a precipitação codificadora gerasse leis dotadas de *vigência*, de validade técnico-formal, mas destituídas de *eficácia* ou de efetiva existên-

2 **Sistema de Direito Civil**, Ed. Conquista, 4ª ed., 1º vol., pp. 29 a 31.

> cia como comportamento, como conduta.
>
> O Direito deve ser a expressão do espírito do povo, e este, dizia SAVIGNY, manifesta-se especialmente através de regras de caráter consuetudinário, que cabe ao legislador interpretar: — os costumes devem exprimir-se em leis, porque somente são leis verdadeiras as que traduzem as aspirações autênticas do povo.
>
> Eis em luta, no início do século, as duas orientações que iriam marcar a sístole e a diástole, digamos assim, do processo jurídico da centúria passada e que ainda são o ritmo de nosso tempo: — uma corrente a preferir o direito expresso de maneira abstrata e racional nas leis; e outra a querer o direito tal como ele aparece na vida histórica, na espontaneidade do viver social, tendo como símile o fenômeno da linguagem. Pode-se dizer que nesse contraste já estão postos os dados do problema que a tridimensionalidade pretende resolver, sem partir a linha do pensamento jurídico clássico, mas apenas atualizando suas teses fundamentais e tornando explícitas as teses subjacentes.
>
> A opinião de SAVIGNY não foi a que prevaleceu, porquanto exigências históricas puseram desde logo a necessidade, ou da codificação total, ou de sistematizações particulares. Foi o que aconteceu na Alemanha, onde, mesmo antes de se promulgar o Código Civil, já se elaborara uma grande obra de sistematização do Direito, embora com sentido novo, resultante da atitude científica da Escola Histórica no trato dos problemas sociais e na consideração do direito costumeiro".[3]

B – A unificação do direito privado

Os que sustentam haver o Código Civil absorvido toda a matéria mercantil não leram a Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, MIGUEL REALE.

De início, ao enunciar as "diretrizes e os princípios fundamentais do futuro Código", o Prof. REALE destaca, em itálico, que ele será a *"lei básica, mas não global, do Direito Privado"*; logo após, ao cuidar da "Estrutura e Espírito do Anteprojeto", afirma: "Em primeiro lugar, cabe observar que, ao contrário do que poderia parecer, não nos subordinamos a teses abstratas, visando a elaborar, sob a denominação de 'Código Civil', um 'Código de Direito Privado', o qual, se possível fora, seria de discutível utilidade e conveniência", e, adiante, assegura: "Não há, pois, falar em unificação do Direito Privado a não ser em suas matrizes, isto é, com referência aos institutos básicos", para, afinal, arrematar: "(...) não nos tentou a veleidade de traçar um 'Código de Direito Privado'.

3 Ed. Saraiva, 1987, 12ª ed., pp. 422/424, nº 166.

Se não houve a unificação do direito privado, teria havido, pelo menos, a unificação do direito das obrigações?

"As leis, medidas provisórias, decretos, (…) etc., sobressaem pela (excessiva) quantidade e pecam pela (às vezes, péssima) qualidade, porquanto muitas, na prática, são absolutamente inúteis (…)."

C – A unificação do direito das obrigações

RUBENS REQUIÃO, em conferência proferida em 13 de agosto de 1975 perante a Comissão Especial do Código Civil, na Câmara dos Deputados, em candente crítica ao Anteprojeto, nega, com veemência, que tenha havido o que a citada Exposição de Motivos, em seu item 10, denominou de "unidade do Direito das Obrigações".

Sob o enfático título "O fracasso da unificação", o Prof. REQUIÃO explica, com a incontestе autoridade de consagrado mestre de Direito Comercial:

> Nossa crítica inicial, por isso, se dirige à estrutura básica do Projeto (…). Muita matéria privatista, com efeito, escapa de seu plano. Consiste a unificação, isto sim, na simples justaposição formal da matéria civil ao lado da matéria comercial, regulada num mesmo diploma. Constitui, repetimos, simples e inexpressiva unificação formal. Isso, na verdade, nada diz de científico e de lógico, pois, na verdade, como se disse na Exposição de Motivos preliminar, o Direito Comercial, como disciplina autônoma, não desaparecerá com a codificação, pois nela apenas se integra formalmente. O artificialismo desse critério criou no Projeto a preocupação de proscrever o adjetivo 'comercial' ou 'mercantil'.

Dirigindo-se ao presidente da Comissão, Deputado TANCREDO NEVES, pondera: "Senhor Presidente, a unificação dos Códigos já surgiu, entre nós, natimorta. O Projeto em várias oportunidades se descarta da unificação e, mesmo, da codificação, remetendo a regulação de certos institutos para 'a lei especial', sem motivos de ordem técnica e regulamentar".[4]

De fato, não houve sequer a unificação do direito das obrigações porque o Código Civil não regulou típicos e frequentíssimos contratos mercantis, como, apenas para exemplificar, os de representação comercial, alienação fiduciária em garantia, *lease-back*, penhor mercantil, gestão de negócios, operações bancárias, comércio exterior, arrendamento mercantil (*leasing*), faturização (*factoring*), franquia (*franchising*), *know how*, cartão de crédito, enfim, inúmeros contratos de massa, comerciais por excelência, que obrigaram à adoção de uma nova técnica, repudiada pelos civilistas: o contrato de adesão.[5]

---

4 Dissertação Crítica ao Projeto de Código Civil, *in* **Aspectos Modernos de direito Comercial**, Ed. Saraiva, 1988, 2ª ed., 1º vol., pp. 207 e 209, nº 2.

5 Sobre o tema, ORLANDO GOMES, **Direito Econômico**, de ORLANDO GOMES e ANTUNES VARELA, Saraiva, 1977, p. 39, nº 12.

D – A necessidade de um Código Comercial

Sob o fecundo influxo do racionalismo da filosofia iluminista,[6] da doutrina econômica do *laisser-faire*, *laissez-passer*,[7] da teoria política da igualdade de todos perante a lei e da defesa intransigente do indivíduo, do fenômeno sociológico da ascensão da burguesia e da perda de poder e prestígio da nobreza e dos cânones da segurança das relações jurídicas, da liberdade de contratar e da garantia do direito de propriedade, os idealizadores do Código Civil francês ou "**Código de Napoleão**", de 1804, tiveram por escopo criar um corpo de normas que primasse pela perfeição formal e substancial e viesse a formar um conjunto homogêneo, integrado, harmônico e sistemático de preceitos jurídicos em substituição ao direito natural (daí falar-se na "positivação do direito natural"), às primitivas e insuficientes normas costumeiras, às regras de direito canônico de difícil interpretação, ao obscuro direito romano comum,[8] ou, como anota NORBERTO BOBBIO, em substituição ao "direito histórico, constituído por uma selva de normas complicadas e arbitrárias", autêntico e indisfarçável "direito fenomênico",[9] enfim, consoante MIGUEL REALE, no lugar de um "cipoal de leis extravagantes".[10]

Hoje, creio, encontramo-nos em idêntica situação, eis que o aplicador do direito amiúde vê-se às voltas com um "direito fenomênico", com um "cipoal de leis extravagantes", com "leis extracodificadas" ou "leis experimentais",[11] que não formam um sistema coerente, nem possuem unidade harmônica.

As leis, medidas provisórias, decretos, regulamentos, resoluções, deliberações, circulares, instruções normativas, pareceres de orientação, etc., que assolam o país devido à sua desmesurada multiplicação,[12] sobressaem pela (excessiva) quantidade e pecam pela (às vezes, péssima) qualidade, porquanto muitas, na prática, são absolutamente inúteis; outras, motivadas por razões politiqueiras ou editadas para satisfazer determinados grupos de pressão; algumas, contraditórias; um sem número — característica do Estado-Providência — simples catálogos de normas diretivas, normas de orientação, normas programáticas, que constituem o esdrúxulo "direito

6 Leia-se "Iluminismo", por BRONISLAW BACZKO, **Dicionário Crítico da Revolução Francesa**, coordenado por FRANÇOIS FURET e MONA OZOUF, Ed. Nova Fronteira, 1988, pp. 754 e segs.

7 Na França, os fisiocratas pregavam a "liberdade para exercer o homem a sua atividade como lhe aprouver, liberdade de conservar o produto do seu trabalho e liberdade, enfim, de plena alienação (...), pois a liberdade gera o bom preço" (PAUL HUGON, **História das Doutrinas Econômicas**, Ed. Atlas, 13ª ed., p. 103, § 1º).

8 "No período anterior à Revolução Francesa, o Direito era dividido ou fragmentado em sistemas particulares, quer do ponto de vista das classes, quer do ponto de vista material e territorial. Havia um Direito para o clero, como outro havia para a nobreza, e outro ainda para o povo, ao mesmo tempo que cada região possuía seu sistema particular de regras, seus usos e costumes, muitas vezes conflitantes, regendo-se determinadas relações pelo Direito Canônico e outra pelo Direito Estatal" (MIGUEL REALE, ob. cit., p. 412).

9 **O positivismo jurídico**, Ed. Ícone, 1995, 1ª ed., p. 65.

10 *Idem*, p. 414.

11 GUSTAVO TEPEDINO, "leis extracodificadas", "leis excepcionais", *in* **Temas de Direito Civil**, Ed. Renovar, 3ª ed., p. 4.

12 GUSTAVO TEPEDINO assevera que, por força "da proliferação das leis especiais", "o Código Civil passaria a ter uma função meramente residual", tornando-se "um direito civil fragmentado por força de "microssistemas" (ob. cit., p. 12).

recomendacional".[13]

Esse vezo, observe-se, não é peculiar apenas ao direito pátrio, mas corriqueiro em muitos países de longa e notável tradição no campo da ciência do direito, como se dá, *v.g.*, na França, consoante doutrina SIMONE GOYARD-FABRE, professora de filosofia na Universidade de Caen e Diretora do *Centre de Philosophie Politique e Juridique* (URA/CNRS): "Nessa profusão de textos torna-se impossível reconhecer as características clássicas de obrigatoriedade e de efetividade que se vinculam à ordem jurídica"[14] e, aduzo, encontrar os predicados de generalidade, impessoalidade e abstração próprios e indispensáveis às regras jurídicas, pondo, destarte, em risco o "princípio da legalidade".

É o que resta patente desta eloquente passagem do capítulo "A encruzilhada do século XX", da excelente monografia "Os fundamentos de direito":

> As bases do *corpus* jurídico hoje já não se deixam decifrar em termos de racionalidade ou de formalismo lógico, aliás, a esfera do direito (pelo menos na França) não está isenta de contradições patentes ou potenciais.
> As ab-rogações e as transformações de que é objeto, operando-se uma cadência rápida demais, tornam-se intempestivas: pensemos, por exemplo, no reformismo que gangrena a instituição universitária na qual a reforma das reformas cria um mal-estar endêmico; mas a legislação fiscal, o direito do trabalho, o direito das empresas... sofrem dessa mesma febre, sintoma de uma tendência geral à instabilidade.
>
> Assim fica claro que, na profusão galopante dos textos de direito, legislativos ou regulamentares, um reformismo permanente lhes abala a ordem, o sentido e o alcance. O "princípio de legalidade" que, na concepção constitucionalista do direito, era uma das vigas mestras da normatividade jurídica, desaparece diante da preocupação, prática ou tática, de mergulhar as raízes do direito na vivência cotidiana. Decerto nãose trata nem de substituir a racionalidade pela irracionalidade, nem de desencadear uma nova disputa, dessa vez entre os "modernos" e os contemporâneos; mas, em todos os níveis, o jurislador, sem ser contra a razão racional, desvia-se de suas vias dedutivas para priorizar uma estratégia pragmática em que não há lugar para a generalidade, a impessoalidade e o rigorismo. Vemos multiplicar-se então os procedimentos ab-rogatórios — por exemplo, a anistia que, hoje em dia na França, ocasiona verdadeiros desvios do processo legislativo — e derrogatórios —, por exemplo, os favorecimentos ensejados pelas "isenções", no direito fiscal contemporâneo —; invocam-se também procedimentos de um tipo novo como a negociação, o consenso, os regulamentos transacionais, os compromissos... Com isso não se trata de introduzir na compreensão do

13 Sobre o tema, leia-se "Os fundamentos da ordem jurídica", de SIMONE GOYARD-FABRE, Ed. Martins Fontes, 2002, 1ª ed., pp. 146 e segs.

14 Ob. cit., p. 147.

> direito nuanças ou variações de grau; mas de conferir à própria forma do direito uma diferença de natureza. Com efeito, esses procedimentos não se inserem num processo aperfeiçoado de lógica subsuntiva; fazem parte de uma ética da discussão ou da negociação simbolizada pela imagem, frequentemente utilizada, das "mesas- redondas". Por trás dessas referências e desse símbolo, perfilha-se, mais ou menos bem compreendido, o tema filosófico da "comunicação" que se pretende uma das conquistas do final do século XX.
>
> Seja qual for essa pretensão filosófica, à qual teremos a oportunidade de retornar, lembremos que FRANÇOIS TERRÉ, para explicar essas novas formas da juridicidade, propôs o conceito de "leis experimentais". Nesse fenômeno jurídico, evidente sobretudo nas sociedades ocidentais avançadas — mas a história anda depressa e esse fenômeno não tardará a se expandir —, manifesta-se um processo de *invasão do direito pelo fato*; os âmbitos da razão jurisladora ficam, dizem, mais flexíveis com o contato com a experiência.[15]

Por isso, um corpo de princípios e normas, orgânico, integrado, sistemático e harmônico, que privilegie tanto a forma quanto o conteúdo, que "positive" o direito vivo, o direito concreto, que componha "em unidade harmônica o abstrato e o concreto, o valor estrutural e certo das normas de Direito com o seu conteúdo histórico-social",[16] e seja, ao mesmo tempo, suficientemente flexível para atender às miríades de relações diuturnas no âmbito e em torno da empresa e da atividade econômica e que revogue, expressa ou implicitamente, as leis extravagantes, que com ele não se conciliem, é indispensável ao nosso país, sobretudo se se considerar que, após a doutrina tratar da "industrialização do direito comercial", da "generalização do direito comercial" e da "generalização ou mercantilização do direito civil",[17] se faz mister, com urgência e em profundidade, estudar, refletir e debater a "publicização do direito comercial", no propósito de dotar o Brasil de um Código Comercial moderno, que contemple as influências do direito público sobre o direito comercial e as inúmeras e significativas mudanças ocorridas na economia e na sociedade brasileiras nas últimas décadas e que venha a constituir-se em um instrumento de transformação e de progresso.

Para atingir esse *desideratum,* será indispensável, adverte MIGUEL REALE, "seguir à risca o programa traçado por SCIALOJA; "O teorético não pode conseguir clareza em nossas matérias se não e enquanto se proponha a tese da aplicação prática. Diga ele a si mesmo: — Tudo o que estou em vias de formular, que consequências produzirá no campo das relações práticas? Produzirá alguma? E se produz, quais serão as suas consequências?".[18]

---

15 *Idem*, pp. 148 e 149.

16 MIGUEL REALE, ob. cit., p. 420, nº 164.

17 Leia-se JOAQUÍN GARRIGUES, ***Curso de Derecho Mercantil***, Madrid, Imprenta Aguirre, 7ª ed., tomo, I, p. 31, nº 4, e, também, GUSTAVO TEPEDINO, *idem*, p. 2, quando trata, com proficiência, da socialização, publicização, constitucionalização, despatrimonialização do direito privado.

18 A lição de MIGUEL REALE diz respeito à codificação na Itália, que serve também para nós (ob. cit., p. 420, nº 164).

E prossegue o notável jusfilósofo pátrio: "Para invocar senão mais dois exemplos dessa inclinação fundamental que se traduz em uma prevalecente afirmação normativa, sem olvido do substrato social concreto, eis duas significativas afirmações de VITTORIO EMMANUELE ORLANDO e de CESARE VIVANTE: 'Na base da abstração jurídica está toda uma série de processos reais, verificados no mundo exterior e em nosso ser interno'", afirmou o constitucionalista emérito opondo reservas ao formalismo conceitual de JELLINEK. "É uma deslealdade científica, é um defeito de probidade falar de um instituto para fixar-lhe a disciplina jurídica sem o conhecer a fundo na sua realidade", pondera, por sua vez, o comercialista insigne."[19]

II – Sistemática externa ou estrutura do Código Comercial

Podemos dividir as legislações do mundo ocidental quanto à disciplina da matéria comercial em quatro grupos:

(a) a do Reino Unido, que não possui Código Comercial, sendo a ordem jurídica constituída por um conjunto de leis (*Statutes)*, pelo direito comum (*Common Law*), pelas convenções constitucionais e a prática;

(b) a da Itália, onde a matéria comercial é regulada pelo Código Civil devido à unificação do direito privado em 1942, existindo, todavia, farta legislação sobre sociedades anônimas, falências, títulos de crédito, entre outras.

(c) a da maioria dos países da Europa Ocidental (Portugal, Espanha, França, Alemanha, entre outros) e da América do Sul (Argentina, Uruguai, Chile, entre outros), nos quais há Código Comercial, mas que contam, também, com leis especiais sobre sociedades anônimas, mercado de capitais, falências, títulos e valores mobiliários, etc.[20]

(d) a da França, cujo Código de Comércio, dividido em nove livros e estes subdivididos em diversos títulos, cuida, extensamente, "do comércio em geral", "das sociedades comerciais e dos grupos de interesses econômicos", "de algumas formas de venda e cláusulas de exclusividade", "da liberdade de preços e da concorrência", "dos efeitos do comércio e das garantias", "das dificuldades das empresas", "dos Tribunais de Comércio e da organização do comércio"; "de algumas profissões regulamentadas" e, por último, "das disposições relativas aos Departamentos Ultramar".

A meu ver, o novo Código Comercial, consoante ocorreu em 1850, deveria inspirar-se no modelo francês, aperfeiçoando-o, todavia, e o legislador deveria reunir, em um só estatuto, a disciplina do registro do comércio, das obrigações e contratos comerciais e bancários, da propriedade intelectual, das sociedades simples, das sociedades limitadas, das sociedades anônimas, do

19 *Loc. cit.*

20 Anote-se que os Estados Unidos da América têm um Código Comercial Uniforme (*Uniform Commercial Code – UCC)*, promulgado em setembro de 1952, que sistematiza a lei de vendas e outras transações comerciais nos cinquenta estados americanos, conforme destaca o ilustre Prof. MODESTO CARVALHOSA, ob. cit., p. 305).

"(…) a meu ver, os doutos devem debruçar-se, com igual profundidade e espírito crítico, sobre o fenômeno da 'publicização do direito comercial' (…)."

mercado de capitais, dos títulos de crédito e valores mobiliários, das falências e da recuperação de empresas, etc., compilando as leis em vigor sobre essas matérias, atualizando-as, se imprescindível, renumerando os artigos, tal qual fez o Código de Comércio francês, precedidas por uma parte geral, que se inspire, reproduza e sistematize os princípios e normas que compõem o capítulo da Ordem Econômica da Constituição Federal, atentos à primorosa lição de SIMONE GOYARD-FABRE a propósito da codificação das leis: "O trabalho" (de codificação) "não deve constituir em 'simplificar tudo' nem em 'prever tudo'; uma simplificação excessiva, que faça desaparecer, por exemplo, as categorias profissionais, seria nefasta; quanto a 'regrar tudo e prever tudo', essa é uma ambição impossível e, além disso, perigosa: pode anular a função do juiz e eliminar o recurso à 'razão natural', o que imobilizaria o direito num sistema fechado e lhe impediria qualquer evolução. 'Seria um erro pensar que pudesse existir um corpo de leis que provesse de antemão a todos os casos possíveis, e que ainda assim estivesse ao alcance de menor cidadão', aliás, 'governa-se mal quando se governa demais'".[21]

III – Divisão do direito: direito público, direito semipúblico e direito privado

"Tout devient droit public". (Ripert)[22]

No Brasil, no curso de bacharelado e nos livros de Introdução à Ciência do Direito, Teoria Geral do Direito e Direito Civil, o estudo do direito e suas divisões (direito objetivo e direito subjetivo, direito público e direito privado) começa por enfatizar a distinção, concebida pelo pragmatismo dos jurisconsultos romanos, entre direito público e direito privado, após, naturalmente, delimitar as relações entre a moral e o direito e as diferenças entre o direito natural e o direito positivo.

A invenção das leis[23] é, porém e por óbvio, muito anterior ao surgimento e desenvolvimento do direito romano,[24] eis que a Mesopotâmia, a partir de 2.430 a.C., foi pródiga na elaboração de editos e leis, os quais, compilados, no 21º século a.C., na cidade de Ur, formaram um código com 32 artigos; a Babilônia produziu uma legislação ainda mais rica e sofisticada, que legou às gera-

21 Ob. cit., p. 114.

22 "*Le déclin du droit*", *apud* MM. SERPA LOPES, **Curso de Direito Civil**, Ed. Freitas Bastos, 6ª ed., vol. I, p. 30, nº 6.

23 Este sumário "reduzidíssimo" foi baseado no capítulo "O homem descobre a semente e inventa o Estado" e, em particular, no item "A invenção das leis" e seguintes da excelente obra **Criatividade**, de Domenico de Masi, Ed. Sextante, 2002, pp. 86 a 121.

24 "*Decia* BLACKSTONE *que las antiguedades de la jurisprudência no parecerán inútiles al hombre que se dé cuenta de que las doutrinas antiguas, son el fundamento de las que hoy están vigentes, y* BOUCHARD*, insiste em aquella afirmación, asegurando que nadie llegará a ser jamás jurisconsulto, si ignora el origen del Derecho; si no sabe quiénes fueron los autores y em qué época fue establecido*." (JOSÉ DE BENITO MAMPEL, "Por qué Roma ignoró la separación del Derecho civil y el mercantil", *in* ***Estúdios de Derecho Mercantil em homenaje a Rodrigo Uría***, Ed. Civitas, 1ª ed., p. 31).

ções futuras o **Código de Hamurabi** com 282 artigos, e, entre outros povos, a Grécia,[25] onde surgiram as primeiras constituições: a de Atenas, de índole aristocrática; a de Esparta, com estrutura democrática, em ambas o Estado soberano e todo-poderoso impondo-se ao indivíduo, cumprindo observar que os gregos, apesar de sua notável capacidade de abstração, da doutrina platônica da formulação de categorias e da sistematização do conhecimento, da importância teórica e das consequências práticas da lógica aristotélica e do intenso comércio ateniense, sequer cogitaram da dicotomia do direito.

Os romanos, conscientes da excelência da constituição ateniense, fizeram dela "um ponto de partida, não de chegada. Por isso, em 462 a.C., foi enviada a Atenas uma comissão de cinco especialistas para estudar as leis, reportá-las a Roma e, com base naquele arquétipo, formular uma legislação mais adequada ao povo latino, e mais avançada",[26] que redundou, dez anos após, nas famosíssimas "12 tábuas de bronze" (a "Lei das Doze Tábuas"), que "codificava o procedimento civil e penal, o direito de família, as sucessões, a propriedade e o direito penal",[27] passando um milênio até surgir, no sexto século d.C., o *Corpus Iuris Civilis,*[28] "o modelo jamais superado de sistema jurídico".[29]

Ao tratar da "evolução histórica" da "divisão do direito positivo", MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES ensina que o "*ius civile* dos romanos consagrava a distinção entre o direito público e o direito privado,[30] mas, atente-se, também adverte: "(...) entretanto, nada obstante os lindes assim traçados, as normas dos dois ramos do Direito muitas vezes se interpenetravam".[31]

Após discorrer sobre o tema calcado na autoridade de BONFANTE, SERPA LOPES aduz: "(...) ao passo que entre os romanos os dois Direitos eram antitéticos, entre os germanos, ao contrário, a união era perfeita, e o Direito abrangia indistintamente todas as relações, fossem ou não distintas",[32] concepção, assinala, que dominou na Idade Média, só se retornando à dicotomia romana com a revolução francesa e a consequente consagração dos ideais de liberdade e igualdade, com a promulgação do **Código Napoleão** (e os princípios, que o orientaram, da autonomia

---

25 FILOMUSI-GUELFI, ao estudar a clássica divisão perfilhada pelos civilistas, observa que "os grandes pensadores gregos não chegaram à compreensão do direito privado, ainda que tivessem diante dos olhos o rico desenvolvimento do direito privado ateniense" (*apud* EDUARDO ESPÍNOLA, ob. e vols. cits., p. 59, nota 1).

26 DOMENICO DE MASI, ob. cit., p. 120.

27 *Loc. cit.*

28 Para NORBERTO BOBBIO, "somente com a legislação napoleônica temos um código propriamente dito, tal como o entendemos hoje, isto é, um corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas. O *Corpus juris civilis* é, ao contrário, uma coletânea de leis anteriores; mesmo o *Digesto* (uma de suas quatro partes) não é de fato um código, mas antes uma antologia jurídica, sendo constituído por trechos (ditos 'fragmentos') dos principais jurisconsultos romanos distribuídos por matéria e geralmente ligados entre si e adaptados às exigências da sociedade bizantina pelo sistema das 'interpolações' (isto é, acréscimos, modificações ou cortes feitos pelos compiladores)". (ob. cit., p. 64),

29 DOMENICO DE MASI, *loc. cit.*

30 Ob. e vol. cits., p. 25, nº 5

31 *Loc. cit.*

32 *Idem.*

da vontade, do consensualismo, da força obrigatória dos contratos e da eliminação às restrições, à livre iniciativa, à liberdade ampla e irrestrita de contratar e ao direito de propriedade).

Porém, como acentua JULLIOT DE LA MORANDIÉRE, "quando triunfavam as ideias liberais, o papel do Estado reduzia-se ao mínimo, afastando-se sua intervenção no domínio econômico. O direito privado tinha um domínio considerável e primordial. Na hora atual, as concepções sociais tendem a alargar o império do Estado: intervém por toda parte, implantando a justiça social, resultando daí não só a multiplicação dos serviços públicos e dos funcionários, como, consequentemente, a extensão do domínio do direito público em detrimento do direito privado".[33]

É, outrossim, o que recorda SERPA LOPES nesta elucidativa passagem de seu notável **Curso de Direito Civil**: "Entretanto, com o passar dos tempos, com as transformações econômicas, sobretudo a partir da Guerra de 1914, esse conceito de liberdade individual ficou debilitado e não pode mais sobreviver com a amplitude, pelo menos, da época napoleônica. Já os juristas dos nossos tempos falam do fenômeno da 'publicização' do Direito Civil. M. FLOUR defende o ponto de vista de que, nesta evolução contemporânea do Direito Público sobre o Direito Privado, 'não há uma subordinação de natureza, de caráter permanente', senão '*un phénomène nouveau, le droit privé d'aujourd'hui se publicise*'".[34]

E, também, o que preleciona o saudoso e inesquecível Prof. CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, meu ilustre examinador no Concurso para Livre Docência em Direito Comercial da Faculdade de Direito da UERJ, juntamente com o emérito Prof. FRAN MARTINS: "Publicização, a influência absorvente do Estado e a necessidade de se instituírem, com mais segurança e amplitude, fórmulas cada vez mais dirigidas no sentido de realizar finalidade precípua do direito que se positiva e se afirma no propósito de garantir e proteger o bem-estar do indivíduo *in concreto,* cogitando da normação social em atenção ao bem do homem, geram a tendência à publicização da norma jurídica. Em consequência deste movimento acentua-se a restrição da liberdade individual, tomando corpo a estatização de numerosos serviços e intervindo o Estado em matérias que antes eram relegadas exclusivamente ao arbítrio de cada um. O direito de família tende ao direito público, em razão da relevância cada vez maior em que o organismo familiar é tido no ordenamento jurídico. O direito de propriedade sofre este impacto nas restrições que o proprietário encontra à utilização e à disponibilidade do bem. O contrato, antes expressão maior da autonomia da vontade, sofre interferências a benefício do economicamente inferior. O princípio da responsabilidade civil amplia-se na medida em que avulta o risco criado pelo desenvolvimento dos meios de produção, do maior aparelhamento técnico das indústrias e do aceleramento das vias de transporte. Por toda parte se desenvolve a tendência à instituição de princípios de ordem pública, substituindo as velhas normas que, a pretexto de assegurarem a liberdade humana, permitiam à atividade individual a faculdade de sacrificar ao seus exercícios a órbita pessoal de outros indivíduos."[35]

Em verdade, a bipartição do direito em público e privado tem sido, com apoio em diferentes fundamentos, profligada por autores de escol, que a reputam sem base científica e, anote-se, por

33 *Apud,* EDUARDO ESPÍNOLA, ob. e vol. cits., p. 66.

34 Ob. e vol. cits., p. 29, nº 6.

35 "Instituições de Direito Civil", **Introdução ao Direito Civil**, Forense, 21ª ed., p. 18.

oportuno, muito maior é ainda a divergência quanto ao critério delimitativo, definidor das duas categorias, havendo, todavia, certo consenso quanto ao fato notório de que o direito privado encerra muitas matérias de direito público[36] e, outrossim, há quem sustente "que os estudos de direito público podem dispensar quase inteiramente o conhecimento de direito privado" (PLANIOL) e "que o direito público não é apenas a tutela do direito privado, como disse BACON, mas também a base sobre a qual o direito privado se desenvolve" [37] (FILOMUSI-GUELFI).

Por isso, a partir de meados do século XIX e durante o século XX, a doutrina foi compelida a atentar para as constantes e intermináveis mutações do direito civil e a cunhar as expressões "socialização ou proletarização do direito civil", "comercialização ou mercantilização do direito civil", "publicização do direito civil"[38] e, outrossim, a refletir sobre as transformações do direito mercantil, que culminaram em inúmeras referências sobre a "industrialização do direito comercial" e a "generalização do direito comercial".[39]

Agora, a meu ver, os doutos devem debruçar-se, com igual profundidade e espírito crítico, sobre o fenômeno da "publicização do direito comercial", cientes e conscientes da advertência de ESCARRA: "*La cuestión de la autonomia del Derecho mercantil toma ahora una orientación desatendida: no se trata ya de la automia del Derecho mercantil frente al Derecho civil, sino de la posible absorción del Derecho mercantil por el Derecho público*"[40] em decorrência, acrescento, das profundas modificações políticas, econômicas, jurídicas e sociais provocadas, nas últimas décadas, pelo neocapitalismo, em que o direito é um instrumento a serviço da consecução dos fins

36 EDUARDO ESPÍNOLA, em nota de rodapé, esclarece: "COSACK (loc. cit.) aponta o art. 87 do Cód. Civil alemão que encerra matéria de direito público. CROME refere-se ao art. 89, que se ocupa das pessoas jurídicas de direito público e aos arts. 407 e 411. SCHEEP escreveu uma monografia sobre o direito público no Cód. Civ. AL. (Das öffentliche Recht im R. G. B., 1899). *Vide* também DERNBURG – *Bürgerliches Recht,* vol. 1º, p. 50 e COGLIOLO (*loc. cit.*). Em sentido inverso, afirma DERNBURG (*loc. cit.*) que o direito público alemão se acha enxertado de elementos de direito privado. O Código Civil, além de diversas disposições de direito público, que foram eliminadas do Projeto Beviláqua, tem os art. 14 e 15, que foram conservados". (ob. e vol. cits., p. 60, nota 7)

37 *Apud* EDUARDO ESPÍNOLA, ob. e vol. cits., p. 65, nota 14.

38 A ponderação, sempre arguta, de GUSTAVO TEPEDINO a respeito da suposta absorção do direito privado pelo direito público merece séria reflexão. Ei-la: "As respostas de certa maneira poderão servir para que melhor se compreenda o exato significado dos adjetivos que vêm acompanhando, cada vez com maior frequência, o direito privado, tido, por inúmeras vozes, como socializado, publicizado, constitucionalizado, despatrimonializado. Tais designações estariam a significar, afinal, uma absorção do direito privado pelo direito público ou, muito ao contrário, indicariam tão somente uma reformulação conceitual dos institutos jurídicos — do direito privado e do direito público —, a exigir do intérprete redobrado esforço elaborativo para compreender o fenômeno?" (ob. cit., p. 2).

39 "Impondo-se como o instituto que, ao lado do trabalho, exerce hoje função predominante na experiência jurídica, a empresa renovou os quadros do Direito Comercial, emprestou-lhes maior significação no território do direito privado, esvaziou o capítulo civilístico dos direitos reais, amorteceu a contraposição do Direito Comercial ao Direito Civil e concorreu significativamente para a generalização das normas mercantis, determinando, numa palavra, a "virada histórica do Direito Comercial", na observação de ASQUINI. Reconheceu-se, em síntese, que o direito privado deve voltar-se para o trabalho e para a empresa, antes que para a propriedade, o instituto-chave ultrapassado." (ORLANDO GOMES, *in* ob. cit., p. 66, nº 3).

40 *Apud* AURÉLIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ, "*Código de Comercio y reforma de la Legislacion Mercantil*", *in* ***La Reforma de la Legislacion Mercantil***, Ed. Civitas, 1979, p. 51.

do Estado.

A propósito do tema, ORLANDO GOMES pontifica, com percuciência:

> Chegados a esta divisa, não será temerário concluir que esse economismo saturado de espírito comercial repercute nas formas jurídicas, superando as clássicas distinções morfológicas. Direito público e direito privado não mais se distinguem pelos critérios orgânico e teleológico. As técnicas utilizadas não são mais específicas e uma nova origem econômica desponta nos países de economia privada. Assim, não são apenas as formas que estão mudando, mas as próprias estruturas jurídicas e, notadamente, o espírito com que se aplicam as velhas regras, influenciado pelo novo sentido da crença na validade das leis sobrevivas à reorganização da sociedade em termos economistas.
>
> O novo modelo jurídico é, realmente, como observa FARJAT, a antítese do modelo jurídico liberal. Sua expressão dogmática, o direito econômico, considera-se autônomo ramo da árvore jurídica ou simples método de encarar e tratar com novo espírito filosófico relações dantes distribuídas por disciplinas de direito privado e de direito público justapostas. Do ponto de vista sociológico, as novas regras orientam o curso da atividade social dos indivíduos, sendo, pois, válidas não apenas porque figurem em leis.
>
> Estão penetradas, para encerrar, daquele difundido espírito mercantil que, no plano dogmático, se transferiu nas instituições civis, comercializando o direito privado, e, no plano pragmático, conquistou a vida civil, orientando a conduta das pessoas na sociedade de consumo que prefigurou.
>
> Se a um jurista fiel a seu juramento um voto se consente ao termo desta algaravia, é o de que o direito econômico venha a ser, a fim de se dignificar, um meio, um instrumento, uma técnica para ajudar o homem a se libertar da necessidade.[41]

Em consequência das imensas repercussões do dirigismo econômico e da intervenção do Estado na vida das pessoas e das empresas,[42] o Prof. ANTUNES VARELA foi instado a declarar que

41 Ob. cit., pp. 69/70.

42 Leia-se JOAQUÍN GARRIGUES, ob. e tomo cits., p. 35, V, que aborda a "manifestação do intervencionismo estatal na sociedade anônima", destacando que o Estado, "impulsionado por fins de política social", estabelece que os "obreros y empleados" participem dos lucros e por meio de seus representantes formem parte do conselho de administração com iguais direitos dos representantes do capital (...), fazendo entrar em crise um postulado clássico do Direito mercantil liberal". A propósito, confira-se também sobre o tema o estudo "Publicização e funcionalização do direito societário", de RODRIGO COSTENARO CAVALI, *in* **Revista de Direito Empresarial**, Ed. Juruá, coordenada por MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO e OKSANDRO GONÇALVES, nº 3, pp. 171 e segs.

"esse novo Estado militante, que faz valer suas prerrogativas" provocou o "estouro das muralhas que separavam o Direito Público do Direito Privado".

A proliferação de regras legais e regulamentares editadas por esse Estado intervencionista, para disciplinar, minuciosa, casuística e, por vezes, tautologicamente, a atividade empresária e a de todos os agentes que gravitam em torno da empresa, redundou no deslocamento do direito comercial do direito privado em direção ao direito público[43] e, outrossim, resultou em sua transformação em direito da economia,[44] no direito público, todavia, não se inserindo, nem por ele sendo absorvido, mas ficando em uma posição intermediária entre o direito público e o direito privado, por conseguinte, na categoria de um direito semipúblico com método, espírito e objeto próprios, distintos dos do direito civil e do vetusto direito comercial.

Destarte, é urgente e imprescindível a criação de um código que (a) retrate e abarque essa realidade, responda e atenda aos reclamos e anseios e necessidades de uma sociedade do conhecimento, da tecnologia da inovação, da informática, etc., e (b) seja um meio adequado e eficaz para mediar às relações entre produtores de bens e serviços, comerciantes e consumidores e, sobretudo, (c) venha a constituir-se em um conjunto sistemático e harmônico de princípios[45] e normas capaz de ordenar o mundo dos negócios resultante das irreversíveis mutações políticas, econômicas, jurídicas e sociais vividas pelo país desde 1850, data da promulgação do revogado Código Comercial, como se irá expor.

IV - Evolução histórica do direito comercial[46]

A – A opinião dos doutos

---

43 "Longe da verdade não estão, pois, quantos afirmam que o direito econômico constitui um desdobramento do direito comercial, o direito dos empresários, o direito da sociedade industrial. Nos países que já o codificaram, o Direito Comercial lhe foi incorporado e o Código Civil, conservado. E ninguém ignora hoje em dia que o direito econômico 'desmantelou' o Direito Civil. O ordenamento jurídico da empresa assume, por todas as razões expostas, um relevo que o ergue ao primeiro plano nesse desdobramento, por isso que ele absorve hoje a maior parte da atividade econômica, ultrapassando a velha contraposição entre direito comum e direito especial e superando o antigo enfoque que via na unificação simples inovação sistemática.
Não parou aí a expansão da empresa, nem a projeção de sua noção econômica jurídica, deslizou para o direito público; o Estado também é empresário" (ORLANDO GOMES, ob. cit., p. 68). Ver também JOAQUÍN GARRIGUES, ob. e tomo cits., p. 36, nº 2.

44 Não se trata de uma mudança pura e simples de denominação, mas de uma necessidade imperiosa, que retrate uma nova realidade, muitíssimo diferente daquela que deu origem, nas cidades medievais italianas, ao *ius mercatorium*, e que reflita a profunda e radical transformação, no que diz respeito à natureza, conteúdo e finalidades, do vetusto direito mercantil, do secular direito comercial, que, literalmente, significa *cum mercium*, isto é, "aproximar quem produz de quem consome", vale dizer, interpor-se entre produtores e consumidores, daí muitos consideram a atividade comercial como parasitária, pois não acrescentaria valor algum à coisa objeto da venda.

45 Sobre o tema, leia-se FÁBIO ULHOA COELHO, **Princípios do Direito Comercial**, Ed. Saravia, 2012, 1ª ed., pp. 26 e segs.

46 Sobre o tema, leia-se CÁSSICO CAVALI, **Direito Comercial, passado, presente e futuro**, Ed. Elsevier, 2012; PAULA A. FORGIONI, **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro**, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada.

Eminentes mestres do direito comercial, nacionais e estrangeiros, de ontem e de hoje, a quem devoto profundo respeito e merecida admiração, dividem a história do direito comercial em Antiguidade,[47] Idade Média e Idade Moderna.

"Portanto, no fundo há apenas uma única regra de direito e sempre a mesma: 'cooperar para a solidariedade social'."

De minha parte, divido-a em Era das Corporações dos Comerciantes, Era da Codificação das Leis e Era da Publicização do Direito Comercial.

B - Era das Corporações dos Comerciantes: da Idade Média à Revolução Francesa

Com a queda do Império Romano, sob o influxo das ideias do cristianismo e do florescimento de mercados e feiras de produtos, surgiram as corporações de classes, e, nas corporações, formou-se o direito comercial a partir dos usos e costumes e dos estatutos, decorrentes (a) das decisões dos pretores, sob a inspiração da equidade, (b) das opiniões dos comerciantes idosos e (c) das assembleias gerais dos comerciantes.

O direito comercial, então chamado subjetivista, porque fundado na figura do comerciante, era de âmbito local, corporativo, profissional, especial e autônomo em relação ao direito civil, e, frise-se, tinha como característica básica a liberdade individual.

A partir da metade do século XV, com o mercantilismo como doutrina econômica e o absolutismo monárquico como doutrina política, o poder central toma o lugar dos feudos e passa a compilar o direito comercial, constituído pelos estatutos das corporações e pelos usos e costumes do comércio, sob a forma de ordenanças.

São inúmeras as ordenanças na França de Luiz XIV e seu poderoso ministro COLBERT; na Espanha, no reinado dos reis católicos Fernando e Isabel; na Itália, Portugal, Alemanha e demais nações, pois nessa fase surge a ideia de nação como organismo econômico e vetora de políticas nacionais e não mais locais ou regionais, permanecendo, todavia, como princípio fundamental do ordenamento jurídico a liberdade individual do comerciante.

C - Era da Codificação das Leis: da Revolução Francesa ao neoliberalismo[48]

A Era da Codificação das Leis tem início com a Revolução Francesa,[49] a extinção dos privilégios de classes, a proibição do funcionamento das corporações e a promulgação do Código Comercial francês de 1807 de caráter objetivista, quando o direito comercial deixa de ser o di-

47 A propósito da inexistência do direito comercial em Roma, leia-se "*Por qué Roma ignoró la separación del Derecho Civil y el mercantil*", de JOSÉ DE BENITO MAMPEL, *in* ***Estudios de Derecho Mercantil enhomenaje a Rodrigo Uría***, Madrid, Ed. Civitas, 1978, p. 32.

48 PAULO BONAVIDES, **Do Estado Liberal ao Estado Social**, Ed. Forense, 4ª ed.

49 A propósito da "influência deste período histórico e dos valores do liberalismo nas relações contratuais", GUSTAVO TEPEDINO recomenda a leitura de N. IRTI, ***L`età della decodificazione***, Milão, Giuffrè, 1976, p. 9, e sobre "o ambiente cultural, político e filosófico que antecedeu o **Código Napoleão**", G. TARELLO, ***Le ideologie della codificazione nel secolo XIX***, Genova, ECIG (ob. cit., p. 3, nota 1).

reito dos comerciantes e passa a ser direito dos atos de comércio, sendo certo que, se, na Era das Corporações dos Comerciantes, houve a compilação, a consolidação do direito comercial das corporações, na Era da Codificação das Leis deu-se a sistematização dos usos e costumes, dos estatutos e das ordenanças**,** sob a inspiração do liberalismo como doutrina econômica e dos princípios fundamentais de liberdade e igualdade da Revolução Francesa como doutrina política, que redundaram, no campo jurídico, nos dogmas da autonomia da vontade, do consensualismo e da força obrigatória dos contratos, subsistindo a liberdade individual do comerciante como mola propulsora da atividade mercantil.

Ocorre, todavia, que, com o tempo, houve a "mercantilização do direito civil"; a "generalização do direito comercial"; a intervenção do Estado no domínio econômico; o fim da Guerra Fria e a decepção com as ideologias socialistas; o aparecimento de novas potências no cenário mundial; a aceleração da globalização e a "internacionalização dos interesses dos grupos transnacionais, aliás cada vez mais difusos, não mais se concentrando em setores estratégicos e de alta tecnologia, mas estendendo-se a outros setores como alimentação, vestuário e entretenimento"; a "mundialização das marcas"; a vertiginosa, incessante e irrefreável "transferências de capital e de conhecimento"; "a democratização da informação"; "a aceleração do processo histórico", enfim, "tudo o que gira em torno de uma nova etapa do Capitalismo na primeira metade do século XXI, que MANUEL CASTELLS chamou de "Capitalismo Informacional",[50] impõe uma nova visão, uma nova leitura, um novo enfoque, um novo paradigma e exige profunda pesquisa e alentado estudo do que denomino de "publicização do direito comercial", a partir da "teoria do direito social" de LÉON DUGUIT.

SIMONE GOYARD-FABRE sintetiza, de forma brilhante, no primoroso livro **Os fundamentos da ordem jurídica**, a lição de DUGUIT: "Com essa rejeição das 'doutrinas democráticas', que, desde a Constituição de 1791, inspiram o direito político moderno, DUGUIT não pretende retornar às teorias teocráticas", também elas "metafísicas", portanto "anticientíficas": é indubitável que "há um fundamento puramente humano da regra jurídica". Mas o grande erro dos teóricos do direito moderno reside, diz ele, no individualismo liberal que converteram em seu axioma de base: trata-se de uma afirmação *a priori*, pois "o homem natural, isolado, que nasce livre e independente dos outros homens e com direitos e constituídos por essa liberdade (...) é uma abstração sem realidade (…). O homem nasce membro de uma coletividade; sempre viveu em sociedade e só pode viver em sociedade". Portanto, se "o ponto inicial de toda doutrina sobre o fundamento do direito deve ser o homem natural, este não é o ser isolado e livre das filosofias do século XVII: é o indivíduo considerado em seus vínculos da solidariedade social".

Assim, o Estado é "o produto de uma evolução social". "O que se deve portanto afirmar não é que os homens nascem livres e com direitos iguais, mas que nascem membros de uma coletividade e por isso submetidos a todas as obrigações que a manutenção e o desenvolvimento da vida coletiva implicam".

A doutrina que DUGUIT elabora, influenciado pela sociologia de A. COMTE e de E.

50 Cf. HERÓDOTO BARBEIRO, introdução à edição brasileira do livro **O Relatório da Cia**, Ediouro, 1ª ed., pp. 11 a 35.

DURKHEIM, "funda o direito no caráter social e nas obrigações sociais do homem", aliás, denomina-a teoria do direito social. Explica que, sob a influência conjunta dos sentimentos de socialidade e de justiça, o homem tem consciência de que uma regra é essencial para a manutenção da solidariedade social e que "é justo sancioná-la". A lei social é, portanto, uma primeira e irrefutável verdade. Em consequência são as "normas sociais", isto é, os hábitos gravados na vida do grupo, que se transformam em "normas jurídicas". As regras "normativas" da comunidade possuem um caráter de espontaneidade e cabe ao Estado, pura e simplesmente, integrá-las num ordenamento de conjunto que lhes confira suficiente tecnicidade para que se tornem aplicáveis e as garanta contra os riscos, sempre possíveis, da instabilidade social, por um sistema de coação e de sanção: assim, de "normativas" elas se tornam "construtivas" e asseguram a "realização da norma".

Nesse esquema, DUGUIT insiste no fato de que o caráter "construído" da regra jurídica não reflete o voluntarismo ou o decisionismo do poder do Estado; é antes o aval com que os poderes públicos consagram um estado de fato ou, simplesmente, um "fato social". As regras "construtivas" do direito extraem sua dimensão prescritiva e obrigatória tão somente da forma espontânea das regras "normativas" do grupo social. Portanto, não há "separação absoluta", "muro intransponível", como se tende a pensar, entre o direito público e o direito privado. Isso só teria sentido se o Estado criasse o direito; ora, o fundamento do direito é o fato da solidariedade espontânea do grupo. Portanto, no fundo há penas uma única regra de direito e sempre a mesma: "cooperar para a solidariedade social".[51]

D - Era da Publicização do Direito Comercial: de 1938 aos nossos dias

Em 1938, às vésperas da 2ª Grande Guerra, surge o neoliberalismo, cujos fundamentos científicos foram expostos, em 1946, por JACQUES RUEFT, no livro ***L'orde social***, doutrina econômica que provocou, e continua a provocar até hoje, sobretudo nos países emergentes, profundas mudanças na forma de encarar, reagir e disciplinar os fatos, situações e fenômenos que se multiplicam no mundo atual, e, "a partir de 1970, o capitalismo informacional, que se consolidou na primeira década do século XXI",[52] com profundo impacto em todos os setores da atividade humana, em especial no campo do direito, quando o interesse particular, privado, egoístico do homem, que prevaleceu durante o liberalismo, cede lugar e espaço ao interesse social, ao interesse coletivo, ao interesse público, na linha da doutrina de LÉON DUGUIT, que "funda o direito no caráter social e nas obrigações sociais do homem", consoante a sua "teoria do direito social".

Essa nova Era é marcada pela intervenção contínua, crescente e ininterrupta do Estado no domínio econômico, pela universalização do conhecimento, da tecnologia e da informação, pela mundialização de marcas, produtos e serviços em um mundo sem fronteiras e pela função social do direito.

Esses novos fatos, que geraram novos institutos, reclamam uma nova disciplina jurídica, radicalmente diferente da que tínhamos na Era das Corporações dos Comerciantes e na Era da Codificação das Leis, em que era plena, completa, total, a liberdade de contratar e soberanos os

51 SIMONE GOYARD-FABRE, ob. cit., pp. 154/155.

52 HERÓDOTO BARBEIRO, ob. cit., p. 25.

princípios da autonomia da vontade, do consensualismo e da força obrigatória dos contratos.

Nessa nova Era, na área política, o Estado passa a tutelar o indivíduo e a dirigir a economia; na área econômica, a liberdade de contratar foi substituída pela forte presença do Estado, inclusive como empresário; na área jurídica, deu-se a superação do individualismo, que floresceu no mercantilismo, agigantou-se no liberalismo e, no neoliberalismo e no "capitalismo informacional", deu lugar à ordem social do Estado, pois o indivíduo deixa de ser um fim e se transforma em ser social e os direitos privados passam a ter uma função social, daí a função social da propriedade privada e a função social da empresa, tudo desaguando no que se denominou "a ordem pública da economia", e, em consequência, na limitação da liberdade individual.

Esta é a Era em que vivemos e, para bem entendê-la, é mister invocar a doutrina de THOMAS SAMUEL KUHN, professor de Harvard e filósofo da ciência, que, após longa e exaustiva pesquisa, demonstrou que a ciência, qualquer ciência, portanto as ciências culturais, como o Direito, não evoluem através de lentos e contínuos aperfeiçoamentos e correções de erros, mas através de revoluções, representadas por mudanças de paradigmas, de mudanças dos elementos essenciais da ciência em um determinado momento, em virtude de o paradigma anterior, até então aceito e aclamado,[53] não atender mais às necessidades e aos reclamos da sociedade, da política e da economia.

À vista desses fatos e fenômenos, o paradigma do direito comercial foi profundamente alterado e fez surgir um direito comercial absolutamente diferente do direito comercial conhecido e estudado ao longo de mais de mil anos, eis que, como demonstrado: (a) o direito comercial, para muitos, foi absorvido pelo direito público; (b) para outros, tornou-se um direito semipúblico; (c) "na hora atual, as concepções sociais tendem a alargar o império do Estado: intervém por toda parte, implantando a justiça social, resultando daí a extensão do domínio do direito público em detrimento do direito privado" (JULLIOT DE LA MORANDIÉRE); (d) "o direito privado hoje se publiciza" (M. FLOUR); (e) enfim, "no propósito de garantir e proteger o bem-estar do indivíduo *in concreto*, cogitando da normação social em atenção ao bem do homem, 'surge' a tendência à publicização da norma jurídica" (CAIO MÁRIO), "senão a possível absorção do direito mercantil pelo direito público" (ESCARRA), eis que o "direito público e direito privado não mais se distinguem pelos critérios orgânicos e teleológico" (ORLANDO GOMES), fazendo, destarte, desmoronar o "muro intransponível" que os separava (DUGUIT).

Por força das especialíssimas características desta nova Era, em que:

---

53 O direito comercial sempre foi considerado um "direito corporativo", um "direito profissional", um "direito de classe", situação, a meu ver, *d.v.*, incompatível com os dias atuais. A respeito do direito comercial como "direito profissional", MESSINEO deixou patente, fazendo eco da opinião pacífica da doutrina universal: "A razão essencial da conservação reside na circunstância de não se ter abolido (e não se poderia fazê-lo) o caráter peculiar do direito comercial, que é ser um direito de categoria, isto é, um direito profissional. Só abstraindo da profissionalidade do exercício da atividade econômica, faltaria a relevância jurídica. Além disso, segundo o art. 2.195, do Código Civil, a atividade comercial e a empresa comercial constituem um centro lógico, em torno do qual se coordenam todas as normas que, direta ou indiretamente, se referem à atividade comercial e industrial", *apud* EDUARDO ESPÍNOLA, ob. e vol. citados., p. 68, nota 23.

(a) o direito é subordinado aos imperativos da economia;

(b) a lei comercial deixa de fundar-se na ideia de justiça e passa a ser considerada por sua eficácia técnica, sem prejuízo dos princípios da certeza e segurança jurídicas;[54]

(c) a regra de direito deixa de ser abstrata e geral e passa a ter uma função meramente instrumental e a visar a um fim determinado de caráter político, econômico ou social;

(d) há a primazia do dirigismo contratual com base no direito da economia e não nas tradicionais regras do direito privado;

(e) a tradição deve ceder lugar ao progresso e a estabilidade, à mudança;

(f) a propriedade tornou-se uma "concha vazia" no dizer KARL RENNER;

(g) a dogmática do direito envelheceu e se desacreditou, eis que o mundo não parou no século XIX, apesar da tradição romana ter sido renovada pela ciência alemã há mais de cem anos, sou de opinião que, ao realizar uma revisão da legislação comercial em vigor, apenas e tão somente reunindo algumas matérias em um código, ao invés de empreender uma profunda e radical reforma**,** inspirada em novos paradigmas, o Projeto de Código Comercial, em discussão na Câmara dos Deputados, não atende, *data maxima venia*, às necessidades e aos anseios da sociedade brasileira, o que obriga os operadores do direito, em especial os dedicados ao direito comercial, a lutar por mudanças inovadoras de forma e de fundo no Projeto, compatíveis com o fato incontestável de que estamos vivendo a "Era da 'Publicização do Direito Comercial'".

54 A respeito dos princípios da certeza, segurança e justiça, leia-se GUSTAV RADBRUCH, **Filosofia do Direito**, Coimbra, Ed. A. amado, 1979, 6ª ed., p. 159, § 9º.

SUMÁRIO

A VALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR RELATIVA À OBRIGAÇÃO PRINCIPAL

MARIA PROENÇA MARINHO
Advogada e Pós-Graduada em Direito Civil-Constitucional pela UERJ

Resumo Analítico

O presente artigo visa analisar a discussão a respeito da validade das cláusulas de não indenizar relativas à obrigação principal, sob a perspectiva funcional. Após apontar, de forma breve, algumas noções iniciais sobre as cláusulas limitativas e excludentes do dever de indenizar, se apresentará a discussão a respeito da validade das cláusulas de não indenizar relativas à obrigação principal ou aos elementos essenciais do contrato, propondo-se uma reformulação na abordagem do tema, adotando-se a concepção de causa enquanto função econômico-individual do contrato.

Palavras-chave

Responsabilidade Civil. Cláusula de não Indenizar. Limitação e Exclusão do Dever de Indenizar. Causa.

Abstract

This article aims at analyzing, under a functional perspective, the discussion involving the validity of exemption or limitation of liability clauses when they relate to the main obligation. After addressing, in a summarized manner, initial notions regarding exemption or limitation of liability clauses, the article shall study the discussion regarding the validity of these clauses relating to the main obligation or to the essential elements of the agreement, in order to propose a reformulation of the approach to the matter, adopting the notion of cause as the economic-individual function of the contract.

Keywords

Civil Liability. Exemption or Limitation of Liabilities Clauses. Limitation or Exclusion of the Duty to Indemnify. Cause.

Súmario

1. Introdução – 2. As cláusulas de não indenizar – 3. A validade da cláusula de não indenizar relativa à obrigação principal – 4. A causa enquanto função econômico-individual do contrato – 5. A cláusula de não indenizar e a causa do contrato – 6. Conclusão.

1. Introdução

As cláusulas de não indenizar surgiram – enquanto instituto moderno – e tiveram seu uso proliferado durante o século XIX, período marcado por forte lógica liberal e individualista, sendo, nesse momento, objeto de pouco controle legal, o que, aliás, se coaduna com a sua faceta de verdadeira "expressão da autonomia privada".[1] Essa lógica, porém, se alterou ao longo do tempo,

1 MONTEIRO, Antonio Pinto. **Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil**. Coimbra:

tendo o tratamento do instituto sofrido fortes modificações à luz das novas diretrizes do direito contemporâneo e, em especial, a partir de uma releitura segundo a metodologia do direito civil-constitucional.

No momento atual, marcado por incertezas sociais e jurídicas, é significativa a relevância prática de um instituto que pode ser utilizado como mecanismo de redistribuição ou minoração dos prejuízos e, portanto, dos riscos envolvidos em um contrato.[2] Por outro lado, percebe-se a necessidade de um maior controle sobre essas convenções, de modo a coibir abusos, razão pela qual não é suficiente a mera expressão de autonomia privada como justificativa para a sua tutela.

Embora a melhor forma de controle da utilização abusiva da cláusula de não indenizar seja uma aplicação rígida de seus requisitos de validade, ainda hoje há relevante indefinição na doutrina a respeito do tema. Tal circunstância gera certo grau de incerteza no momento da aplicação prática do instituto, em razão de não se ter a medida dos reais efeitos e dos limites da validade das cláusulas de não indenizar.

Tais incertezas são indiscutivelmente prejudiciais ao uso do instituto. Afinal, "justiça é um conceito que em sua concretude não se aparta da segurança jurídica".[3]

Um exemplo disso é a discussão que gira em torno da validade das cláusulas que limitam ou excluem o dever de indenizar em relação à obrigação principal ou aos elementos essenciais do contrato. Se, por um lado, a corrente majoritária na doutrina pátria entende pela invalidade dessas cláusulas, por outro, há uma corrente que vem ganhando força ao sustentar a sua admissibilidade, desde que outras formas de tutela do direito em questão estejam disponíveis.

Sucede que, por vezes, os conceitos de obrigação principal ou de elementos essenciais não são suficientes para solucionar a questão no caso concreto, surgindo controvérsia não apenas a respeito da admissibilidade da cláusula, mas também – e talvez mais frequentemente – sobre quais seriam as obrigações efetivamente abarcadas pela referida proibição (caso se entenda que ela exista).

É nessa esteira que se vislumbra a possibilidade de se alterar a abordagem da questão que é posta, passando-se a indagando-se acerca da admissibilidade das cláusulas de não indenizar em relação à causa – compreendida como função econômico-individual do contrato[4] –, e não à obrigação principal ou aos elementos essenciais do contrato.

O que se propõe através deste artigo não é uma solução para a questão que é posta, mas sim

---

Almedina, 2003 (reimpressão), pp. 70-71.

2 PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 44.

3 FACHIN, Luiz Edson. "O corpo do registro no registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação". **Revista Brasileira de Direito Civil**, vol. 1, jul.-set. 2014, p. 37.

4 PERLINGIERI, Pietro. ***Manuale di diritto civile***. 2ª Ed., Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 362.

que se olhe a discussão a partir de um novo ângulo para, a partir dessa construção, se buscar debater a validade dessas convenções.

"(…) enquanto a maior parte da doutrina clássica trata de obrigação principal, hoje há uma corrente mais moderna que fala em obrigações essenciais do contrato."

Desse modo, após uma breve apresentação do instituto em si, será exposta a discussão a respeito da validade da cláusula de não indenizar em relação à obrigação principal e, em sequencia, serão feitas sucintas notas a respeito da tortuosa definição de causa. Ao final, após se adotar o conceito de causa como função econômico-individual do contrato, este será relacionado com a discussão a respeito da validade das cláusulas de não indenizar, de modo a se propor uma nova construção da questão posta.

2. As cláusulas de não indenizar

As cláusulas limitativas e excludentes do dever de indenizar, por não serem objeto de disciplina legislativa específica no ordenamento jurídico brasileiro, tiveram sua definição estabelecida pela doutrina como "convenções pelas quais as partes, em certos termos, previamente à ocorrência de um dano, excluem o dever de indenizar ou estabelecem limites, fixos ou variáveis, ao valor da indenização".[5]

Trata-se de uma exceção à regra da reparação integral vigente no ordenamento jurídico pátrio,[6] que, nas relações entre particulares, distribui o risco dos prejuízos ao causador do dano, conforme estabelece o artigo 927 do Código Civil.[7] Mais especificamente, na relação contratual, tem-se que em caso de descumprimento da obrigação, seja ela derivada de lei ou prevista contratualmente, nasce o dever de reparação integral dos danos causados em decorrência de tal ato.[8]

Não há dúvida de que a responsabilidade civil "é, nas sociedades civilizadas, um princípio base de coexistência social",[9] e que a regra da reparação integral conduz a uma "organização empresarial mais perfeita" e a "um melhor aproveitamento dos recursos produtivos", já que cria estímulos para o cumprimento do que foi pactuado.[10]

Não obstante, no âmbito de contratos paritários, é admitido às partes afastar tal regra geral e

5 FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de Exoneração e Limitação de Responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 112-113.

6 AVELAR, Letícia Marquez de. **A Cláusula de não Indenizar**. São Paulo: Juruá, 2012, p. 49.

7 BRASIL, Código Civil. Art. 927. "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

8 PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar**. *Op. cit.*, p. 41.

9 PERDIGÃO, José de Azeredo. "O princípio da Autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade civil: noções gerais". **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 6, 1946, p. 42.

10 PRATA, Ana. **Cláusula de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 420.

convencionar a limitação ou mesmo a exclusão do dever de indenizar em caso de descumprimento de determinada obrigação,[11] sendo relevante observar que "no caso da exclusão de responsabilidade temos verdadeira exceção ao princípio da reparação integral do dano (…), enquanto a limitação do valor da indenização apenas atenua esse princípio".[12]

Mas além de admissíveis, tais convenções vem sendo amplamente utilizadas em contratos empresariais e comerciais, desde a sua proliferação, durante o Século XIX, até os dias atuais. Essa popularidade talvez se dê em razão de tratar-se de valioso instrumento de negociação entre as partes, vez que a sua inclusão em um contrato não apenas garante maior segurança e previsibilidade à relação contratual, como pode afetar o próprio equilíbrio do pacto.[13]

De fato, através da utilização dessas convenções se possibilita a redistribuição ou minoração dos prejuízos e, portanto, dos riscos envolvidos no contrato, uma vez que com as cláusulas excludentes do dever de indenizar se opera a "transferência integral do risco contratual do devedor para o credor, enquanto a cláusula de limitação poderia ser compreendida como distribuição ou compartilhamento dos riscos entre as partes".[14]

Essa função, evidentemente, é de grande valia para as partes, podendo até mesmo viabilizar a celebração de um contrato que, sem a limitação do dever de indenizar, seria demasiado arriscado para uma das partes. É por isso que se entende que as cláusulas limitativas do dever de indenizar podem "servir de verdadeiro instrumento de fomento da economia, viabilizando a atividade produtiva".[15]

Verifica-se, assim, a indiscutível utilidade das cláusulas de não indenizar como ferramenta de adequação do equilíbrio contratual, possibilitando oportunidades negociais, através da limitação das contingências envolvidas. O emprego dessas convenções pode diminuir os custos ou, até mesmo, impactar o preço do negócio, já que a ele não será incorporado "o custo da contingência conectada a um evento que poderá ou não ocorrer".[16]

Não obstante a utilidade do instrumento, existe, atualmente, uma clara tendência no sentido de se "restringir, consideravelmente, neste campo, a liberdade contratual, submetendo as cláusulas de irresponsabilidade a um apertado controlo",[17] o que se empreende justamente através de uma

---

11 PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar**. *Op. cit.*, p. 42.

12 FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de Exoneração e Limitação de Responsabilidade**. *Op. cit.*, p. 116.

13 PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar**. *Op. cit.*, p. 44.

14 FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de Exoneração e Limitação de Responsabilidade**. *Op. cit.*, p. 117.

15 *Ibid*.

16 *Id.*, p. 96. Confira-se, também, MONTEIRO, Antonio Pinto. **Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil**. *Op. cit.*, p. 72.

17 MONTEIRO, Antonio Pinto. **Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil**. *Op. cit.*,

rígida imposição dos requisitos de validade aplicáveis às referidas convenções.

Embora ainda existam inúmeras discussões a esse respeito, já é possível identificar os principais parâmetros que devem ser analisados no momento de se verificar, no caso concreto, a validade de determinada cláusula de não indenizar: (i) a manutenção do equilíbrio econômico do contrato; (ii) a inexistência de contrariedade à norma cogente ou norma de ordem pública; e (iii) a inexistência de dolo ou culpa grave do agente; e (iv) que a cláusula de não indenizar não se refira à obrigação principal do contrato.

Esse último ponto, por sua enorme aplicabilidade prática e pela ausência de solução acadêmica para as infindáveis discussões a seu respeito, será objeto dos próximos itens.

3. A validade da cláusula de não indenizar relativa à obrigação principal

Ainda hoje é tortuosa na doutrina e jurisprudência pátria a discussão a respeito da validade no ordenamento jurídico brasileiro das cláusulas que limitem ou exonerem o dever de indenizar em relação a uma obrigação essencial ou principal. A própria forma de se colocar a questão, como se verá adiante, é também discutível. Com efeito, enquanto a maior parte da doutrina clássica trata de obrigação principal, hoje há uma corrente mais moderna que fala em obrigações essenciais do contrato.[18]

De uma forma ou de outra, permanece a discussão, sendo possível afirmar que o entendimento atualmente majoritário é o de que seriam vedadas as cláusulas de não indenizar que tratem de obrigações principais do contrato, de modo que só seria possível limitar ou exonerar o dever de indenizar no que diz respeito a obrigações laterais.[19] O principal fundamento para tal posição está no argumento de que tal cláusula seria abusiva, tendo em vista que "faria com que o contratante, por ela beneficiado, somente cumprisse sua principal obrigação se quisesse (haveria desrespeito à proibição das condições puramente potestativas - art. 115, *in fine*, do CC brasileiro)".[20]

Outro argumento para sustentar a invalidade dessas convenções – o qual é pouco utilizado no Brasil, sendo mais representativo na França[21] – é aquele de acordo com o qual o grau de culpa deve ser valorado com base na gravidade do prejuízo causado, de modo que um inadimplemento relacionado à obrigação principal do contrato seria necessariamente marcado por culpa grave e, portanto, a convenção seria inválida,[22] Nessa linha, entende-se que "se estiver em causa uma

---

pp. 106-76.

18 AVELAR, Letícia Marquez de. **A Cláusula de não Indenizar**. *Op. cit.*, p. 214.

19 Nesse sentido, confira-se, exemplificativamente, VENOSA, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 60.

20 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. "Cláusula cruzada de não indenizar (*cross-waiver of liability*), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes – renúncia ao direito de indenização – promessa de fato de terceiro – estipulação em favor de terceiro". **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. Vol. 4, Outubro/2010, p. 565.

21 CHABAS, François. ***Leçons de Droit Civil*** – *Tome II, Vol. I*. 9ª ed., Paris: Montchrestien, 1998, p. 764.

22 PRATA, Ana. **Cláusula de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual**. *Op. cit.*, p. 300.

obrigação principal – por ter tal natureza em função da economia do contrato ou por o credor lhe atribuir especial importância – sempre a culpa será grave".[23]

Atualmente, porém, há corrente que vem se consolidando no sentido de que, *a priori*, as cláusulas de não indenizar em relação a obrigações essenciais seriam válidas, desde que existam outros meios jurídicos para tutelar o direito do contratante:

> (...) não é sempre que se deve rechaçar a cláusula de não indenizar que se refira a obrigação essencial do contrato, mas apenas naqueles casos em que, retirada do credor a possibilidade de receber indenização, nenhum outro instrumento de utilidade prática lhe reste para se proteger das consequencias do inadimplemento do devedor.[24]

Nesse ponto, é importante abrir um breve parêntese para se relembrar a diferença entre a cláusula de não indenizar e aquela que limita o escopo do contrato em si. Enquanto, na primeira, as partes excluem apenas o dever de indenizar, mantendo intacta a obrigação original; na segunda, se suprime do contrato determinadas obrigações, as quais, evidentemente, não serão exigíveis, justamente por não terem sido assumidas pelo contratante.[25]

Tal distinção fica bastante clara ao se analisar um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que se discute a responsabilidade de uma instituição financeira pelo furto de barras de ouro de propriedade da autora que se encontravam em um cofre localizado na agência bancária do réu.[26] Alega a autora a invalidade da cláusula de não indenizar contida no contrato, bem como de aditivo contratual que limitou o objeto do contrato ao impedir o uso do cofre para guarda de dinheiro, joias e outros objetos de valor.

Nesse sentido, entendeu o Tribunal que, em tese, seria inválida a cláusula que exonerava o devedor do seu dever de indenizar em caso de descumprimento do dever de guarda em relação a quaisquer objetos depositados, por se tratar a guarda de elemento essencial do contrato de locação de cofre, de cuja responsabilidade o devedor não poderia se eximir, sob pena de descaracterização do contrato. Todavia, considerando que, no caso concreto, foi excluída a possibilidade de uso do cofre para guarda de valores, o banco simplesmente não assumiu qualquer obrigação em relação à guarda específica desses objetos:

> Não seria demais relembrar que obrigação é sempre um dever jurídico originário, advindo da lei ou do contrato, ao passo que responsabilidade

---

23 *Ibid*.

24 AVELAR, Letícia Marquez de. **A Cláusula de não Indenizar**. *Op. cit.*, p. 215.

25 MONTEIRO, Antonio Pinto. **Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil**. *Op. cit.*, p. 117.

26 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 0006790-74.1995.8.19.0000. Relator: Desembargador SERGIO CAVALIERI FILHO. Rio de Janeiro, 08 de agosto de 1995. Publicação em 02 de outubro de 1995. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ ConsultaProcesso.aspx?N=199500103029>. Acesso em: 30 de maio de 2009.

> é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro. (...) Doutrina e jurisprudência, e em muitos casos a própria lei, já proclamaram a ineficácia da cláusula de não indenizar quando, ao pretender afastar as consequências normais da inexecução de uma obrigação, desnatura o contrato, tornando inócua a própria essência da obrigação assumida. (...) Bem diferente é a cláusula limitativa de uso do cofre, pois ela, como já assinalado, apenas limita as obrigações assumidas pelo locador, de acordo com o milenar princípio de que ninguém pode ser coagido a assumir maior obrigação do que deseja.

Desse modo, concluíram os julgadores pela validade da cláusula de limitação de uso, pois o banco teria o direito de "estabelecer livremente os serviços que desejava prestar e os limites dos riscos que se dispunha a assumir",[27] não podendo ele, porém, se eximir do dever de guarda dos objetos que concordou em manter em seu cofre.

Verifica-se, assim, a clara diferença entre os institutos, pois, ao contrário do que ocorre na hipótese de limitação do escopo contratual, ao se prever uma cláusula de não indenizar, as partes não estarão afastando do contrato a obrigação em si, mas apenas excluindo ou limitando o dever de indenizar. Desse modo, tem-se que "a cláusula de exclusão *não* concede ao devedor, pois, a faculdade de não cumprir, destinando-se apenas a afastar a sua responsabilidade".[28]

Entende-se, aliás, que, caso o devedor decida não cumprir sua obrigação, tratar-se-á de hipótese diversa, em que a cláusula de não indenizar será considerada inválida em razão de dolo do agente que "sabendo que não terá ou terá parcialmente, que indenizar quem sofre o dano decorrente de seu inadimplemento opta simplesmente por não cumprir sua obrigação".[29]

O principal fundamento para essa tese é o de que existem outros meios de tutela do direito disponíveis ao credor, excluindo-se ou limitando-se apenas o dever de indenizar. Cite-se, por exemplo, a possibilidade de execução específica das obrigações de fazer e não fazer. De fato, nos termos do Código de Processo Civil, é essa a forma de tutela que deve ser priorizada, sendo convertida a obrigação em perdas e danos, apenas a pedido expresso do autor ou caso a tutela específica se torne impossível.[30]

Nesse aspecto, poderá o juiz se valer de diversas formas de coagir o devedor ao cumprimento de sua obrigação, do que é exemplo a aplicação de *astreintes,* multa pecuniária, amplamente utilizada no direito brasileiro, a qual não possui natureza indenizatória e, portanto, não é afetada pela

---

27 *Ibid*.

28 MONTEIRO, Antonio Pinto. **Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil**. *Op. cit.*, p. 187; grifo no original.

29 PEREIRA, Vinicius. **Cláusula de não indenizar: entre riscos e equilíbrio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, pp. 53-54.

30 BRASIL, **Código de Processo Civil**. Art. 497. "Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente".

cláusula de não indenizar.[31]

"(…) vale esclarecer que embora muitas vezes se confundam, os elementos essenciais do contrato não são sinônimo de obrigação principal ou objeto do contrato."

Também pode o credor simplesmente resolver o contrato ou se valer da exceção do contrato não cumprido, desobrigando-se dos encargos assumidos e exigindo a restituição da sua prestação. Conforme leciona Rosado, diante do inadimplemento, tem o credor o direito "além de libertar-se de sua obrigação e de receber em restituição a prestação já cumprida, de ser indenizad[o] por perdas e danos",[32] de modo que, havendo cláusula de não indenizar, excluir-se-á das opções disponíveis ao credor apenas aquela referente à indenização.

Essa hipótese se verifica claramente em contratos de compra e venda ou de entrega de coisa. Exemplo clássico é o da compra e venda de ações, quando o vendedor se recusa a assinar o livro da companhia, deixando, assim, de efetivar o negócio celebrado.[33] Porém, o credor disporá de diversos meios de assegurar o cumprimento da referida obrigação, como a execução específica e imposição de multa, ou poderá até resolver a avença, caso seja essa sua preferência.[34]

Assim, entende PERES que, em casos como esse, a inclusão da cláusula de não indenizar no contrato, "não importa o desvirtuamento da essência da relação contratual, nem tampouco inviabiliza a consecução da função pretendida pelo contrato, uma vez que – vale frisar – há outros meios jurídicos para assegurar a tutela da situação jurídica do credor".[35]

Ocorre, todavia, que, por vezes, tais remédios não serão suficientes para tutelar o direito do credor, como, por exemplo, no caso descumprimento de obrigação personalíssima ou de obrigação que se torne inútil ao credor diante do inadimplemento,[36] hipóteses em que restará ao credor apenas a conversão em perdas e danos.[37]

---

31 "A multa não tem caráter compensatório, indenizatório ou sancionatório. Muito diferentemente, sua natureza jurídica repousa no caráter intimidatório, para conseguir, do próprio réu (executado), o específico comportamento (ou a abstenção) pretendido pelo autor (exequente) e determinado pelo magistrado. É, pois, medida coercitiva (cominatória)." (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 541)

32 AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Editora Aide, 2003, p. 266.

33 PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar**. *Op. cit.*, p. 184.

34 *Ibid*.

35 *Id.*, p. 185.

36 Como que ocorre no clássico exemplo de entrega do vestido de noiva um dia após a data do casamento.

37 BRASIL, **Código Civil**. Art. 395. "Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.
Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos".

Nessas hipóteses, verifica-se que a doutrina que sustenta a validade da cláusula de não indenizar em relação a obrigações essenciais quando disponíveis outros meios de tutela do direito do credor, ressalva a inadmissibilidade desse mesmo instituto caso tais artifícios não estejam disponíveis ou não sejam suficientes no caso concreto[38]. Nesse sentido, a explanação de PERES:

> Consideramos que não necessariamente serão nulas as cláusulas de não-indenizar que se refiram a obrigações principais de determinado contrato, mas apenas quando tais cláusulas acabem por desfigurá-lo, extraindo totalmente a eficácia da tutela jurídica e afetando a essência dos aspectos funcionais do contrato. Sugerimos, como critério objetivo para delimitar essa distinção, a aferição casuística da suficiência, ou não, dos demais instrumentos oferecidos pelo ordenamento para tutelar a posição do credor (...) e garantir a efetividade da avença contratual.[39]

FERNANDES critica esse posicionamento, por entender que se trata de critério insuficiente que não soluciona o problema, já que havendo outro meio de tutelar o direito do credor, "a cláusula de limitação do valor da indenização deixaria de ter qualquer relevância prática".[40] Nesse sentido, o autor se apoia na doutrina estrangeira a respeito da possibilidade de limitação do dever de indenizar em relação ao *fundamental breach* para sustentar a validade, pelo menos *a priori*, dessas cláusulas, entendendo ainda que a violação à obrigação essencial do contrato deve ser utilizada como critério de interpretação ao se analisar a validade da cláusula de não indenizar:

> No tocante à obrigação principal, nosso propósito foi demonstrar que, no Brasil não é possível inferir da lei tal restrição. Reconhecemos, no entanto, como se deu com a evolução da matéria nos países de tradição da *common law*, que a violação de obrigação essencial, que retire do negócio a sua função econômico-social, deve manter-se como critério relevante de interpretação. O caso concreto poderá ou não determinar a invalidade das cláusulas de limitação ou de exoneração de responsabilidade.[41]

É digna de nota a insegurança jurídica trazida por essas correntes. No primeiro caso, a oponibilidade da cláusula de não indenizar dependerá da existência de outros meios de tutela, de modo que, caso não sejam eles eficazes, ter-se-á a invalidação da cláusula como alternativa. No segundo, a utilização do fato de se tratar de obrigação essencial como critério de interpretação também traz incertezas e dependerá amplamente da análise a ser realizada no caso concreto.

Com efeito, são todas interessantes correntes, as quais não devem ser descartadas. Todavia,

---

38 AVELAR, Letícia Marquez de. **A Cláusula de não Indenizar**. *Op. cit.*, p. 219.

39 PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar**. *Op. cit.*, pp. 185-186. No mesmo sentido, PEREIRA, Vinicius. **Cláusula de não indenizar: entre riscos e equilíbrio**. *Op. cit.*, p. 59.

40 FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de Exoneração e Limitação de Responsabilidade**. *Op. cit.*, p. 263.

41 *Id.*, p. 265.

ainda é possível afirmar que é majoritária a doutrina e a jurisprudência que rejeita as cláusulas de não indenizar em relação às obrigações principais ou essenciais do contrato, justamente por entender que a sua admissão implicaria a desnaturação do contrato em si.[42]

Cumpre indagar, porém, se a adoção da corrente majoritária – considerando-se inválidas todas as cláusulas de não indenizar que versem sobre obrigação principal ou essencial – elimina a insegurança jurídica em relação ao tema.

Isso porque, mesmo que se adote o entendimento no sentido da sua invalidação, ter-se-á ainda a discussão a respeito de quais são as obrigações principais ou essenciais do contrato no caso concreto. Nesse sentido, vale esclarecer que embora muitas vezes se confundam, os elementos essenciais do contrato não são sinônimo de obrigação principal ou objeto do contrato.[43]

Com efeito, "obrigação principal é aquela indicada como objeto da prestação", de modo que "ao redor desta obrigação principal gravitam as outras [acessórias], que a complementam".[44] Porém, "uma cláusula aparentemente acessória pode ser, em concreto, o elemento individualizador da função daquele contrato".[45]

Assim, a doutrina mais moderna tende a priorizar a utilização do termo "elementos essenciais" ao invés de se limitar à obrigação principal:

> Portanto, na linha do que propusemos acima, não necessariamente serão nulas as cláusulas de não-indenizar que se refiram à obrigações principais de determinado contrato, mas apenas quando tais cláusulas acabem por desfigurá-lo, extraindo totalmente a eficácia da tutela jurídica e afetando a essência dos aspectos funcionais do contrato, uma vez que – vale frisar – há outros meios jurídicos para assegurar a tutela da situação jurídica do contrato.[46]

Essa distinção se torna extremamente importante ao se falar de contratos complexos ou de prestação continuada que não se resolvem através do cumprimento de uma simples obrigação principal. É evidente que, nesses casos, não é suficiente tratar de obrigação principal, todavia, conforme se verá adiante, é também discutível se o conceito de elementos essenciais é o mais correto para resolver a questão que se apresenta.

---

42 FACHIN, Luiz Edson. "A responsabilidade civil contratual e a interpretação da cláusula de não indenizar". *In*: FACHIN, Luiz Edson. **Soluções Práticas de Direito***,* vol. I. *Op. cit.*, p. 308.

43 MORAES, Maria Celina Bodin de. "A causa dos contratos". *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana – Estudos de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 304.

44 NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 143.

45 MORAES, Maria Celina Bodin de. "A causa dos contratos". *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana – Estudos de Direito Civil-Constitucional**. *Op. cit.*, p. 304.

46 PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar**. *Op. cit.*, p. 185.

4. A causa enquanto função econômico-individual do contrato

Para que se entenda exatamente o que implica a utilização do conceito de elementos essenciais do contrato, é primeiro preciso fazer uma breve digressão a respeito do conceito de causa no ordenamento brasileiro.[47] Não se pretende aqui, realizar um estudo compreensivo do tema, mesmo porque se trata de "uma das noções mais incertas do direito civil",[48] mas apenas pontuar alguns de seus aspectos para trazer subsídios à ideia de essência ou fim do contrato.

A causa ganha relevância no direito moderno ao ser positivada no Código Civil francês de 1804 como um dos elementos de validade das convenções.[49] Nesse momento, vislumbra-se a causa em sua concepção subjetivista, como o fim individualmente buscado por cada contratante.[50] A causa é verificada em relação à cada obrigação contida no contrato e não ao instrumento como um todo, de modo que nos contratos sinalagmáticos era compreendida como a contraprestação dada para cada obrigação específica.[51] Logo, para se chegar à causa fazia-se preciso verificar "o fundamento da obrigação contratual, a razão (interna) pela qual é contraída".[52]

Ocorre que tal conceito se confunde demasiadamente com os motivos internos dos contratantes: "ao remeter ao escopo que movimenta as partes, à razão psíquica que fundamenta a constituição da obrigação, a uma finalidade que se encontra na vontade, a subjetividade desta visão da causa ameaça a autonomia jurídica do instituto".[53] Nesse sentido, a concepção subjetivista da causa foi duramente criticada no Brasil, sendo considerada "pouco exata e pouco jurídica".[54]

Em vista dessas críticas e impulsionada pela vigência do Código Civil de 1942, a doutrina italiana desenvolveu teoria objetiva, segundo a qual a causa não está ligada ao motivo interno para

---

47 Embora o Código Civil brasileiro não trate da noção de causa, há relevante doutrina que defende a sua importância no ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, entende PONTES DE MIRANDA que a falta de menção à causa na legislação civil é "inoperante", tendo em vista a sua relevância para o sistema jurídico. De acordo com o autor, seria "algo de equivalente ao grito do professor de obstetrícia que se dirigisse às internadas: 'todos os recém-nascidos nasçam sem pernas'. Mas não nascem em milhões." (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, tomo III. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 100)

48 KONDER, Carlos Nelson. "Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial". **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 43, Julho/Setembro 2010, p. 36.

49 FRANÇA, Codigo Civil . Artigo 1131. "*L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet*".
Tradução livre: "Não gera qualquer efeito a obrigação sem causa, ou que contenha causa falsa ou causa ilícita".

50 KONDER, Carlos Nelson. "Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial". **Revista Trimestral de Direito Civil**. *Op. cit.*, p. 36.

51 *Id.*, p. 37.

52 MORAES, Maria Celina Bodin de. "A causa dos contratos". *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana – Estudos de Direito Civil-Constitucional**. *Op. cit.*, p. 298.

53 KONDER, Carlos Nelson. "Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial". **Revista Trimestral de Direito Civil**. *Op. cit.*, p. 41.

54 BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. 5ª ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1940, p. 160.

a assunção de uma obrigação, mas sim ao contrato de forma geral.[55] Na linha dessa corrente, a causa deve, portanto, ser entendida como "a função objetiva, a razão justificadora ou a finalidade prática que o contrato persegue".[56]

É nesse sentido, inclusive, que se afirma que a teoria objetiva da causa trouxe elementos importantes para a noção de funcionalização dos negócios jurídicos, já que se passou a tutelar o contrato a partir da verificação de cumprimento de sua função social, e não apenas por se tratar de expressão de vontade das partes.[57] Isso porque, de acordo com a concepção de EMILIO BETTI, a causa é "a função econômico-social do negócio, síntese de seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional".[58]

Segundo essa corrente, a causa é muito relevante para determinar o tipo do contrato, já que se entende que o negócio jurídico é qualificável de acordo com a função social que cumpre, a qual é comum a todos os negócios abarcados por aquele tipo contratual.[59] Assim, define-se a causa como síntese dos elementos essenciais do contrato:

> Um negócio concluído (em concreto) é qualificável, segundo esta doutrina, como negócio jurídico de um determinado tipo – por exemplo, compra e venda ou locação –, se cumpre a função econômico-social que caracteriza o tipo. Tal função, característica do tipo que se considera e que o direito protege, é, exatamente, a sua causa. Nesta medida, os elementos essenciais do tipo são elementos essenciais da causa: elementos constantes e invariáveis de cada negócio concreto que esteja (ou que possa estar) inserido naquele tipo e, portanto, indispensáveis à sua identificação. E isto de tal modo que a causa, sendo diferente para cada tipo de negócio serve para diferenciar um tipo do outro.[60]

Também esta concepção objetiva da causa foi objeto de críticas pela doutrina. Com efeito, PUGLIATTI a rechaçou sob o fundamento de que definir a causa como função social implicaria a sua "contaminação por elementos metajurídicos", de modo que propõe que seja ela compreendida como "função exclusivamente jurídica do negócio".[61]

---

55 COSTA, Judith Martins. "A Teoria da Causa em Perspectiva Comparativista: A Causa no Sistema Civil Francês e no Sistema Civil Brasileiro". **Revista Ajuris**, vol. 45, Porto Alegre, 1989, p. 234.

56 KONDER, Carlos Nelson. "Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial". **Revista Trimestral de Direito Civil**. *Op. cit.*, p. 44.

57 MORAES, Maria Celina Bodin de. "A causa dos contratos". *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana – Estudos de Direito Civil-Constitucional**. *Op. cit.*, p. 299.

58 KONDER, Carlos Nelson. "Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial". **Revista Trimestral de Direito Civil**. *Op. cit.*, p. 45.

59 MORAES, Maria Celina Bodin de. "A causa dos contratos". *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana – Estudos de Direito Civil-Constitucional**. *Op. cit.*, p. 300.

60 *Ibid*.

61 *Id.*, p. 303.

Nesse sentido, é importante atentar que a concepção de causa se dividiria em uma função abstrata, consistente nos efeitos mínimos essenciais para caracterizar um tipo de negócio – a qual é priorizada por PUGLIATTI –, e uma função concreta, a qual estaria ligada ao "efetivo regulamento de interesses criado pelas partes".[62]

Apesar da sua importância ao "retirar a causa de uma obscura consciência social e localizá-la dentro do ordenamento, priorizando o dado normativo",[63] a concepção de PUGLIATTI não passou sem críticas. De fato, assim como ocorreu com a teoria objetiva de BETTI, apontou-se a fragilidade de que essa corrente está demasiadamente ligada ao tipo. Assim, ao se descuidar dos elementos de cada contrato individual, a utilização apenas da causa abstrata estaria "deixando de fora tudo aquilo que excede as suas linhas mestras e que individualizam e especificam a operação perseguida, gerando o empobrecimento e enrijecimento da avaliação do contrato".[64] De acordo com FERRI, estar-se-ia deixando de tutelar elementos que embora sejam desimportantes para o tipo contratual, sejam essenciais em determinado negócio jurídico celebrado entre partes específicas.[65]

Foi nesse contexto que surgiu uma nova corrente, que defende a noção de causa enquanto função econômico-individual do contrato, segundo a qual é necessário ir além do tipo contratual genérico aplicável, analisando-se a "causa concreta" de um negócio jurídico específico, verificando-se os interesses relacionados àquela relação no caso concreto.[66] Nesse sentido, a explicação de KONDER, citando FERRI:

> A função econômico individual, sem se confundir com o escopo meramente subjetivo, esclarece que, sendo o negócio expressão de uma regra privada, sua causa é elemento que liga a operação econômica objetiva aos sujeitos que dele são autores e é "índice de como o regulamento negocial de interesses é expressão objetiva de tais finalidades subjetivas".[67]

Nessa linha, PERLINGIERI sustenta a inexistência de prioridade lógica entre interesses e efeitos, entendendo que a causa é um resultado do encontro entre os interesses concretos das partes e os efeitos essenciais do contrato.[68] Assim, defende o autor a concepção de causa como função econômico-individual, nos seguintes termos:

> *Si è preferito ravvisare nella causa la funzione economico-indviduale, indicando con tale espressione il valore e la portata che all'operazione nella sua globalità le parti stesse hanno dato, cioè il valore individuale che una determinata operazione negoziale, considerata nel suo concreto atteggiar-*

62 *Id.*, p. 304.

63 KONDER, Carlos Nelson. "Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial". **Revista Trimestral de Direito Civil**. *Op. cit*., p. 47.

64 *Id.*, p. 45.

65 *Id.*, p. 50.

66 *Id.*, p. 49.

67 *Id.*, p. 51.

68 PERLINGIERI, Pietro. ***Manuale di diritto civile***. *Op. cit.*, p. 362.

si, assume per le parti.[69]

Em exemplo dado pelo próprio professor italiano, é possível que as partes celebrem diversos contratos de compra e venda, os quais, apesar da identidade de tipo, tenham cada um, uma causa diversa.[70] Percebe-se, portanto, que deve se analisar a causa como "síntese dos interesses reais que o próprio contrato tende a realizar".[71]

(...) "é admissível a cláusula de não indenizar relativa a obrigações que integram a própria causa do contrato, concebida enquanto sua função econômico-individual?"

Vale, porém, uma ressalva no sentido de que não basta analisar apenas os motivos pessoais de cada parte para celebrar aquele negócio, sendo, ao revés, necessário "buscar uma concretude que se coloca em termos objetivos".[72] Assim, conclui-se que, embora a externalização dos interesses das partes seja um dado relevante, assim também o é "qualquer outro dado que dê dimensão objetiva ao interesse invocado pela parte e a relevância que este tem para a posição contratual dela própria".[73]

Apesar de suas fragilidades e da subjetividade inerente à sua aplicação, entende-se que a concepção da causa enquanto função econômico-individual é a que melhor auxilia o aplicador do direito ao utilizar o instituto no caso concreto. Isso porque, ao unir elementos das teses subjetivas e objetivas e, ao mesmo passo, passar ao largo das críticas aplicáveis à concepção objetiva, o posicionamento sugerido por PERLINGIERI "equilibra liberdade e segurança, flexibilidade e rigor científico",[74] possibilitando ao intérprete atentar para as particularidades de cada caso concreto.

5. A cláusula de não indenizar e a causa do contrato

A partir do estudo acima, percebe-se que a doutrina que afirma que a cláusula de não indenizar será inválida caso afete os elementos essenciais do contrato, está, em última análise, adotando o conceito objetivo de causa em que se identifica o instituto como função social do contrato. Nesse sentido, confira-se o entendimento de AVELAR que, apesar de mencionar necessidade de se buscar uma causa concreta dos contratos, sustenta o seguinte:

> É esse o ponto, então, que esclarece a problemática da cláusula que pretenda afastar ou mitigar o dever de indenizar que se refere a obrigação

69 PERLINGIERI, Pietro. ***Manuale di diritto civile***. *Op. cit.*, p. 361. Tradução livre: Prefere-se a causa como a função econômica-individual, indicando com esta expressão o valor e a capacidade que as próprias partes tenham dado à operação em sua globalidade, isto é, o valor individual que uma determinada operação negocial assume para as partes, considerando-se a sua concreta manifestação.

70 *Id.*, pp. 361-362.

71 KONDER, Carlos Nelson. "Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial". **Revista Trimestral de Direito Civil**. *Op. cit.*, p. 52.

72 *Id.*, p. 53.

73 *Id.*, p. 54.

74 *Id.*, p. 75.

> essencial do contrato: uma cláusula como tal não poderá ser admitida, pois o que a trona abusiva e faz com que o contrato deixe, assim, de cumprir sua função social; além, é claro, de ferir a boa-fé objetiva, porquanto não se entende coerente a conduta do contratante que, assumindo uma obrigação contratual da essência do negócio jurídico entabulado, isenta-se do dever de ressarcir o dano causado pelo seu incumprimento, deixando completamente desamparada a contraparte.[75]

Também PINTO MONTEIRO, ao falar das cláusulas que excluem certas obrigações do escopo do contrato – e não, portanto, de cláusulas de não indenizar – sustenta que "não poderão excluir-se do contrato obrigações que constituam *elementos essenciais* do negócio *típico ou nominado*", sob a justificativa de que "tais obrigações integram o dever principal de prestação, definem o tipo contratual, implicando o seu eventual afastamento uma total desfiguração do negócio".[76] Todavia, o doutrinador vai além, afirmando o seguinte:

> Maiores dificuldades poderão surgir, no entanto, quando as obrigações que se pretende afastar do contrato, não fazendo parte dos elementos essenciais definidores do tipo negocial, se apresentam, em todo caso, como obrigações essenciais na economia do contrato, tendo em conta o escopo prosseguido pelas partes.
>
> Por outras palavras, pode acontecer que as obrigações excluídas, embora não afectem a *causa negotii*, obstem, contudo, de uma forma radical, à obtenção do resultado pretendido, por se tratar de obrigações essenciais ao fim contratual. Parece, também neste caso, impor-se a proibição de afastamento dessas obrigações, por razões de ordem pública contratual, *máxime* em contratos de adesão.[77]

Percebe-se, assim, uma clara confusão na doutrina em relação à utilização do conceito de causa e elementos essenciais. Conforme se viu acima, a versão original da teoria objetiva de causa traz uma evidente limitação: na tentativa de se desvincular da subjetividade, limitou-se o conceito de causa apenas aos elementos essenciais de determinado tipo contratual e, assim, deixou-se de tutelar os interesses particulares das partes em determinado contrato.[78]

Apesar de seus indiscutíveis méritos, a aplicação prática de tal corrente demonstra as suas fragilidades, já que não se atentará a interesses e efeitos que, apesar de não serem essenciais para o tipo contratual, sejam de importância fundamental em determinada avença pactuada por particulares.

---

75 AVELAR, Letícia Marquez de. **A Cláusula de não Indenizar**. *Op. cit.*, p. 214.

76 MONTEIRO, Antonio Pinto. **Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil**. *Op. cit.*, p. 125; grifos no original.

77 *Id.*, p. 126.

78 KONDER, Carlos Nelson. "Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial". **Revista Trimestral de Direito Civil**. *Op. cit.*, p. 45.

Logo, revela-se que talvez seja mais coerente a utilização do conceito sugerido por PERLINGIERI, entendendo-se a causa como função econômico-individual do contrato. Nesse sentido, "ao ater-se à análise da causa apenas em concreto, [o conceito] também serve para desvinculá-la da indevida associação com o tipo, que descura da flexibilidade necessária à funcionalização do processo de interpretação e aplicação das normas do direito contratual".[79]

É importante ressaltar, porém, que, conforme se disse acima, tal corrente não propõe o retorno da teoria subjetiva da causa, sendo necessário, nas palavras de PERLINGIERI, que "o valor e a capacidade que as próprias partes tenham dado à operação em sua globalidade" sejam considerados "em sua concreta manifestação".[80]

A partir da adoção dessa tese, torna-se possível prestigiar o fim buscado pelas partes através de cada contrato, tutelando-o no caso concreto, mas verificando-se a existência dos referidos interesses com base em elementos objetivos.

Ou seja, sugere-se uma alteração na perspectiva sob a qual se discute a validade das cláusulas de não indenizar. Assim, se passaria a debater a admissibilidade da cláusula que exclua o dever de indenizar em relação à obrigação relativa à função econômico-individual do contrato, e não apenas aos motivos internos das partes ou aos elementos rígidos do tipo contratual celebrado. Tal mudança pode ter relevantes efeitos na aplicação ao caso concreto, conforme se extrairá de alguns exemplos a seguir.

O conhecido caso francês Chronopost[81] pode auxiliar na elucidação da questão. Trata-se de caso em que a sociedade Banchereau contratou os serviços da sociedade Chronopost para enviar, até o dia seguinte, documentação de inscrição em um concurso. Tendo em vista que o documento foi entregue após o fim do prazo para inscrição, a empresa ajuizou ação indenizatória por perda de uma chance em face da prestadora de serviço. Em sua defesa, a Chronopost alegou a previsão no contrato celebrado entre as partes de cláusula que limitava o seu dever de indenizar em caso de atraso ao reembolso do preço pago.

A Corte de Cassação francesa, aplicando a tese subjetiva da causa, entendeu que a cláusula de não indenizar deveria ser considerada como não escrita, pois privaria o contrato de sua causa. Nesse sentido, considerou-se relevante que a Chronopost divulgava amplamente a segurança e rapidez de seus serviços e que já havia realizado entregas de documentos com prazos importantes para a Banchereau, a qual confiava em seus serviços. Logo, diante da "confiança conquistada junto a outra parte, a obrigação de realizar a entrega no prazo se tornaria essencial, isto é, integrava a causa do contrato".[82] Nessa esteira, conclui-se que "*l'engagement du cliente serait privé de cause*

79 *Id*., p. 75.

80 PERLINGIERI, Pietro. ***Manuale di diritto civile***. *Op. cit.*, p. 361.

81 FRANÇA, Corte de Cassação. Apelação n. 93-18632. Société Banchereau v. Société Chronopost. Relator: M. Apollis. Paris, 22 de outubro de 1996. *Bulletin* 1996, IV, n° 261, p. 223.

82 KONDER, Carlos Nelson. "Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial". **Revista Trimestral de Direito Civil**. *Op. cit.*, p. 41.

parce que fait défaut l'objet essentiel de l'engagement de son cocontractant".[83]

A referida decisão foi amplamente criticada pela doutrina. De acordo com CHABAS, a decisão pecou ao confundir a cláusula limitativa do dever de indenizar, com limitação de escopo do contrato. Além disso, entendeu o doutrinador que naquele caso a referida cláusula não alterou em nada o conteúdo das obrigações contratuais, de modo que deveria ser considerada hígida, salvo caso houvesse dolo ou culpa grave no descumprimento.[84]

Já a doutrina brasileira, ao comentar o referido julgado, atentou para a tortuosa utilização do conceito subjetivo de causa, a qual se confunde com o motivo interno dos contratantes: "ao remeter ao escopo que movimenta as partes, à razão psíquica que fundamenta a constituição da obrigação, a uma finalidade que se encontra na vontade, a subjetividade desta visão da causa ameaça a autonomia jurídica do instituto"[85].

Cumpre indagar, porém, se a reação da doutrina seria a mesma caso existissem correspondências entre as partes indicando a importância do prazo, por se tratar de inscrição para concurso pela empresa. Ou seja, se o que preocupa e leva à insegurança jurídica não seria justamente a ausência de manifestações concretas do interesse buscado pela sociedade Banchereau. Afinal, foi a falta de dados concretos que levou o tribunal a realizar ilações a respeito de quais seriam os motivos internos para a contratação da Chronopost, sem, contudo, se basear em uma dimensão objetiva destes.

A mesma lógica se aplica, por exemplo, a contratos de construção de empreendimentos imobiliários. Diga-se que incorporadora e construtora celebraram contrato de construção de empreendimento com previsão de entrega em determinado prazo e também de cláusula limitativa do dever de indenizar em 10% do valor do contrato, em relação a todas as obrigações ali assumidas. Diga-se também que ambas as partes conhecem o fato de que a incorporadora escolheu a construtora, dentre outras concorrentes com preços mais acessíveis, justo porque ela apresentou a proposta com o menor prazo. Além disso, diga-se que a incorporadora tenha, com o conhecimento e anuência escrita da construtora, celebrado contratos de compra e venda das unidades do empreendimento com diversos consumidores, observando o prazo estabelecido para a entrega do projeto.

Nessa hipótese, parece ser possível considerar que, havendo manifestações concretas a respeito da importância do prazo, pode-se entender que ela integra a causa – enquanto função econômico-individual do contrato –, razão pela qual será inválida a cláusula de não indenizar em caso de atraso na entrega.[86]

---

83 CHABAS, François. ***Leçons de Droit Civil*** *– Tome II, vol I. Op. cit.*, p. 764. Tradução livre: o compromisso do cliente estaria privado de causa, em razão do descumprimento de elemento essencial do compromisso por sua contraparte.

84 *Ibid*.

85 KONDER, Carlos Nelson. "Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial". **Revista Trimestral de Direito Civil***. Op. cit.*, p. 41.

86 Assuma-se, para fins de argumentação, a tese majoritária no sentido de invalidade da cláusula de não indenizar que descaracterize a essência do contrato.

A questão se torna ainda mais difícil quando se fala em operações complexas ou aquelas envolvendo contratos coligados. Considere-se uma operação societária celebrada para viabilizar a alteração no controle de uma empresa. Considere-se, ainda, que o preço estabelecido pela alienação do controle foi pago no momento do fechamento da operação, mas que a efetiva transferência só ocorreria alguns anos depois, através da realização de um *put option* pela compradora. Considere-se, por fim que, antes da referida efetivação, a vendedora descumpra um acordo de voto contido no contrato e, utilizando-se de sua posição ainda majoritária, aprove incorporação de outra empresa, levando à diluição da participação da compradora, de modo que mesmo após a efetivação do *put option* ela não possua ações suficientes para ter a posição majoritária.

Parece ser razoável sustentar que, apesar de se tratar de obrigação acessória, o descumprimento do acordo de voto está ligado à causa do contrato, por resultar na ineficácia da troca de controle contratada. Logo, havendo cláusula limitativa do dever de indenizar, e assumindo-se, para argumentar, a sua inadmissibilidade nessas hipóteses, deveria ela ser considerada inválida, por dizer respeito à causa do contrato.

Como se vê, trata-se de questão tortuosa que não possui uma resposta evidente. Todavia, a utilização do conceito de causa enquanto função econômico-individual do contrato parece melhor auxiliar a solução do caso. Com a mera aplicação da teoria objetiva, o intérprete deveria se ater aos elementos essenciais do tipo contratual, o que evidentemente não é suficiente para estudar o caso em questão. Por outro lado, com a aplicação da teoria subjetiva, o julgador estaria livre para investigar os motivos determinantes que levaram à assinatura do contrato, levando a inegável insegurança jurídica.

Com efeito, independentemente da corrente que se adote em relação à validade das cláusulas de não indenizar, verifica-se o valor de se estudar a utilização do conceito de causa enquanto função econômico-individual do contrato para a solução das questões postas pela doutrina, por serem insuficientes os conceitos de obrigação principal ou de elementos essenciais.

É evidente que a referida tese tem suas fragilidades, como a subjetividade que necessariamente decorre da busca pelos "interesses reais" envolvidos. Todavia, de uma forma ou de outra, o que se cogita é uma alteração no escopo da discussão empreendida, de modo a, independentemente da solução que venha a ser indicada pela doutrina, melhor tutelar as situações jurídicas que envolvam cláusulas de não indenizar.

Logo, o que se sugere, na realidade, não é uma solução à discussão a respeito da admissibilidade das cláusulas de não indenizar, mas uma alteração na abordagem da questão em si: é admissível a cláusula de não indenizar relativa a obrigações que integram a própria causa do contrato, concebida enquanto sua função econômico-individual?

6. Conclusão

Com base no exposto, verifica-se que ainda hoje é viva na doutrina a discussão a respeito da validade das cláusulas que limitem ou exonerem o dever de indenizar em relação a uma obrigação essencial ou principal. A perpetuação de incertezas a respeito do tema é inegavelmente danosa,

uma vez que uma das funções da cláusula de não indenizar é justamente possibilitar a alocação de risco contratual, aumentado, por consequência, a previsibilidade dos contratos.

Percebe-se, ainda, certa confusão na doutrina que hesita ao, por vezes tratar de obrigação essencial e, por outras, falar em elementos essenciais, o que conduz à discussão no caso concreto de quais são as obrigações efetivamente abarcadas pela referida proibição – caso se entenda que ela existe, na forma da corrente majoritária indicada.

Assim, suscita-se a possibilidade de aplicação da noção de causa como função econômico-individual do contrato à discussão em tela. Ou seja, em vez de se questionar a validade das cláusulas de não indenizar em relação às obrigações principais ou aos elementos essenciais do contrato, pode-se perguntar se são válidas as cláusulas que exonerem ou limitem o dever de indenizar em relação a obrigações que estejam ligadas à causa, sendo esta concebida como a função econômico-individual do contrato.

Tal alteração, evidentemente, não tem o condão de resolver a discussão a respeito da admissibilidade das cláusulas de não indenizar, mas sim, trazer à baila uma nova forma de se vislumbrar a questão, de modo a contribuir para sua possível solução no futuro.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Editora Aide, 2003.

AVELAR, Letícia Marquez de. **A Cláusula de não Indenizar**. São Paulo: Juruá, 2012.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. "Cláusula cruzada de não indenizar (*cross-waiver of liability*), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes – renúncia ao direito de indenização – promessa de fato de terceiro – estipulação em favor de terceiro". **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, vol. 4, Outubro, 2010, pp. 561-569.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. 5ª ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1940.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHABAS, François. ***Leçons de Droit Civil*** *– Tome II, vol. I*. 9ª ed., Paris: Montchrestien, 1998.

COSTA, Judith Martins. "A Teoria da Causa em Perspectiva Comparativista: A Causa no Sistema Civil Francês e no Sistema Civil Brasileiro". **Revista Ajuris**, vol. 45, Porto Alegre, 1989, pp. 213-244.

FACHIN, Luiz Edson. "O corpo do registro no registro do corpo; mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação". **Revista Brasileira de Direito Civil**, vol. 1, Jul.-Set. 2014, pp. 36-60.

FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de Exoneração e Limitação de Responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013.

KONDER, Carlos Nelson. "Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial". **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 43, Julho/Setembro, 2010, pp. 33-75.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, tomo III. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MONTEIRO, Antonio Pinto. **Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão).

MORAES, Maria Celina Bodin de. "A causa dos contratos". *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana – Estudos de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 289-342.

NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

PERDIGÃO, José de Azeredo. "O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade civil: noções gerais". **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 6, 1946, pp. 25-63.

PEREIRA, Vinicius. **Cláusula de não indenizar: entre riscos e equilíbrio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PERES, Fábio Henrique. **Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. ***Manuale di diritto civile***. 2ª ed., Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

PRATA, Ana. **Cláusula de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual**. Coimbra: Almedina, 2005.

VENOSA, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 0006790-74.1995.8.19.0000. Relator: Desembargador SERGIO CAVALIERI FILHO. Rio de Janeiro, 08 de agosto de 1995. Publicação em 02 de outubro de 1995. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ ConsultaProcesso.aspx?N=199500103029>. Acesso em: 30 de maio 2009.

FRANÇA, Corte de Cassação. Apelação n. 93-18632. Société Banchereau v. Société Chronopost. Relator: M. Apollis. Paris, 22 de outubro de 1996. *Bulletin* 1996, IV, n° 261, p. 223.

SUMÁRIO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.552.913 - RJ (2008/0194533-2)

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE CONJUGAL. PARTILHA DE BENS. CPC/73, ART. 89, II. DEPÓSITO BANCÁRIO FORA DO PAÍS. POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO ACERCA DO BEM NA SEPARAÇÃO EM CURSO NO PAÍS. COMPETÊNCIA DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA.

1. Ainda que o princípio da soberania impeça qualquer ingerência do Poder Judiciário Brasileiro na efetivação de direitos relativos a bens localizados no exterior, nada impede que, em processo de dissolução de casamento em curso no país, se disponha sobre direitos patrimoniais decorrentes do regime de bens da sociedade conjugal aqui estabelecida, ainda que a decisão tenha reflexos sobre bens situados no exterior para efeitos da referida partilha.

2. Recurso especial parcialmente provido para declarar competente o órgão julgador e determinar o prosseguimento do feito.

ACORDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao Recurso Especial nº 1.552.913 – RJ, em que é Recorrente X, e Recorrido Y, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros ANTONIO CARLOS FERREIRA, MARCO BUZZI, LUIS FELIPE SALOMÃO e RAUL ARAÚJO votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Sustentaram oralmente Dr. Eduardo Valle de Menezes Cortes, pela parte Recorrente: X.

Sustentou oralmente Dra. Barbara Lupetti, pela parte recorrida: Y.

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

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI
Relatora

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Trata-se de recurso especial interposto de acórdão que recebeu a seguinte ementa (e-STJ f. 217):

FAMÍLIA. CASAL. INVENTÁRIO. COMPETÊNCIA. BEM MÓVEL SITUADO NO EXTERIOR.

1 - O ordenamento processual, como corolário do princípio da soberania de Estado e sem distinguir o motivo *causa mortis* ou extinção do vínculo matrimonial, estabelece a exclusividade da jurisdição brasileira para processar o inventário e a partilha de bem situado no país.

2 - Nesse aspecto, presente o mesmo princípio, o alcance da finalidade social da norma processual indica a ausência da jurisdição brasileira para processar o inventário e partilha de bem situado em outro país.

Alega-se ofensa aos arts. 88, 89, 471 e 535 do Código de Processo Civil; 85 do Código Civil, bem como dissídio.

Sustenta que "não poderia o v. acórdão decidir pela incompetência da justiça brasileira, certo ainda que essa proclamada incompetência decorreu da afronta ao artigo 85 do Código Civil" (e-STJ f. 247). Argumenta que não é correta a assertiva de que o bem a ser partilhado - dinheiro - "está situado nos Estados Unidos da América do Norte", pois se trata bem fungível e consumível, destina-

do a circular, pouco importando onde esteja depositado ou se foi consumido pelo réu.

Pretende a recorrente o crédito de metade do valor do dinheiro, que lhe cabe a título de meação.

Ressalta que a separação do casal foi requerida no Brasil pelo próprio ex-cônjuge, de forma que partilha dos bens decorrente da separação deve ser requerida e processada nos próprios autos, no juízo da execução, como efeito secundário da sentença, conforme já havia sido decidido em fase anterior pela mesma Câmara do Tribunal de origem prolatora do acórdão ora recorrido.

Argumenta que "o referido artigo 89, inciso II, da lei adjetiva civil encerra uma das hipóteses de competência da autoridade judiciária brasileira exclusiva. Mas a expressão 'inventário e partilha de bens' está relacionada apenas com a sucessão mortis causa, como ressalta da alusão, pouco adiante a 'autor da herança', sem vez alguma para o elastério emprestado pelo v. acórdão recorrido" (e-STJ f. 249).

Aduz que "na exata medida em que assentou a jurisprudência não ser exclusiva da autoridade judiciária brasileira a competência para o inventário e partilha de bens situados no Brasil em decorrência de separação judicial; não há porque cogitar-se de uma incompetência dessa mesma autoridade judiciária para processar o inventário e partilha de bem 'situado' no exterior embora tenha a separação judicial sido decretada no Brasil" (e-STJ f. 253).

Nesse sentido, invoca precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Corte Especial do STJ que homologaram sentenças estrangeiras de divórcio e separação judicial em que havia disposição a respeito da partilha de bens situados no Brasil.

Contrarrazões e-STJ a f. 275/280, pela manutenção do acórdão recorrido.

Parecer do Ministério Público Federal e-STJ f. 340/343, pelo provimento do agravo e do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora): A pretensão veiculada no recurso, a meu ver, merece acolhida.

Registro que a separação do casal foi decretada por autoridade judiciária brasileira e, em seguida, requerida a partilha de um único bem, a saber, U$ 208.357,00 depositados em instituição financeira nos Estados Unidos da América.

Em primeiro grau foi acolhido o pedido, para o fim de reconhecer o direito de crédito da recorrente à metade dos valores depositados no exterior, que deverão ser convertidos para o real levando-se em conta o câmbio da data da transferência, ou seja, o dia 05 de julho de 2001, corrigindo-se desde então o valor apurado pelos índices da Corregedoria Geral de Justiça, mais juros de mora do Código Civil a partir da citação.

Reformando a sentença, entendeu o Tribunal de origem que "embora se reconheça o direito oriundo do regime de bens do casamento - no caso a meação -, este Tribunal de Justiça afigura-se incompetente para processar o inventário e a partilha do dinheiro depositado em conta de banco situado em outro país" (e-STJ f. 218).

Entendeu a Corte local, a respeito do art. 89 do Código de Processo Civil de 1973, que "o ordenamento processual, como corolário do

princípio da soberania do Estado e sem distinguir o motivo *causa mortis* ou extinção do vínculo matrimonial, estabelece a exclusividade da jurisdição brasileira para processar o inventário e a partilha de bem situado no país" (e-STJ f. 218).

Assim dispunha a referida norma:

Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

(...)

II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

A jurisprudência deste Tribunal registra precedente, da relatoria do saudoso Ministro MENEZES DIREITO, acolhendo a tese esposada no recurso especial, a saber, de que a competência exclusiva prevista no art. 89, II, do CPC/73 aplica-se apenas ao inventário *causa mortis*.

Eis a ementa do REsp. nº 535.646/RJ:

Partilha de bens. Separação decretada na Espanha. Competência da Justiça brasileira para decidir a partilha de bens imóveis localizados no país. Ausência de necessidade de homologação de sentença estrangeira sobre o estado das pessoas. Art. 15, parágrafo único, da Lei de Introdução ao Código Civil.

1. Havendo nos autos, confirmado pelo acórdão, partilha de bens realizada em decorrência da separação, impõe-se o processo de homologação no Brasil, aplicando-se o art. 89, II, do Código de Processo Civil apenas em casos de partilha por sucessão *causa mortis*.

2. Não há necessidade de homologação de sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas (art. 15, parágrafo único, da Lei de Introdução ao Código Civil).

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp nº 535.646/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Terceira Turma, julgado em 08/11/2005, DJ 03/04/2006, p. 330)

Em razão da inaplicabilidade do art. 89, II, do CPC/73 à hipótese de partilha decorrente de separação ou divórcio, a Corte Especial, na linha do entendimento já consagrado no Supremo Tribunal, tem deferido a homologação de sentenças estrangeiras de partilha envolvendo bens situados no Brasil. Dentre outros, lembro o seguinte precedente:

Homologação de sentença estrangeira. Partilha de bens efetuada em Portugal. Divórcio já homologado pelo Supremo Tribunal Federal. Imóvel situado no Brasil. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

1. O fato de determinado imóvel estar localizado no Brasil não impede a homologação da sentença estrangeira de partilha quanto ao mesmo bem, não ofendido o art. 89, II, do Código de Processo Civil nos termos de reiterados precedentes do Supremo Tribunal Federal.

2. Hipótese em que, apesar da sentença estrangeira não fazer menção expressa à legislação brasileira, esta foi respeitada, tendo em vista que coube 50% dos bens para cada cônjuge.

3. Homologação deferida.

(SEC 878/PT, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Corte Especial, julgado em 18/05/2005, DJ 27/06/2005, p. 203)

Essa distinção não mais tem relevância no direito processual civil vigente, após a edição do CPC/2015, o qual passou a dispor expressamente competir à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra, "em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular

seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional" (art. 23, III).

Mesmo que se admita, todavia, na linha do entendimento do acórdão recorrido, incidente o revogado preceito do art. 89, II, do CPC/73 também na hipótese de partilha decorrente de dissolução do vínculo conjugal, observo que tal norma apenas dispunha sobre a exclusividade da jurisdição brasileira, e não sobre sua ausência de jurisdição, não permitindo extensão interpretativa para se afastar por completo a competência para processar partilha decorrente de separação decretada no Brasil, levando em conta a existência de bem situado em outro país.

Não se pode perder de vista que a regra do art. 89, II, do CPC/73 é de natureza processual e não deve ser interpretada de modo a impedir a realização do direito material interno disciplinador do regime de bens do casamento.

Como se verifica do acórdão do Supremo Tribunal no RE 99.230-RS, relator o Ministro RAFAEL MAYER (RTJ 110/762), o qual aplicou o referido dispositivo a partilha de bens causa mortis , o fundamento da regra de exclusividade da jurisdição do país onde se situam os bens a partilhar é a eficácia prática da sentença. A lição de HÉLIO TORNAGHI nele reproduzida esclarece:

"O foro da situação da coisa (*forum rei sitae)* pode considerar-se universalmente adotado. É norma consuetudinária, para o Direito Internacional Público e norma interna aceita nas legislações, para o Direito Internacional Privado. (...) A adoção do *forum rei sitae* decorre de razão de ordem prática, a da quase inutilidade do processo movido fora do país em que o imóvel esteja situado, pois a execução da sentença teria sempre de operar-se nele, após a necessária homologação. (...) Não seria possível a um Estado admitir a competência de outro para decidir das questões relativas a imóveis sem abrir mão da própria soberania. (...) O *situs rei* dentro do território nacional ou, melhor ainda, a circunstância de o imóvel ser território no Brasil leva à adoção da regra. (**Com. ao CPC.** H. TORNAGHI, vol I, p. 308, Com. ao art. 89 - ed RT 74)."

O magistério de PONTES DE MIRANDA, também invocado no acórdão no RE 99.230-RS, a despeito de reconhecer a competência do foro da situação do bem para a partilha *causa mortis*, afirma a possibilidade de que seja, pelo Juiz brasileiro, considerada a divisão feita no exterior, no escopo de que sejam examinadas as providências possíveis para preservar o direito à herança segundo o direito material aplicável:

"Se há bens situados no Brasil e bens situados no estrangeiro onde a lei brasileira tem de ser atendida, só os bens situados no Brasil é que são objeto do inventário e partilha no juízo brasileiro. (...) O juízo do inventário e partilha não deve, no Brasil, cogitar de imóveis sitos no estrangeiro, mas se lhe é apresentada partilha feita no estrangeiro, sem inclusão de bens situados no Brasil, pode ele examinar o que, no Brasil, melhor pode fazer para se respeitar a herança necessária ou apenas legítima e a sucessão testamentária" (*in* **Comentários ao CPC**, vol. II, Com. ao art. 89, II).

Nessa linha de compreensão, essa 4ª Turma, sob a relatoria do saudoso Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, assentou que a despeito da pluralidade de juízos de inventário, decorrente da regra do art. 89, II, do CPC/73, na partilha feita no Brasil deve ser considerado, para efeito de compensação, o valor dos bens partilhados no exterior, conforme entendimento sumariado na seguinte ementa:

DIREITOS INTERNACIONAL PRIVA-

DO E CIVIL. PARTILHA DE BENS. SEPARAÇÃO DE CASAL DOMICILIADO NO BRASIL. REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. APLICABILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO VIGENTE NA DATA DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO. COMUNICABILIDADE DE TODOS OS BENS PRESENTES E FUTUROS COM EXCEÇÃO DOS GRAVADOS COM INCOMUNICABILIDADE. BENS LOCALIZADOS NO BRASIL E NO LÍBANO. BENS NO ESTRANGEIRO HERDADOS PELA MULHER DE PESSOA DE NACIONALIDADE LIBANESA DOMICILIADA NO BRASIL. APLICABILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO DAS SUCESSÕES. INEXISTÊNCIA DE GRAVAME FORMAL INSTITUÍDO PELO *DE CUJUS*. DIREITO DO VARÃO À MEAÇÃO DOS BENS HERDADOS PELA ESPOSA NO LIBANO. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Tratando-se de casal domiciliado no Brasil, há que aplicar-se o direito brasileiro vigente na data da celebração do casamento, 11/07/1970, quanto ao regime de bens, nos termos do art. 7º- § 4º da Lei de Introdução.

II - O regime de bens do casamento em questão é o da comunhão universal de bens, com os contornos dados à época pela legislação nacional aplicável, segundo a qual, nos termos do art. 262 do Código Civil, importava "a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas", excetuando-se dessa universalidade, segundo o art. 263 - II e XI do mesmo Código "os bens doados ou legados com a cláusula de incomunicabilidade e os subrogados em seu lugar", bem como "os bens da herança necessária, a que se impuser a cláusula de incomunicabilidade".

III - Tratando-se da sucessão de pessoa de nacionalidade libanesa domiciliada no Brasil, aplica-se à espécie o art. 10, *caput,* da Lei de Introdução, segundo o qual "a sucessão por morte ou por ausência obedece à lei em que era domiciliado o defunto ou desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens".

IV - Não há incomunicabilidade dos bens da herança em tela, sendo certo que no Brasil os bens da herança somente comportam incomunicabilidade quando expressa e formalmente constituído esse gravame pelo *de cujus*, nos termos dos arts. 1.676, 1.677 e 1.723 do Código Civil, complementados por dispositivos constantes da Lei de Registros Públicos.

V - Não há como afastar o direito do recorrido à meação incidente sobre os bens herdados de sua mãe pela recorrente, na constância do casamento sob o regime da comunhão universal de bens, os que se encontram no Brasil e os localizados no Líbano, não ocorrendo a ofensa ao art. 263, do Código Civil, apontada pela recorrente, uma vez inexistente a incomunicabilidade dos bens herdados pela recorrente no Líbano.

VI - O art.89 - II, CPC, contém disposição aplicável à competência para o processamento do inventário e partilha, quando existentes bens localizados no Brasil e no estrangeiro, não conduzindo, todavia, à supressão do direito material garantido ao cônjuge pelo regime de comunhão universal de bens do casamento, especialmente porque não atingido esse regime na espécie por qualquer obstáculo da legislação sucessória aplicável.

VII - Impõe-se a conclusão de que a partilha seja realizada sobre os bens do casal existentes no Brasil, sem desprezar, no entanto, o valor dos bens localizados no Líbano, de maneira a operar a equalização das cotas patrimoniais, em obediência à legislação que rege a espécie, que não exclui da comunhão os bens localizados no Líbano e herdados pela recorrente, segundo as regras brasileiras de sucessão hereditária. (REsp. nº 275.985-SP, relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, DJe 13/10/2003)

Dessa forma, ainda que o princípio da soberania impeça qualquer ingerência do Poder Judiciário Brasileiro na efetivação de direitos

relativos a bens localizados no exterior, nada impede que, em processo de dissolução de casamento em curso no País, se disponha sobre direitos patrimoniais decorrentes do regime de bens da sociedade conjugal aqui estabelecida, ainda que a decisão tenha reflexos sobre bens situados no exterior para efeitos da referida partilha.

Caberá à parte, assim entendendo, promover a efetivação de seu direito material aqui reconhecido mediante os trâmites adequados conforme o direito internacional.

A respeito da matéria, esta Corte Superior já se pronunciou em situação análoga, perfeitamente aplicável ao presente caso. A saber:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. AÇÃO DE DIVÓRCIO. PARTILHA DE BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO E, APÓS, O CASAMENTO. BENS LOCALIZADOS NO EXTERIOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA PARA A DEFINIÇÃO DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES RELATIVOS AO DESFAZIMENTO DA INSTITUIÇÃO DA UNIÃO E DO CASAMENTO. OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA QUANTO À PARTILHA IGUALITÁRIA DE BENS SOB PENA DE DIVISÃO INJUSTA E CONTRÁRIA ÀS REGRAS DE DIREITO DE FAMÍLIA DO BRASIL. RECONHECIMENTO DA POSSIBILIDADE DE EQUALIZAÇÃO DOS BENS. PRECEDENTE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (REsp nº 1410958/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 22/04/2014, DJe 27/05/2014)

Por ocasião do mencionado julgamento, assim ficou registrado no voto condutor do acórdão:

A lei de introdução prevê obedecer, no art. 7º, § 4º, o regime de bens, legal ou convencional, "à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, a do primeiro domicílio conjugal".

E o art. 9º reconhece que para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

As duas regras conduzem à aplicação da legislação brasileira, estando diretamente voltadas ao direito material vigente para a definição da boa partilha dos bens entre os divorciantes.

Para o cumprimento desse mister, impõe-se ao magistrado, antes de tudo, a atenção ao direito material, que não excepciona bens existentes fora do Brasil, sejam eles móveis ou imóveis.

Se assim o fosse, para dificultar o reconhecimento de direito ao consorte ou vilipendiar o que disposto na lei brasileira atinente ao regime de bens, bastaria que os bens de raiz e outros de relevante valor fossem adquiridos fora das fronteiras nacionais, inviabilizando-se a aplicação da norma a determinar a distribuição equânime do patrimônio adquirido na constância da união.

O acórdão recorrido, tendo em conta a lei material brasileira estabelecer a necessidade de partilha igualitária entre os cônjuges, pois assim decorre do seu regime de bens, houve por bem equilibrar os patrimônios de acordo com o valor dos aquestos existentes no Brasil e fora dele, integrando-se bens móveis ou imóveis.

Não se sugeriu ou determinou violação do direito alienígena ou invasão de território estrangeiro para cumprimento da decisão. Tampouco a eventual eficacização da decisão judicial brasileira naquela nação mediante os meios próprios para tanto.

Determinou-se apenas que se deve levar em consideração os valores dos bens que lá

se apurarem quando do rateio do patrimônio, registrando-se, "na impossibilidade de entrega do bem, ou extinção do condomínio deste, basta a simples compensação de valores para equalização dos direitos, pagando, aquele que permanecer com o patrimônio, a diferença da meação daquele que deixar de receber bens em espécie ." A exegese respeita, expressamente, as normas de direito material acerca do regime de bens, assim como os arts. 7º e 9º da LICC, não revelando qualquer afronta ao art. 89 do CPC. O referido dispositivo legal disciplina a competência internacional exclusiva do Poder Judiciário brasileiro para dispor acerca de bens imóveis situados no Brasil e para proceder a inventário e partilha de bens (móveis e imóveis) situados no Brasil.

Dele se extrai que a decisão estrangeira que viesse a dispor sobre bens imóveis ou móveis (estes em sede de inventário e partilha) mostrar-se-ia ineficaz no Brasil.

(...)

O reconhecimento de direitos e obrigações relativos ao casamento, com apoio em normas de direito material a ordenar a divisão equalitária entre os cônjuges do patrimônio adquirido na constância da união não exige que os bens móveis e imóveis existentes fora do brasil sejam alcançados, pela Justiça Brasileira, a um dos contendores, apenas a consideração dos seus valores para fins da propalada equalização.

Assim, em tese, é possível, pois, que o Poder Judiciário Brasileiro reconheça direito decorrente de dissolução de sociedade conjugal relativo a bem do casal localizado no exterior, mesmo que sua eficácia executiva esteja limitada pela soberania.

No caso em exame, em que o bem cuja partilha se pretende é dinheiro, bem fungível e consumível, não tem relevância indagar em que local estará ele hoje depositado, ou mesmo se já foi consumido, pois o que se irá reconhecer em favor da recorrente, caso procedente seu pedido, é direito de crédito, a ser executado dentro das possibilidades do patrimônio do devedor no Brasil ou no exterior, de acordo com as regras vigentes no País onde se pretenda executar a sentença.

Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para anular o acórdão de apelação e reconhecer a competência do juízo, bem como para determinar o prosseguimento do feito, com a apreciação da apelação quanto aos demais aspectos.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO: Aqui não se discute a formação conjunta desse patrimônio. Essa questão não está debatida. Nenhuma parte alega que já tinha aquele recurso quando houve o casamento. Apenas que o dinheiro não existe. Mas ele não discute que o dinheiro não foi formado durante a união.

Por essa razão indago, se as partes não estão debatendo isso que estou indagando; ou seja, que essa poupança de duzentos e poucos mil dólares foi formada antes ou durante a união. Isso não é debatido.

Senhora Presidente, também, de minha parte, entendo que tivemos duas excelentes sustentações orais. Cumprimento os ilustres advogados, também a clareza e a profundidade do voto de Vossa Excelência.

Entendo que temos competência concorrente do Judiciário nacional com o estrangeiro para examinar causas desse tipo. E, assim como podemos homologar aqui sentença estrangeira que trate de matéria semelhante a esta, também a sentença que vier a ser proferida no Brasil, quanto a bens situados no estrangeiro, princi-

palmente bens que não sejam imóveis, poderá ser objeto de pedido de homologação no estrangeiro para garantia de maior eficácia à decisão nacional. Estou acompanhando Vossa Excelência.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.442.236 - RJ (2013/0274933-2)

EMENTA

RECURSOS ESPECIAIS - AÇÃO INDENIZATÓRIA - PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS EM VIRTUDE DA NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA DE MAMOPLASTIA, COM A COLOCAÇÃO DE PRÓTESES DE SILICONE, NÃO AUTORIZADA PELO PLANO DE SAÚDE, SOB A ALEGAÇÃO DE TRATAR-SE DE PROCEDIMENTO MERAMENTE ESTÉTICO – BENEFICIÁRIA PORTADORA DE OBESIDADE MÓRBIDA – INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE JULGARAM PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO VEICULADO NA DEMANDA, A FIM DE DETERMINAR O REEMBOLSO DAS DESPESAS EFETUADAS NOS LIMITES DO CONTRATO ENTABULADO ENTRE A USUÁRIA E A OPERADORA DO PLANO. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES.

Hipótese: Possibilidade de determinação jurisdicional de ressarcimento, nos limites do contrato, da quantia despendida com a realização de cirurgia plástica reparadora de mamoplastia, com a colocação de próteses de silicone, diante da recusa do plano de saúde em autorizar o referido procedimento, sob a alegação de ser meramente estético, mesmo tendo este sido expressamente indicado por médicos especialistas, após cirurgia bariátrica (redução de estômago), por ser a paciente portadora de obesidade mórbida.

1. Recurso Especial da ré. Violação aos artigos 104, 421, 425 e 884 do Código Civil de 2002.

1.1 A existência de cobertura contratual para a doença apresentada pelo usuário conduz, necessariamente, ao custeio do tratamento proposto pelos médicos especialistas, revelando-se abusiva qualquer cláusula limitativa do meio adequado ao restabelecimento da saúde e do bem-estar do consumidor. Precedentes.

1.2 Havendo expressa indicação médica, alusiva à necessidade da cirurgia reparadora, decorrente do quadro de obesidade mórbida da consumidora, não pode prevalecer a negativa de custeio da intervenção cirúrgica indicada - mamoplastia, inclusive com a colocação de próteses de silicone -, sob a alegação de estar abarcada por previsão contratual excludente ("de cobertura de tratamentos clínicos ou cirúrgicos, e próteses, meramente para fins estéticos "); pois, na hipótese, o referido procedimento deixa de ser meramente estético para constituir-se como terapêutico e indispensável.

Precedentes.

1.3 Nesse contexto, o instrumento pactuado em questão não exclui a cobertura da doença, muito menos o tratamento, motivo pelo qual a recusa em autorizar a realização da cirurgia, com o consequente reembolso das despesas, consubstancia-se em nítido descumprimento contratual.

2. Recursos Especial da autora.

2.1 Violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973. Ausência de quaisquer dos vícios elencados no artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973, pois o acórdão que julgou os primeiros embargos de declaração enfrentou a questão atinente à limitação do reembolso à previsão contratual de modo expresso e fundamentado, nos

limites em que lhe foi submetida.

2.2 Ofensa ao artigo 884 do Código Civil de 2002. A autora não pode receber, a título de indenização por dano material, mais do que teria recebido caso a operadora do plano de saúde tivesse autorizado a intervenção cirúrgica e, espontaneamente, pago as despesas para a sua realização, sob pena de caracterizar-se o seu enriquecimento sem causa, devendo-se respeitar os limites contratados.

3. Recursos especiais desprovidos, mantendo-se na íntegra o acórdão recorrido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de - RJ (2013/0274933-2) Recurso Especial nº 1.442.236, em que são Recorrentes X e Y e Recorridos os mesmos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2016. (Data do Julgamento).

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI
Presidente

MINISTRO MARCO BUZZI
Relator

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator): Cuida-se de recursos especiais, o primeiro interposto por Y, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, e o segundo oferecido por X, também fundado apenas na alínea "a" do permissivo constitucional, ambos contra aresto do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Na origem, X ajuizou ação indenizatória em face de Y visando à condenação da primeira ré, administradora do plano de saúde, ao pagamento de indenização por danos morais em virtude de sua recusa em autorizar a realização de cirurgia reparadora, o que teria causado sérios transtornos à parte autora, e da segunda ré ao reembolso da quantia despendida com a efetivação do referido procedimento cirúrgico, pois esta, de acordo com a regra do plano de saúde, é responsável pelo pagamento de 85% (oitenta e cinco por cento) das despesas médicas dos pacientes (f. 3/9, e-STJ).

Informa que ao tempo dos fatos era portadora de obesidade mórbida e, nesta condição, por determinação médica, foi submetida a uma cirurgia bariátrica (redução de estômago), razão pela qual emagreceu 40 (quarenta) quilos, e assim, diante da acentuada perda de peso, apresentaram-se sequelas de excesso de pele. Nesse contexto, procurou diversos médicos especialistas, inclusive um indicado pelas próprias rés, sendo que todos, sem exceção, atestaram a necessidade de realização de cirurgias reparadoras de dermolipectomia abdominal, para retirada de pele na região do abdômen, e de mamoplastia, com a colocação de próteses de silicone nos seios.

Aduz, ainda, que, em um primeiro momento, o plano de saúde não autorizou a realização de ambas as intervenções cirúrgicas, alegando tratar-se de procedimentos meramente estéticos, sem previsão de cobertura no contrato de assistência médica firmado entre as partes.

Destacou que, após muita insistência,

restou deferida apenas a cirurgia no abdômen, motivo pelo qual a autora viu-se na contingência de custear todas as despesas médicas de ambos os atos cirúrgicos, uma vez que seria até mesmo desumano exigir que a segurada inicialmente fosse submetida a apenas um ato operatório, com todos os seus traumas e sofrimentos, para depois, caso fosse do interesse e da concordância da seguradora, dar ensejo à segunda cirurgia. Mesmo porque, como de fato ocorreu, posteriormente a todo o sucedido, houve o reembolso exclusivamente das despesas referentes à dermolipectomia abdominal. Devidamente citadas, as rés apresentaram resposta em forma de contestação.

O magistrado singular, ao proferir a sentença acostada a f. 151/157, e-STJ, julgou parcialmente procedente o pedido veiculado na inicial, não reconhecendo a existência de danos morais e determinando o pagamento parcial dos danos materiais pleiteados, "pelos valores efetivamente pagos, e não pelos valores constantes da tabela que a 2ª ré pagaria ao conveniado, caso tivesse autorizado a cirurgia", porquanto houve o posterior e exclusivo reembolso das despesas relativas ao procedimento cirúrgico para a retirada de excesso de pele na região do abdômen.

Inconformadas, tanto a parte autora quanto a ré Y interpuseram recursos de apelação, sendo negado provimento ao apelo da autora e dado parcial provimento ao da ré, apenas para redução da verba honorária, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão assim ementado (f. 213, e-STJ):

Direito do consumidor. Plano de saúde. Cirurgia de redução do estômago seguida de elevada perda de peso. Posterior recomendação médica de realização de cirurgias plásticas de dermolipectomia para retirada de excesso de pele do abdômen e mamoplastia para implantação de próteses de silicone. Recusa parcial pela operadora. A jurisprudência que se forjou no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que as intervenções plásticas indicadas após ealização de cirurgia bariátrica possuem natureza reparatória e caráter acessório e complementar ao tratamento iniciado com a redução do estômago. Súmula nº 258 do TJRJ. Paciente que providencia o custeio de uma das cirurgias para realização simultânea das que lhe eram necessárias e deixa de comprovar tenham os fatos causado ofensa a sua dignidade. Mero inadimplemento contratual. Inocorrência de danos morais.

Súmula nº 75 do TJERJ. Precedentes. Sentença parcialmente reformada. Redução da verba honorária. 2º recurso parcialmente provido.

Opostos embargos de declaração pela requerida (f. 221/222, e-STJ), esses foram acolhidos, sem efeitos infringentes, "para que por ocasião da liquidação do julgado seja observada a previsão contratual quanto aos limites de pagamento de despesas em reembolso" (f. 235/240, e-STJ).

Em face desse acórdão, a requerente opôs embargos de declaração (f. 243/244, e-STJ), os quais restaram desacolhidos (f. 246/250, e-STJ).

Nas razões recursais do apelo extremo interposto pela ré Y (f. 255/264, e-STJ), essa aponta a existência de violação aos artigos 104, 421, 425 e 884 do Código Civil de 2002. Sustenta que o contrato entabulado entre as partes prevê expressamente a exclusão "de cobertura de tratamentos clínicos ou cirúrgicos, e próteses, meramente para fins estéticos " (f. 258, e-STJ), motivo pelo qual a negativa de reembolso dos valores relativos à realização da cirurgia plástica de mamoplastia (colocação de implante de próteses de silicone) mostra-se legítima.

Nessa linha, alega que o deferimento do

reembolso de despesas relativas a cirurgia eletiva não coberta pelo pacto firmado, ainda que dentro dos limites contratualmente estipulados, configura enriquecimento ilícito da parte adversa, considerando que "o prêmio pago pelo participante da Y para contratação do AMAP é calculado em estrita observância ao risco coberto". E aduz que a intervenção do Poder Judiciário, alterando as condições contratadas, configura violação ao *pacta sunt servanda* e ao princípio da autonomia privada.

Aponta, ainda, que "A referida exclusão encontra amparo na Lei nº 9.656/98 (ainda que aplicada por analogia), mais precisamente em seu art. 16, VI, que prevê a possibilidade de exclusão de determinados riscos dos contratos de seguro-saúde. Mais que isso, em seu art. 10, II, exclui das coberturas obrigatórias os procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim".

A autora, em suas razões de recurso especial (f. 272/281, e-STJ), afirma a existência de ofensa aos artigos 535, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973 e 884 do Código Civil de 2002. Sustenta, preliminarmente, a configuração de negativa de prestação jurisdicional, porquanto a Corte local teria deixado de se manifestar sobre a sua alegação, em sede de embargos de declaração, de que a limitação do reembolso das despesas realizadas configuraria inegável enriquecimento ilícito, na forma do art. 884 do Código Civil. No mérito, argumenta violação ao referido dispositivo, haja vista que "se o acórdão entende e reconhece que a negativa da cirurgia demonstrou-se indevida e, com isso, manteve a condenação do plano de saúde ao reembolso de todas as despesas que a Recorrente teve com a cirurgia, salta aos olhos que não pode existir uma limitação do dano material à tabela contratual do plano".

Contrarrazões a f. 293/300, 301/306 e 307/310, e-STJ.

Em juízo provisório de admissibilidade, a Corte de origem negou seguimento a ambos os recursos; interpostos os respectivos agravos (art. 544 do CPC/73), este signatário deles conheceu para determinar a autuação como recursos especiais (f. 362/363 e 364/365, e-STJ), a fim de melhor analisar a controvérsia.

É o relatório.

EMENTA

RECURSOS ESPECIAIS - AÇÃO INDENIZATÓRIA - PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS EM VIRTUDE DA NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA DE MAMOPLASTIA, COM A COLOCAÇÃO DE PRÓTESES DE SILICONE, NÃO AUTORIZADA PELO PLANO DE SAÚDE, SOB A ALEGAÇÃO DE TRATAR-SE DE PROCEDIMENTO MERAMENTE ESTÉTICO – BENEFICIÁRIA PORTADORA DE OBESIDADE MÓRBIDA – INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE JULGARAM PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO VEICULADO NA DEMANDA, A FIM DE DETERMINAR O REEMBOLSO DAS DESPESAS EFETUADAS NOS LIMITES DO CONTRATO ENTABULADO ENTRE A USUÁRIA E A OPERADORA DO PLANO. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES.

Hipótese: Possibilidade de determinação jurisdicional de ressarcimento, nos limites do contrato, da quantia despendida com a realização de cirurgia plástica reparadora de mamoplastia, com a colocação de próteses de silicone, diante da recusa do plano de saúde em autorizar o referido procedimento, sob a alegação de ser meramente estético, mesmo tendo

este sido expressamente indicado por médicos especialistas, após cirurgia bariátrica (redução de estômago), por ser a paciente portadora de obesidade mórbida.

1. Recurso Especial da ré. Violação aos artigos 104, 421, 425 e 884 do Código Civil de 2002.

1.1 A existência de cobertura contratual para a doença apresentada pelo usuário conduz, necessariamente, ao custeio do tratamento proposto pelos médicos especialistas, revelando-se abusiva qualquer cláusula limitativa do meio adequado ao restabelecimento da saúde e do bem-estar do consumidor. Precedentes.

1.2 Havendo expressa indicação médica, alusiva à necessidade da cirurgia reparadora, decorrente do quadro de obesidade mórbida da consumidora, não pode prevalecer a negativa de custeio da intervenção cirúrgica indicada - mamoplastia, inclusive com a colocação de próteses de silicone -, sob a alegação de estar abarcada por previsão contratual excludente ("de cobertura de tratamentos clínicos ou cirúrgicos, e próteses, meramente para fins estéticos"); pois, na hipótese, o referido procedimento deixa de ser meramente estético para constituir-se como terapêutico e indispensável. Precedentes.

1.3 Nesse contexto, o instrumento pactuado em questão não exclui a cobertura da doença, muito menos o tratamento, motivo pelo qual a recusa em autorizar a realização da cirurgia, com o consequente reembolso das despesas, consubstancia-se em nítido descumprimento contratual.

2. Recursos Especial da autora.

2.1 Violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973. Ausência de quaisquer dos vícios elencados no artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973, pois o acórdão que julgou os primeiros embargos de declaração enfrentou a questão atinente à limitação do reembolso à previsão contratual de modo expresso e fundamentado, nos limites em que lhe foi submetida.

2.2 Ofensa ao artigo 884 do Código Civil de 2002. A autora não pode receber, a título de indenização por dano material, mais do que teria recebido caso a operadora do plano de saúde tivesse autorizado a intervenção cirúrgica e, espontaneamente, pago as despesas para a sua realização, sob pena de caracterizar-se o seu enriquecimento sem causa, devendo-se respeitar os limites contratados.

3. Recursos especiais desprovidos, mantendo-se na íntegra o acórdão recorrido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator): Os presentes recursos merecem ser desprovidos, consoante a seguir exposto.

Destaca-se que a insurgência da autora veicula preliminar de negativa de prestação jurisdicional, a qual merece análise em primeiro plano. Em seguida serão apreciadas as razões veiculadas nos recursos especiais, relativas ao mérito: primeiramente as constantes no apelo da ré, após, as manejadas pela autora.

1. Violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973 (negativa de prestação jurisdicional)

1.1 Recurso da autora X.

É inocorrente a alegada negativa de prestação jurisdicional relativamente à tese acerca do enriquecimento ilícito da requerida, em virtude da limitação do reembolso da quantia despendida com a realização de cirurgias reparadoras ao previsto no contrato. Isso porque, não restam verificados quaisquer dos vícios elencados no artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973, apontado como malferido, haja vista que o acórdão que julgou os primeiros embargos de declaração enfrentou a questão de modo expresso e fundamentado, nos limites em que lhe foi submetida.

Vale transcrever trecho do referido *decisium* (f. 235/240, e-STJ):

[...] Tal se afirma porque ainda que assista razão à autora quanto a perseguir o reembolso de despesas efetuadas com a cirurgia, estes devem observar os limites previstos no contrato celebrado entre as partes. Neste sentido, no documento juntado pela autora a f. 35, consta advertência ao usuário do plano esclarecendo que as despesas mencionadas (reembolso) serão enquadradas pela Tabela do Convênio CIEFA-VAMB, para a modalidade de escolha dirigida, observando-se os procedimentos previstos na norma; o valor do reembolso das despesas médicas efetuadas, corresponderá ao menor valor entre 85% do valor do recibo apresentado e o valor obtido através do enquadramento do evento na Tabela do Convênio CIEFAS/AMB.

À conta do exposto, hei por bem votar no sentido do acolhimento dos embargos, sem efeitos infringentes, para que por ocasião da liquidação do julgado seja observada a previsão contratual quanto aos limites de pagamento de despesas em reembolso.

Desta forma, não cabe alegação de violação do artigo 535 do CPC/73, quando há apreciação da matéria sobre a qual se insurge a demandante no recurso especial de maneira fundamentada, apenas não se adotando a tese da insurgente. O que se vê, na verdade, é que as assertivas formuladas pela ora recorrente traduzem manifesto intuito infringente, motivo pelo qual não há falar em nulidade do acórdão recorrido por omissão ou contradição.

2. Mérito recursal

2.1 Recurso da ré Y: Violação aos artigos 104, 421, 425 e 884 do Código Civil de 2002.

No mérito recursal, defende a ré a legalidade da exclusão da cobertura do plano de saúde de cirurgia plástica de mamoplastia (com colocação de implante de próteses de silicone), por se tratar de procedimento cirúrgico para fins estéticos, conforme previsto no pacto firmado entre as partes. Nesse passo, alega que o provimento jurisdicional exarado pela Corte a quo configura enriquecimento ilícito da requerente e violação ao *pacta sunt servanda* e ao princípio da autonomia privada.

Inicialmente, ressalta-se que, nos termos da Súmula nº 469/STJ, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. Partindo-se dessa premissa, sobressai a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, ainda que admitida a possibilidade de o contrato de plano de saúde conter cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão, nos termos do § 4º do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor), revela-se abusivo o preceito excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico ou de internação hospitalar relativos a doença efetivamente coberta pelo contrato celebrado entre as partes.

A título ilustrativo, confira-se a ementa do seguinte precedente da Quarta Turma, em que restou assentada a abusividade da cláusula do plano de saúde que exclua o fornecimento de medicamento prescrito pelo médico responsável pelo tratamento do beneficiário:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITO MODIFICATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO DE QUIMIOTERAPIA. COBERTURA. NEGATIVA DE FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO. CLÁUSULA ABUSIVA.

(...)

3. Encontrando-se o entendimento do acórdão recorrido em consonância com a orientação desta Corte, no sentido de que, prevista a cobertura para o tratamento de quimioterapia, é abusiva a cláusula do contrato que

exclui o fornecimento de medicamento ministrado e prescrito pelo médico responsável pelo tratamento, aplica-se também o óbice da Súmula nº 83/STJ.

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento.

(EDcl no AREsp 10.044/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 16/04/2013, Dje 22/04/2013)

Nessa perspectiva, a existência de cobertura contratual para a doença apresentada pelo usuário do plano de saúde conduz, necessariamente, ao custeio do tratamento proposto pelos médicos especialistas, revelando-se abusiva qualquer cláusula limitativa do meio adequado ao restabelecimento da saúde e do bem-estar do consumidor.

Pois apenas o médico, que acompanha o paciente e, por isso, possui conhecimento de todos os aspectos do seu quadro clínico, tem capacidade de determinar a adequação do tratamento ao caso apresentado e de decidir sobre a necessidade ou não de procedimentos complementares, entre os quais se incluem cirurgias plásticas reparadoras.

Nesse contexto, é dever contratual da empresa de plano de saúde disponibilizar o necessário para o restabelecimento da saúde do paciente, pelo que não há falar em violação ao princípio da autonomia privada ou ao *pacta sunt servanda*, mas sim em aplicação do princípio da razoabilidade e da proteção ao consumidor, parte hipossuficiente da relação jurídica estabelecida.

Ademais, cuidando-se de típico contrato de adesão, é manifesta a fragilização do *pacta sunt servanda* , uma vez que o contrato, embora bilateral, possui margem mínima de discutibilidade por parte do aderente.

Nesse sentido, já decidiu esta Quarta Turma, em acórdão de minha relatoria, entre inúmeros outros, que "A jurisprudência do STJ tem entendimento firmado no sentido de ser abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, porque o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura." (AgRg no AREsp nº 734.111/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe de 03/02/2016).

Dessa forma, em suma, a operadora não pode se negar a arcar com os custos de procedimentos indicados pelo médico do beneficiário do plano de saúde para tratamento de doença abrangida pelo contrato, sendo considerada abusiva cláusula nesse sentido, isto é, que exclua a cobertura de procedimentos necessários ao êxito do tratamento, uma vez que a disposição vai de encontro com os objetivos inerentes à própria natureza do contrato, com violação ao art. 51, IV e § 1°, do Código de Defesa do Consumidor, e ao art. 424 do Código Civil:

Código de Defesa do Consumidor

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

(...)

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa

para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Código Civil

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Reitere-se, portanto, em se tratando de procedimento indicado para enfrentar doença coberta, tem-se uma exclusão abusiva, daquelas constitutivas do que se costuma denominar por cláusula perplexa, a qual priva o negócio de seu efeito básico.

Nesse passo, observe-se ainda o seguinte precedente da Quarta Turma, de relatoria do e. Ministro RAUL ARAÚJO:

CIVIL. CONSUMIDOR. SEGURO. APÓLICE DE PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA ABUSIVA. LIMITAÇÃO DO VALOR DE COBERTURA DO TRATAMENTO. NULIDADE DECRETADA. DANOS MATERIAL E MORAL CONFIGURADOS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...]

2. O sistema normativo vigente permite às seguradoras fazer constar da apólice de plano de saúde privado cláusulas limitativas de riscos adicionais relacionados com o objeto da contratação, de modo a responder pelos riscos somente na extensão contratada. Essas cláusulas meramente limitativas de riscos extensivos ou adicionais relacionados com o objeto do contrato não se confundem, porém, com cláusulas que visam afastar a responsabilidade da seguradora pelo próprio objeto nuclear da contratação, as quais são abusivas.

[...]

4. A cláusula em discussão não é meramente limitativa de extensão de risco, mas abusiva, porque excludente da própria essência do risco assumido, devendo ser decretada sua nulidade.

[...]

(REsp 735.750/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 14/02/2012, DJe 16/02/2012)

Na hipótese ora em foco, restou incontroverso nos autos (I) que a requerida era portadora de obesidade mórbida, doença coberta pelo plano de saúde requerido, e (II) que, após a realização de cirurgia bariátrica (redução de estômago), foi atestada por diversos médicos especialistas, inclusive um indicado pelo próprio plano, a necessidade de realização de cirurgias plásticas reparadoras de mamoplastia - com a colocação de silicone nos seios - e dermolipectomia abdominal - retirada de pele na região do abdômen.

Em caso semelhante ao dos autos, mas tratando-se naquela oportunidade de procedimento cirúrgico para a retirada de excesso de pele, a Terceira Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1136475/RS, de relatoria do e. Ministro MASSAMI UYEDA, decidiu que "Encontrando-se o tratamento da obesidade mórbida coberto pelo plano de saúde entabulado entre as partes, a seguradora deve arcar com todos os tratamentos destinados à cura de tal patologia, o principal - cirurgia bariátrica (ou outra que se fizer pertinente) - e os subsequentes ou consequentes - cirurgias destinas à retirada de excesso de tecido epitelial, que, nos termos assentados, na hipótese dos autos, não possuem natureza estética".

Eis a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ORDINÁRIA - PLANO DE SAÚDE - PRELIMINAR - INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - NÃO VERIFICAÇÃO, NA ESPÉCIE - MÉRI-

TO - CIRURGIA DE REMOÇÃO DE TECIDO EPITELIAL APÓS A SUBMISSÃO DA PACIENTE-SEGURADA À CIRURGIA BARIÁTRICA – PROCEDIMENTO NECESSÁRIO E COMPLEMENTAR AO TRATAMENTO DA OBESIDADE, ESTE INCONTROVERSAMENTE ABRANGIDO PELO PLANO DE SAÚDE CONTRATADO, INCLUSIVE, POR DETERMINAÇÃO LEGAL - ALEGAÇÃO DE FINALIDADE ESTÉTICA DE TAL PROCEDIMENTO - AFASTAMENTO - NECESSIDADE - COBERTURA AO TRATAMENTO INTEGRAL DA OBESIDADE - PRESERVAÇÃO DA FINALIDADE CONTRATUAL - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

[...]

II - Encontrando-se o tratamento da obesidade mórbida coberto pelo plano de saúde entabulado entre as partes, a seguradora deve arcar com todos os tratamentos destinados à cura de tal patologia, o principal - cirurgia bariátrica (ou outra que se fizer pertinente) - e os subsequentes ou consequentes - cirurgias destinas à retirada de excesso de tecido epitelial, que, nos termos assentados, na hipótese dos autos, não possuem natureza estética;

III - As cirurgias de remoção de excesso de pele (retirada do avental abdominal, mamoplastia redutora e a dermolipoctomia braçal) consiste no tratamento indicado contra infecções e manifestações propensas a ocorrer nas regiões onde a pele dobra sobre si mesma, o que afasta, inequivocamente, a tese sufragada pela parte ora recorrente no sentido de que tais cirurgias possuem finalidade estética;

IV - Considera-se, assim, ilegítima a recusa de cobertura das cirurgias destinadas à remoção de tecido epitelial, quando estas se revelarem necessárias ao pleno restabelecimento do paciente-segurado, acometido de obesidade mórbida, doença expressamente acobertado pelo plano de saúde contratado, sob pena de frustrar a finalidade precípua de tais contrato;

V - Recurso Especial improvido.

(REsp nº 1136475/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Terceira Turma, julgado em 04/03/2010, DJe 16/03/2010)

Na mesma linha, colaciona-se o AgRg no AREsp nº 583.765/MG, julgado por esta Quarta Turma, de relatoria do e. Ministro RAUL ARAÚJO:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO CONTRA A INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO DE OBESIDADE MÓRBIDA. PACIENTE SUBMETIDO A CIRURGIA BARIÁTRICA. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA CORRETIVA. CIRURGIA DE RECONSTRUÇÃO MAMÁRIA. PROCEDIMENTO NECESSÁRIO E COMPLEMENTAR AO TRATAMENTO. COBERTURA DEVIDA. PRESERVAÇÃO DA FINALIDADE CONTRATUAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Esta Corte de Justiça já teve a oportunidade de perfilhar o entendimento de que, tendo sido o segurado em tratamento de obesidade mórbida, com cobertura da seguradora, submetido à cirurgia bariátrica, deve a operadora do plano de saúde arcar com os tratamentos necessários e complementares ao referido ato cirúrgico, destinados à cura da patologia.

2. No caso em exame, o Tribunal *a quo* enfatizou que o procedimento cirúrgico pleiteado pela segurada (reconstrução mamária) não se enquadra na modalidade de cirurgia estética, tratando-se de intervenção necessária à continuidade do tratamento e indispensável ao pleno restabelecimento de sua saúde.

3. "As cirurgias de remoção de excesso de pele (retirada do avental abdominal, mamoplastia redutora e a dermolipoctomia braçal) consiste no tratamento indicado contra infecções e manifestações propensas a ocorrer nas regiões onde a pele dobra sobre si mesma, o que afasta, inequivocamente, a tese sufragada pela parte ora recorrente no sentido de

que tais cirurgias possuem finalidade estética. Considera-se, assim, ilegítima a recusa de cobertura das cirurgias destinadas à remoção de tecido epitelial, quando estas se revelarem necessárias ao pleno restabelecimento do paciente-segurado, acometido de obesidade mórbida, doença expressamente acobertado pelo plano de saúde contratado, sob pena de frustrar a finalidade precípua de tais contrato" (REsp nº 1.136.475/RS, Terceira Turma, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe de 16/03/2010).

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 583.765/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 22/06/2015)

Assim, havendo expressa indicação médica, decorrente do quadro de obesidade mórbida da consumidora, não pode prevalecer a negativa de custeio da intervenção cirúrgica indicada - mamoplastia -, ainda que para colocação de próteses de silicone, sob a alegação de estar abarcada por previsão contratual excludente ("de cobertura de tratamentos clínicos ou cirúrgicos, e próteses, meramente para fins estéticos "); pois, na hipótese, o referido procedimento deixa de ser meramente estético para constituir-se como terapêutico e indispensável.

Nessa linha, revela-se abusivo o preceito excludente do custeio dos meios e materiais indispensáveis ao efetivo andamento do tratamento clínico, nele incluídos os procedimentos cirúrgicos necessários, relativos à doença coberta pelo plano de saúde.

Desse modo, para uma paciente portadora de obesidade mórbida, submetida à cirurgia de redução de estômago, da qual decorreram sequelas de excesso de pele, a mamoplastia, sem dúvidas, integra o seu tratamento, sendo uma etapa necessária para recuperação de sua saúde e bem-estar.

Nessa perspectiva, a colocação de próteses de silicone faz parte do procedimento de reconstrução mamária essencial para a beneficiária, diante de seu quadro clínico, estando diretamente relacionada com o restabelecimento da plena funcionalidade do órgão.

Em outros termos, sabendo que o plano de saúde deve, nos limites do contrato, providenciar o tratamento adequado para a recuperação da saúde da contratante, mister se faz haver o custeamento do conjunto dos meios efetivos para a busca da cura da doença que vitima a paciente (obesidade mórbida). Nesse contexto, o instrumento contratual em questão não exclui a cobertura da doença, muito menos o tratamento, motivo pelo qual a recusa em autorizar a realização da cirurgia, com o consequente reembolso das despesas, consubstancia-se em nítido descumprimento contratual.

Havendo descumprimento contratual, diferentemente do que alega a recorrente, não há que se falar em impossibilidade de apreciação da causa pelo Poder Judiciário; a uma, porque não há alteração das condições contratadas, sendo incabível a tese de configuração de violação ao *pacta sunt servanda* e ao princípio da autonomia privada, e a duas, porque "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV, CF).

Portanto, o acórdão estadual, ao determinar o reembolso das despesas médicas pelo plano de saúde, entendendo que a mamoplastia, com a colocação de próteses de silicone, possui natureza reparatória e caráter acessório e complementar ao tratamento iniciado com a redução do estômago, julgou em perfeita consonância com a jurisprudência desta Casa e com a legislação de regência, sendo de rigor a

sua manutenção.

2.2 Recurso da autora X: Violação ao artigo 884 do Código Civil de 2002

No mérito recursal, a pretensão deduzida pela ora recorrente cinge-se a um ponto específico, qual seja, o suposto enriquecimento ilícito da requerida, pois o acórdão recorrido determinou "que por ocasião da liquidação do julgado seja observada a previsão contratual quanto aos limites de pagamento de despesas em reembolso".

Conforme declinado no tópico anterior (2.1), a condenação à indenização por dano material decorre diretamente da necessidade de assegurar à consumidora o cumprimento contratual por parte do plano de saúde. Assim, prevendo o contrato em questão limites ao ressarcimento das despesas médicas efetuadas (conforme afirmou o Tribunal local, em trecho já transcrito a f. 5/6 deste voto), não resta dúvidas de que devem ser respeitados.

Isto porque a autora não pode receber, a título de indenização por dano material, mais do que teria recebido caso a operadora do plano de saúde tivesse autorizado o procedimento em comento e, espontaneamente, pago a quantia despendida com a sua realização, sob pena de caracterizar-se o seu enriquecimento sem causa, devendo-se respeitar os limites contratados.

É o que se depreende da ementa do recurso repetitivo (Tema: 469) abaixo transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. SEGURADORA LITISDENUNCIADA EM AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MOVIDA EM FACE DO SEGURADO. CONDENAÇÃO DIRETA E SOLIDÁRIA. POSSIBILIDADE.

1. Para fins do art. 543-C do CPC: Em ação de reparação de danos movida em face do segurado, a Seguradora denunciada pode ser condenada direta e solidariamente junto com este a pagar a indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólice. 2. Recurso especial não provido. (REsp 925.130/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, julgado em 08/02/2012, DJe 20/04/2012)

Desse modo, também no ponto julgou a Corte *a quo* em conformidade com a jurisprudência deste Tribunal, impondo-se o desprovimento do apelo extremo interposto pela autora, pelo que se mantém a determinação de que seja observada a limitação do reembolso das despesas referentes à cirurgia de mamoplastia ao estipulado no contrato entabulado entre as partes.

3. Do exposto, nega-se provimento a ambos os recursos especiais, mantendo-se na íntegra o acórdão recorrido.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.624.836 - RJ (2015/0279087-4)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IPTU. ISENÇÃO. NATUREZA CONDICIONADA. NECESSIDADE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA Nº 280/STF. ARTS. 467 E 468 DO CPC/1973. COISA JULGADA. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO.

1. Nos termos do que decidido pelo Plenário do STJ, "[a]os recursos interpos-

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

2. A lide foi decidida à luz de interpretação de legislação local, Leis Complementares do Município nº 16/1992 e nº 111/2011 e Decretos Municipais nº 28.247/2007 e nº 14.327/1995, assentando o Tribunal *a quo* que a isenção em debate não é concedida em caráter geral, tratando-se antes de isenção condicionada, cujo deferimento não decorre de declaração contida na lei, mas sim do órgão competente, que, ao analisar requerimento administrativo, verificará se houve o preenchimento das condições exigidas. Incidência da Súmula nº 280/STF.

3. Rever a convicção firmada pelo Tribunal de origem para apurar a alegada ofensa à coisa julgada demanda novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, haja vista haver no acórdão recorrido mera referência da existência de ação anteriormente ajuizada e que o débito cobrado de IPTU diz respeito a exercício fiscal diverso do que está sendo cobrado nos autos, sem delimitação dos elementos de ambas as ações. Incidência do óbice da Súmula nº 7/STJ, relativamente à tese recursal formulada com base nos arts. 467 e 468 do CPC/1973.

4. A incidência do óbice sumular prejudica o exame do respectivo dissídio jurisprudencial, inviabilizando o recurso com fulcro na alínea "c" do permissivo constitucional. Cite-se: EDcl nos EDcl no REsp nº 1.065.691/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe 18/06/2015.

5. Recurso especial não conhecido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos de Recurso Especial nº 1.624.836–RJ (2015/0279087-4), em que é Recorrente Gávea and Golf Club, e Município do Rio de Janeiro, Recorrido, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo o julgamento, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros SÉRGIO KUKINA (Presidente), REGINA HELENA COSTA, GURGEL DE FARIA e NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO votaram com o Sr. Ministro Relator (voto-vista).

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2016. (Data do Julgamento)

Ministro Benedito Gonçalves
Relator

Relatório

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de recurso especial interposto por GAVEA GOLF & COUNTRY CLUB, com fulcro nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado (f. 210):

Agravo Interno. Decisão que negou seguimento à Apelação Cível, mantendo o ato judicial recorrido, que julgou improcedente o pedido. Inconformismo do embargante. Embargos à Execução Fiscal.

Pretensão ao reconhecimento de isenção do pagamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU, relativo aos exercícios de 2002 e 2003. Benefício fiscal, previsto no Código Tributário Municipal, aos imóveis de interesse histórico, cultural ou ecológico, ou de preservação paisagística ou ambiental, observada a legislação específica. Imóvel de propriedade do embargante, que foi considerado, pela Lei Complementar Munici-

pal nº 16, de 04 de junho de 1992, integrante do patrimônio paisagístico do Município.

Declaração insuficiente para a obtenção do benefício em comento. Favor fiscal que, na espécie, depende de procedimento administrativo para o seu reconhecimento. Isenção condicionada. Inexistência de prova do cumprimento das condições exigidas por lei. Precedente desta Corte de Justiça.

Inocorrência de tombamento, que se trata de instituto diverso daquele debatido nos autos. Ação executiva anterior que reconheceu o direito do embargante à isenção do aludido tributo.

Irrelevância. Exercícios fiscais diversos. Ausência de reconhecimento do pedido na via administrativa.

Mero cumprimento de decisão judicial. Embargante que, igualmente, deixou de demonstrar, de forma inequívoca, que o cálculo do imposto se deu em dissonância com o previsto na Lei Municipal nº 691, de 24 de dezembro de 1984, e no Decreto Municipal nº 13.733, de 03 de março de 1995.

Pretensão de rediscussão da matéria, já devidamente apreciada na decisão recorrida, cuja manutenção se impõe, por seus próprios fundamentos. Recurso a que se nega provimento.

Os embargos de declaração foram rejeitados (f. 252-256).

No apelo especial, a parte recorrente aponta, além do dissídio jurisprudencial, violação dos arts. 467 e 468 do CPC/1973 sustentando, em síntese: (I) a isenção do IPTU do imóvel de sua propriedade referente aos exercícios de 2002 e 2003; (II) em ação anteriormente ajuizada, relativa ao mesmo imóvel, foi reconhecida a isenção quanto ao exercício de 2004, o que "conduz à formação de coisa julgada material, no sentido do reconhecimento da isenção do imóvel ao IPTU" (f. 271); (III) "o benefício fiscal prescinde de qualquer requerimento na esfera administrativa, já que se trata de típica isenção de caráter geral, que decorre diretamente de lei, e não depende de requerimento do interessado, nem de qualquer ato administrativo" (f. 272).

Contrarrazões a f. 380-386 pugnando pelo não provimento do recurso (I) por entender que as questões federais não foram devidamente prequestionadas e (II) por incidir na espécie os óbices das Súmulas nº 7/STJ e nº 280/STF.

Na assentada de 4 de outubro de 2016, após ouvir atentamente a sustentação oral do advogado da recorrente, pedi vista regimental.

É o relatório.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IPTU. ISENÇÃO. NATUREZA CONDICIONADA. NECESSIDADE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA Nº 280/STF. ARTS. 467 E 468 DO CPC/1973. COISA JULGADA. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO.

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

2. A lide foi decidida à luz de interpretação de legislação local, Leis Complementares do Município nº 16/1992 e nº 111/2011 e Decretos Municipais nº 28.247/2007 e nº 14.327/1995, assentando o Tribunal *a quo* que a isenção em debate não é concedida em caráter geral, tratando-se antes de isenção condicionada, cujo

deferimento não decorre de declaração contida na lei, mas sim do órgão competente, que, ao analisar requerimento administrativo, verificará se houve o preenchimento das condições exigidas. Incidência da Súmula nº 280/STF.

3. Rever a convicção firmada pelo Tribunal de origem para apurar a alegada ofensa à coisa julgada demanda novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, haja vista haver no acórdão recorrido mera referência da existência de ação anteriormente ajuizada e que o débito cobrado de IPTU diz respeito a exercício fiscal diverso do que está sendo cobrado nos autos, sem delimitação dos elementos de ambas as ações. Incidência do óbice da Súmula nº 7/STJ, relativamente à tese recursal formulada com base nos arts. 467 e 468 do CPC/1973.

4. A incidência do óbice sumular prejudica o exame do respectivo dissídio jurisprudencial, inviabilizando o recurso com fulcro na alínea "c" do permissivo constitucional. Cite-se: EDcl nos EDcl no REsp nº 1.065.691/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe 18/6/2015.

5. Recurso especial não conhecido.

Voto

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Inicialmente, registra-se que "[a]os recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado Administrativo nº 2, aprovado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em 09/03/2016)". No caso, o recurso foi interposto na vigência do CPC/1973 (01/06/2015 - f. 442).

O Tribunal de origem delimitou os limites da lide nos seguintes termos, *in verbis* (f. 212-215):

A hipótese em exame versa sobre o direto do embargante à isenção do pagamento do IPTU, referente ao imóvel, inscrito sob o nº 0876579-4, situado no bairro de São Conrado, nesta cidade, destinado à prática de golfe.

In casu, o Município do Rio de Janeiro ajuizou execução fiscal em face do embargante, pretendendo, em suma, a satisfação dos créditos tributários referentes ao IPTU do citado imóvel nos anos de 2002 e 2003.

Ocorre que o executado, ora agravante, por sua vez, sustenta que o imóvel em questão goza de isenção do pagamento de tal tributo, uma vez que foi declarado, por lei, que o mesmo é integrante do patrimônio paisagístico do Município, benefício esse instituído no Código Tributário Municipal.

O agravante argumenta, ainda, que, em razão das limitações impostas ao imóvel pelo ente municipal, a base de cálculo do imposto foi obtida de maneira equivocada, desconsiderando os fatores de correção previstos no mencionado estatuto.

A princípio, depreende-se do acórdão recorrido que a lide foi decidida com base no conjunto probatório colhido nos autos e à luz de interpretação de legislação local, quais sejam: as Leis Complementares do Município nº 16/1992 e nº 111/2011 e os Decretos Municipais nº 28.247/2007 e nº 14.327/1995.

Confira-se, a propósito, o seguinte excerto do voto condutor:

No caso em exame, a Lei Municipal nº 691/84 prevê as hipóteses de isenção do aludido tributo, dispondo o inciso XVIII do artigo 61 que:

Estão isentos do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana:

XVIII – os imóveis de interesse histórico, cultural ou ecológico, ou de preservação paisa-

gística ou ambiental, assim reconhecidos pelo órgão municipal competente, com observância da legislação específica respeitadas as características do prédio.

Consoante tal previsão, a Lei Complementar Municipal nº 16/92, vigente à época dos fatos geradores, no artigo 66, inciso IX, reconheceu o agravante como integrante do patrimônio paisagístico do Município:

Integram o patrimônio paisagístico do Município, sujeitos à proteção ambiental, as seguintes áreas e bens localizados no território da Área de Planejamento 2:

IX – o Gávea Golfe Clube.

Não obstante isso, antes mesmo de editado o Decreto Municipal nº 28.247, de 30 de julho de 2007, que define o procedimento especial para o reconhecimento da isenção prevista naquele inciso, o Decreto Municipal nº 14.327, de 1º de novembro de 1995, que trata do Regulamento do IPTU, já previa, em seu artigo 12, § 1º, que tal procedimento seria objeto de regulamentação específica.

Ora, diante do acima exposto, restou evidente que a isenção em debate é condicionada, eis que se faz necessário requerimento administrativo para que o órgão competente faça a análise do atendimento de certas características, mediante laudo de aptidão, não sendo suficiente a declaração contida na referida lei complementar.

Frise-se, como já registrado, que a lei concessiva de isenção deve ser interpretada literalmente, descabida qualquer interpretação extensiva.

Consoante isso, depreende-se dos autos que o agravante não comprovou a aludida condição, uma vez que uma simples foto aérea do imóvel não é suficiente para a concessão do benefício.

De se ressaltar, também, que o atual Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e Sustentável do Município do Rio de Janeiro entende que o imóvel do embargante possui relevante interesse paisagístico e ambiental; contudo, admite a exigência de Estudo de Impacto Ambiental e de Vizinhança para projetos públicos e privados (artigo 117, inciso XV e § 1º, da Lei Complementar nº 111, de 03 de fevereiro de 2011), o que, mais uma vez, demonstra que o simples fato de possuir relevância paisagística não o tornaria, de plano, isento do pagamento do imposto em questão.

Logo, forçoso reconhecer, na espécie, que não basta a simples declaração em lei para que o imóvel de propriedade do embargante obtenha o benefício fiscal pleiteado, sendo necessário, outrossim, o cumprimento do aludido procedimento administrativo, que, no caso dos autos, não restou demonstrado.

Nesse contexto, verifica-se a incidência do óbice da Súmula nº 280/STF. Isso porque o Tribunal de origem, com base na legislação local, firmou que a isenção em debate não é concedida em caráter geral, como alega o recorrente, tratando-se antes de isenção condicionada.

Ademais, atestou também que a recorrente não comprovou as condições necessárias para usufruir do incentivo fiscal, haja vista que a simples foto aérea da imóvel não é suficiente para que seja concedido o benefício, bem como "o simples fato de possuir relevância paisagística não o tornaria, de plano, isento do pagamento do imposto em questão", havendo necessidade de Estudo de Impacto Ambiental e de Vizinhança. No ponto, modificar a conclusão a que chegou a Corte de origem, demandaria o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em recurso especial, sob pena de violação da Súmula nº 7/STJ.

No que toca à apontada afronta aos arts. 467 e 468 do CPC/1973, a recorrente afirma, tanto nas razões do recurso especial quanto na sustentação oral feita por seu patrono, que este Tribunal Superior e o Tribunal de origem já haviam lhe reconhecido o direito à isenção

tributária em julgamentos anteriores, já transitados em julgado, razão por que haveria ofensa à coisa julgada.

No que diz respeito aos julgamentos proferidos por esta Corte, cita os seguintes julgados: REsp nºs 1.056.273/RJ e AREsp 658.446/RJ. Contudo, nota-se que ambos os recursos não foram conhecidos por este Tribunal Superior: ao primeiro foi aplicado o óbice da Súmula nº 284/STF; ao segundo, as Súmulas nº 7/STJ e nº 280/STF. Como se nota, não houve julgamento de mérito por este Tribunal Superior para que se pudesse apurar os limites das lides, visto que a questão ficou restrita ao que foi decidido no âmbito local.

No ponto, extrai-se o seguinte trecho do voto condutor:

No que tange ao reconhecimento do direito à isenção ocorrido em outra demanda executiva, tem-se que tal fato é irrelevante para o deslinde da controvérsia, uma vez que os exercícios cobrados nestes autos são anteriores àqueles objeto daquela ação, inexistindo presunção de que, nos períodos ora executados, o embargante cumpriu as condições exigidas em lei.

Ademais, como já registrado, não se está, no caso em tela, negando que ao embargante foi concedida isenção relativa ao crédito tributário do IPTU, e sim afirmando que ele não comprovou, até o momento, o preenchimento de todas as condições legais para fazer jus a tal benefício fiscal.

[...]

Inocorreu, também, qualquer reconhecimento administrativo do pedido ora formulado, tendo em vista que os documentos de f. 111/112 somente demonstram que a Fazenda Municipal deu cumprimento à ordem judicial proferida em execução fiscal anterior.

Nos termos do art. 301, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC/1973, há coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada, já decidida por sentença, de que não caiba recurso, e considera-se que uma ação é idêntica à outra quando há identidade de partes, causa de pedir e pedido. Assim, para que este Tribunal Superior possa averiguar a alegada ofensa à coisa julgada é necessário que o julgado recorrido tenha delimitado os elementos de ambas as ações, com aferição e cotejo entre cada um deles.

A propósito, confiram-se os seguintes julgados desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DA ALEGADA OFENSA À COISA JULGADA NA ESPÉCIE. NÃO INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS Nº 283 E Nº 284 DO STF E Nº 126 E Nº 182 DO STJ. ABONO DE PERMANÊNCIA. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA.

1. Entre a presente ação de cobrança e o mandado de segurança precedentemente ajuizado não se verifica a tríplice identidade dos elementos das demandas. Logo, não há que se falar em ofensa à coisa julgada. A Primeira Seção do STJ, ao julgar a Rcl 1.210/GO (Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 08/09/2003, p. 215), assentou que, para que se concretize a coisa julgada em sentido formal e material, as partes, o fundamento de pedir e o objeto deverão ser os mesmos, ou seja, é necessária a tríplice identidade de pessoas, causa e objeto. Também a Segunda Seção do STJ, ao julgar o REsp nº 1.037.208/RS (Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJe de 20/08/2008), deixou consignado que, para que se caracterize a coisa julgada, é necessária a identidade de três elementos, quais sejam, as partes, o pedido e a causa de pedir.

[...]

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp nº 1.418.580/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES,

Segunda Turma, julgado em 17/12/2013,

DJe 05/02/2014)

ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. FAZENDA PÚBLICA. INCLUSÃO DE PARCELAS EM EXCESSO DE EXECUÇÃO. ERRO MATERIAL CORREÇÃO DE CÁLCULOS. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. O STJ possui o entendimento de que o erro material de cálculo é congnoscível a qualquer tempo pelo juiz, independentemente da ocorrência de coisa julgada. Precedente: AgRg no AREsp nº 834.836/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 26/04/2016, DJe de 27/05/2016.

2. Para verificar se o *decisum* regional violou a coisa julgada e o devido processo legal, seria necessário proceder ao cotejo entre o título e a decisão recorrida, o que não envolve análise jurídica, mas puramente fática, hipótese não comportada na estreita via do especial pela orientação da Súmula nº 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp nº 1.571.408/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 09/08/2016, DJe de 18/08/2016)

No caso, a insurgência esbarra na Súmula nº 7/STJ. O Tribunal de origem não negou a existência de isenção anteriormente concedida à recorrente, mas, sem delimitar os elementos das ações, consignou que o débito cobrado na presente ação se refere a exercício fiscal diferente daquele que foi objeto de debate na ação anteriormente ajuizada, bem como não há presunção de que nos períodos ora executados, as condições exigidas em lei foram cumpridas, de modo que rever as conclusões da Corte de origem e averiguar a alegada ofensa à coisa julgada, como postula a recorrente, seria necessário novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial.

Por conseguinte, quanto ao apontado dissídio, a incidência do óbice sumular na questão de mérito prejudica o exame do recurso com fulcro na alínea "c" do permissivo constitucional. A propósito, cite-se: EDcl nos EDcl no REsp nº 1.065.691/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe de 18/06/2015.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 65.383 - RJ (2013/0405787-1)

DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* n° 65.3836-RJ, em que é Recorrente: A.L.M. e Recorrido : Ministério público do Rio de Janeiro interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado (e-STJ f. 565/566):

HABEAS CORPUS - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS INADIMPLI-DOS - PRISÃO CIVIL IMINENTE - AU-SÊNCIA DE PROVA DE QUITAÇÃO DAS PRESTAÇÕES CORRESPONDENTES AOS TRÊS ÚLTIMOS MESES - DENEGAÇÃO DA ORDEM.Trata-se de *habeas corpus* impetrado por réu em ação de alimentos visando à concessão preventiva da ordem, ante a iminência de prisão do paciente, por inadimplência da obrigação alimentar para o ex-cônjuge.

2. Ajuizamento de ação de alimentos pelo cônjuge- virago, na qual foram arbitrados alimentos provisórios de 5,5 salários-mínimos, que não foram pagos pelo alimentante.

3. Propositura de execução, em maio de 2011, distribuída por dependência à ação de alimentos já apresentada, objetivando o recebimento da verba alimentar provisória, tendo

em vista o seu não pagamento nos meses de março, abril e maio de 2011.

4. Ausência de prova de quitação das prestações correspondentes aos três últimos meses. O *habeas corpus* visa à análise da legalidade da ordem de prisão a limitar o exercício do direito à liberdade de locomoção. Para tanto, faz-se necessária prova pré-constituída das supostas ilegalidades constantes de eventual decreto prisional, pois o procedimento não comporta dilação probatória. Precedentes do STJ e TJRJ.

5. Informação do Juízo *a quo* no sentido de que o paciente apresentou alguns depósitos bancários, realizados em caixa eletrônico, sendo que em alguns deles não havia quantia alguma, fato que foi corroborado pela apresentação dos extratos mensais da exequente/alimentada.

6. Impossibilidade de discussão acerca da prova do pagamento na via estreita deste *mandamus***.** Não comporta a via estreita do writ a análise do quadro tático-probatório da causa, que poderia permitir conclusão acerca da incapacidade financeira do paciente de honrar o pagamento da pensão a que está obrigado.

7. Inexistência dos requisitos previstos no art. 5, LXVIII, da CF/88 para a concessão da ordem. Denegação da ordem"

Extrai-se dos autos que foi impetrado *habeas corpus* em favor de A. L. M., no qual requereu a concessão de salvo conduto por se encontrar na iminência de ser preso por determinação do Juízo da 3ª Vara de Família da comarca de Niterói/RJ, por inadimplemento de obrigação alimentar.

Denegado o *writ*, interpõe o presente recurso ordinário, argumentando que se encontra em situação financeira delicada e impossibilitado de saldar a mencionada dívida.

Aduz que os alimentos devem ser fixados de acordo com as necessidades do alimentado e as possibilidades do alimentante, destacando que, no caso, a autora do pedido de pensão alimentícia possui meios para prover a sua subsistência.

Requer, desse modo (e-STJ f. 580):

"(...) o conhecimento do presente Recurso Ordinário, eis que preenchidos seus pressupostos de admissibilidade e, no mérito, seja dado provimento para conceder liminarmente o salvo-conduto, a fim de que a autoridade judicial destacada se abstenha de atentar contra a liberdade de locomoção do paciente, devendo a medida liminar requerida seja transformada em definitiva ao final, por se tratar da mais lídima e salutar forma de Justiça."

O Ministério Público Federal, em parecer apresentado a f. 658/660 (e-STJ), opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, a questão atinente à eventual dificuldade enfrentada pelo devedor de alimentos para o adimplemento da obrigação, assim como a referente à inobservância do binômio necessidade/possibilidade na fixação do referido encargo, devem ser discutidas nos autos da ação revisional de alimentos, em razão da impossibilidade de dilação probatória no âmbito do *habeas corpus*.

Neste sentido, os seguintes precedentes:

"*HABEAS CORPUS* . EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. ANÁLISE DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO DO DEVEDOR. PRISÃO CIVIL.

1. O *habeas corpus* não é a via adequada para o exame aprofundado de provas a fim de averiguar a condição econômica do devedor, a necessidade do credor e o eventual excesso do

valor dos alimentos.

Precedentes.

2. Ordem denegada."

(HC 287.305/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 7/8/2014, DJe 26/9/2014.)

"RECURSO EM *HABEAS CORPUS* . PRISÃO CIVIL. ALIMENTOS. ALEGAÇÃO DE INCAPACIDADE DE PAGAMENTO DO VALOR INTEGRAL DA DÍVIDA. EXAME DE PROVAS. DESCABIMENTO NO *WRIT*. PAGAMENTO PARCIAL DO DÉBITO. NÃO ELISÃO DO DECRETO PRISIONAL. ORDEM DENEGADA.

1. O *habeas corpus* não é a via adequada para o exame de provas relativas à condição econômica do devedor.

2. O pagamento parcial do débito não afasta a regularidade da prisão civil.

3. Recurso em *habeas corpus* desprovido."

(RHC 39.633/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira Turma, julgado em 27/3/2014, DJe 3/4/2014.)

Assim, não merece reparos o acórdão recorrido, que assim decidiu a questão (e-STJ f. 570/571):

"Ora, a prisão civil decorrente do inadimplemento de prestação alimentícia tem por objetivo forçar o devedor a suprir necessidade atual do alimentando, o que ocorre *in casu*, posto que o paciente continua efetuando o pagamento da obrigação alimentar de forma totalmente irregular. (...)

Por oportuno, lembre-se que no rito célere do *habeas corpus* a prova é pré-constituída e não se apreciam aspectos cuja solução necessite de dilação probatória.

Assim, não demonstrada, de forma inequívoca, qualquer violação ao direito líquido e certo do paciente, inexiste abuso ou ilegalidade em eventual prisão do paciente, que é amparada pela CF./88 e pela legislação infraconstitucional."

Em face do exposto, com fundamento no art. 38 da Lei 8.038/1990 c/c art.34, XVIII, do RISTJ, nego provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília-DF, 16 de agosto de 2016.

MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA
Relator

***HABEAS CORPUS* Nº 368.161 - RJ (2016/0219238-3)**

EMENTA

***HABEAS CORPUS*. CRIME MILITAR. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDA. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. NOVA ORIENTAÇÃO DO STF. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.**

1. De acordo com a nova orientação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 126.292/MG e nas ADPFs nº 43 e nº 44, na pendência de recursos especial ou extraordinário sem efeitos suspensivos concedidos, não há que se falar em ilegalidade da execução provisória da pena.

2. O fato do paciente ter sido absolvido em primeira instância e condenado em sede de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público não distingue o presente caso dos precedentes do Supremo Tribunal Federal a ponto de afastar a execução provisória

da pena. Isso porque o acórdão condenatório tem efeito substitutivo, superando os fundamentos da sentença absolutória proferida em primeiro grau e constituindo título executivo penal suficiente para o início do cumprimento da pena. Ademais, o entendimento desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal decorrem do fato de ocorrer o exaurimento das instâncias ordinárias e não em razão do grau de jurisdição em que o acusado foi condenado. Ordem não conhecida.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos de *Habeas Corpus* nº 368.161 - RJ (2016/0219238-3), em que é Impetrante Marcelo Bruner e Impetrado Tribunal De Justiça do Estado do Rio de Janeiro, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros FELIX FISCHER, JORGE MUSSI, REYNALDO SOARES DA FONSECA e RIBEIRO DANTAS votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente: Dra. Amanda Moreira da Silva (P/Paciente) e Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2016. (Data do Julgamento).

Ministro Joel Ilan Paciornik
Relator

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK: Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de Marcelo Alves de Menezes, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Apelação nº 0480866-39.2011.819.0001).

Extrai-se dos autos que o paciente foi denunciado por ter, em tese, praticado o delito tipificado no art. 244, § 1º, c/c art. 70, inciso II, alíneas "g" e "l", ambos do Código Penal Militar (extorsão mediante sequestro). Ao final da instrução, foi absolvido pelo Juízo de primeiro grau.

Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu provimento ao recurso para condenar o ora paciente nos termos do acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME PENAL MILITAR. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. RECURSO MINISTERIAL QUE ALMEJA A REFORMA DA SENTENÇA, COM A CONDENAÇÃO DOS APELADOS. PROVIMENTO DO RECURSO.

Apelados que abordaram a vítima na rua onde morava, em frente a uma igreja, e a colocaram na caçapa da viatura, levando-a a um local ermo, em outro bairro, na orla da praia. Nesse local, conhecido como Bar do Coco, os apelados exigiram de uma prima da vítima a entrega da "última parcela do que os traficantes lhes deviam" para liberar a vítima. Vítima que só foi solta pelos apelados porque a genitora, em sede policial, convenceu um oficial da corporação a se dirigir até o Bar do Coco, a fim de averiguar se a notícia era verídica.

Testemunha *de visu* que seguiu os apelados e teve ciência da exigência financeira. Versão da testemunha confirmada por outra que ouviu gritos de uma pessoa no interior da viatura policial e pela genitora da vítima, que com ela se comunicou por telefone. Oficial da corporação que, ao receber a comunicação do fato, dirige-se ao local indicado pela genitora da vítima, convencido que estava pelas circunstâncias de onde se encontrava a guarnição, da prática do ato ilícito.

Versão dos apelados com divergências, atribuindo tentativa de suborno pela testemu-

nha, e não extorsão.

Divergência entre as versões apresentadas pelos apelados, a desmerecer o álibi aduzido.

Testemunha de defesa que sequer viu a pessoa que teria feito a proposta de suborno ou que recebeu a exigência financeira da extorsão.

Versão da testemunha de defesa que se mostra em contradição com o depoimento dos apelados.

Vítima que confirma o sequestro e os maus tratos, cuja materialidade é confortada pela descrição das lesões atestadas no auto de corpo de delito, e que se mostra incompatível com a alegação de um simples tombo da vítima, como indicado pelos apelados.

Pleito ministerial que merece provimento.

Pena-base fixada acima do mínimo legal, para o primeiro apelado. Anotação na FAC referente a fato anterior com trânsito em julgado posterior. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Segunda fase. Incidência das agravantes referentes à prática do crime em serviço e emprego de instrumento de serviço.

Aumento das penas dos apelados na fração de 1/3 (um terço). Perda do cargo. Apelados graduados e subalternos da polícia militar. Artigo 102 do CPM. Corrupção passiva é crime militar impróprio, na forma do artigo 9, II, do CPM. Perda do cargo que é efeito da condenação. Matéria já apaziguada no Supremo Tribunal Federal.

Regime fechado adequado às reprimendas aplicadas.

Provimento do recurso ministerial, com expedição mandados de prisão. Unânime (f. 29/30).

No presente *mandamus*, a defesa destaca que o paciente foi absolvido em primeira instância, tanto pelo Juízo da Vara Criminal de Macaé/RJ, quanto pela Auditoria Militar.

Em que pese não se atacar decisão que indefere o pedido de liminar, sustenta, por diversas vezes, a necessidade de abrandamento da Súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal.

Alega que o acórdão atacado não transitou em julgado e a determinação de início da execução provisória feriu princípios constitucionais como a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal e a presunção de inocência.

Assevera que o entendimento firmado pela Suprema Corte, por ocasião do julgamento do HC nº 126.292/SP, trata de condenação confirmada em sede de apelação, ou seja, situação diversa do presente caso no qual houve cassação de decisão absolutória.

Ressalta as condições pessoais favoráveis do paciente, sobretudo o fato de ter comparecido espontaneamente em juízo sempre que solicitado, de modo que se mostra desproporcional o início prematuro da execução.

Requer, assim, em liminar e no mérito, o afastamento da decisão que determinou o início da execução provisória.

Em consulta à página na *internet* do Tribunal de origem, verifica-se que o recurso especial interposto não foi admitido, estando em aberto o prazo recursal.

Liminar indeferida a f. 60/62. Informações prestadas a f. 74/115 e 117/206. O Ministério Público Federal se manifestou pelo não conhecimento da impetração.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK: Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribu-

nal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a revogação da prisão cautelar do paciente.

A impetração não merece conhecimento.

Sobre o tema, no julgamento do HC nº 126.292/MG, realizado em 17/02/2016, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, passou a admitir a possibilidade de imediato início do cumprimento provisório da pena após o exaurimento das instâncias ordinárias, inclusive com restrição da liberdade do condenado, por ser o recurso extraordinário desprovido de efeito suspensivo, sem que isso implique violação ao princípio da não culpabilidade.

Esta egrégia Corte de Justiça, por sua vez, também adotou o aludido posicionamento, mormente a partir do julgamento pela egrégia Sexta Turma dos EDcl no REsp nº. 1.484.415/DF, da relatoria do eminente Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, cujo brilhante voto sintetiza a *quaestio* em debate, conforme se verifica dos trechos a seguir transcritos:

Ao que tudo está a indicar, a decisão, proferida, pela composição plena do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 126.292-MG (ainda não publicado), evidencia que a mais elevada Corte do país, a quem a *Lex Legis* incumbe a nobre missão de "guarda da Constituição" (art. 102, *caput*, da CF), sufragou pensamento afinado ao de GUSTAVO ZAGREBELSKY – juiz que já presidiu a Corte Constitucional da Itália –, para quem o direito é disciplina prática, necessariamente ancorada na realidade . Assim especifica, *verbis*: "(...) Se o direito deve se voltar à realidade, é dizer, se deve operar em cada caso concreto conforme o valor que os princípios assinalam à realidade, não se pode controlar a validade de uma norma tomando em consideração exclusivamente o que ela diz. Não basta considerar o direito dos livros, é preciso ter em conta o direito em ação; não basta uma validade lógica, é necessário uma validade prática" (ZAGREBELSKY, Gustavo. ***El derecho ductil***. 2ª ed. Madri: Trotta, 1997, p. 123).

Deveras, em diversos pontos dos votos dos eminentes juízes que participaram da sessão ocorrida em 17 de fevereiro próximo passado, assinalou-se, como móvel para a referida guinada jurisprudencial, a gravidade do quadro de "desarrumação" do sistema punitivo brasileiro, máxime por permitir a postergação da definição do juízo de condenação, mercê dos inúmeros recursos previstos na legislação processual penal.

[...]

O exemplo, que se repete, com assiduidade, no cotidiano dos tribunais, evidencia a patologia do sistema criminal brasileiro e também mostra, com clareza meridiana, que a maior parte dos recursos são manejados já no exercício da jurisdição extraordinária, onde se sucedem agravos regimentais e embargos declaratórios a cada decisão, monocrática ou colegiada, que se toma.

Também não posso deixar sem registro – sem qualquer emissão de juízo de valor a respeito – que talvez em nenhum outro país do mundo o instituto do *habeas corpus* tenha alcançado, por conta da assim chamada "doutrina brasileira do *habeas corpus*", tamanha elasticidade quanto ao seu cabimento e possibilidade de utilização. De ação voltada à proteção da liberdade, em decorrência de coação ilegal, atual ou iminente, o remédio heroico, como dito na Exposição de Motivos do projeto de reforma do Código de Processo Penal (em trâmite na Câmara dos Deputados), transformou-se em "sub-rogado universal das

impugnações recursais", do que resulta sempre a permissão para que, mesmo na pendência de recurso extraordinário sem efeito suspensivo, se faça uso do *writ* – ou de medida cautelar – para sobrestar agressão, atual ou iminente, à liberdade de locomoção do indivíduo.

Certo é que, em decorrência dessa pletora de meios impugnativos , que engendra, a cada instância inaugurada no curso processual, uma infindável reapreciação dos mesmos temas já anteriormente debatidos – o que, na compreensão, v.g., dos ministros TEORI ZAVASCKI, LUIZ FACHIN, ROBERTO BARROSO, LUIZ FUX e GILMAR MENDES, condiciona a concretização do *ius puniendi* do Estado a que o acusado não mais interponha outro recurso, de modo a alcançar-se o trânsito em julgado da condenação – a Suprema Corte acabou assumindo, na dicção do Ministro ROBERTO BARROSO, "papel decisivo nessa rearrumação".

Quiçá fosse mais adequado, para tal propósito, o caminho legislativo. E nessa direção já se tentou andar, por meio da frustrada PEC dos Recursos, que objetivava racionalizar a jurisdição extraordinária, de maneira a permitir maior eficiência da justiça criminal, assegurando densificação a outro princípio muito caro a todo e qualquer processo penal moderno, e que também encontrou positivação na Carta de 1988, o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, inc. LXXXVIII), cuja redação ("a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação") sugere que sua titularidade se estende não apenas ao indivíduo alcançado pela justiça criminal , como usualmente se verifica em relação aos demais direitos que integram o *Bill of Rights*, mas também à parte contrária , que, no processo penal, representa os interesses de toda a comunhão social.

[...]

Não haveria, assim me parece, impedimento a que se promovesse a alteração do texto positivado no art. 5º, inciso LVII, da Carta de 1988, prescrevendo fórmula semelhante, que permitiria – por não vincular a presunção de inocência ao trânsito em julgado da condenação – o início do cumprimento da pena mesmo na pendência de eventual recurso especial ou extraordinário, em que, como sabido, não se permite discussão sobre matéria fática ou probatória.

Decerto que, a meu aviso, tal modificação não importaria em supressão ou abolição da referida garantia – o que reclamaria incidência da vedação contida no art. 60, § 4º, da C.R. – pois o núcleo essencial da presunção de inocência continuaria preservado.

Reafirmo que não se cogita, ainda que remotamente, de abolir ou diminuir essa verdadeira conquista civilizatória. Contudo, preservado o núcleo essencial dessa garantia , não haveria razão para se impedir que, ajustada sua redação por meio de reforma constitucional, fosse alcançado o salutar e desejado equilíbrio entre os interesses individuais e os interesses sociais que permeiam tanto a persecução quanto a punição de autores de condutas criminosas.

Equilíbrio, aliás, que há de ser sempre perseguido quando se trata de compatibilizar interesses igualmente legítimos de punição dos culpados e de proteção dos inocentes. Assim, a busca da eficiência no processo penal não se contrasta com a necessária salvaguarda das garantias individuais. Antes, em um sistema processual bem ordenado, as garantias concorrem para assegurar a eficiência do processo (GREVI, Vittorio. ***Alla ricerca di un processopenale giusto.*** Milão: Giuffrè, 2000, p. 13).

Acrescente-se ainda, que em 05/10/2016, o Plenário da Suprema Corte, no julgamento do pedido de liminar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, reafirmou o entendimento de ser possível a execução da pena após a condenação em segunda instância.

No caso em debate, a prisão do paciente

decorre do acórdão proferido no julgamento da Apelação nº 0480866-39.2011.819.0001, o qual, segundo informações obtidas na página eletrônica do Tribunal *a quo*, foi impugnado por recurso especial que restou inadmitido na origem em 30/11/2016.

O fato do paciente ter sido absolvido em primeira instância e condenado em sede de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público não distingue o presente caso dos precedentes do Supremo Tribunal Federal a ponto de afastar a prisão preventiva. Isso porque o acórdão condenatório tem efeito substitutivo, superando os fundamentos da sentença absolutória proferida em primeiro grau e constituindo título executivo penal suficiente para o início do cumprimento da pena. Ademais, o entendimento desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal decorrem do fato de ocorrer o exaurimento das instâncias ordinárias e não em razão do grau de jurisdição em que o acusado foi condenado. Dessa forma, a restrição da liberdade do paciente decorre, agora, do esgotamento dos recursos nas instâncias ordinárias.

No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: HC nº. 342.782/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe de 30/03/2016; HC nº 352.543/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 30/03/2016; HC nº 348.190/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe de 30/03/2016 e HC nº 352.216/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe de 30/03/2016.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do presente *habeas corpus*.

SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Liberdade de expressão é o direito de todo e qualquer indivíduo de manifestar seu pensamento, opinião, atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, sem censura, como assegurado na Constituição brasileira. É direito da personalidade, inalienável, irrenunciável, intransmissível e irrevogável, essencial para que se concretize o princípio da dignidade humana. É uma forma de proteger a sociedade de opressões. É elemento fundamental das sociedades democráticas, que têm na igualdade e na liberdade seus pilares.[1]

O momento histórico nacional tem colocado à prova o exercício do direito fundamental da liberdade de expressão. A grave crise moral, ética e política, apontada por muitos historiadores e cientistas sociais como sem precedentes em nossa história, fez com que até mesmo o direito à liberdade de imprensa passasse a sofrer ataques.

Desde o fim do regime militar, a liberdade de expressão passou a ocupar novamente na sociedade o espaço que lhe foi retirado pela ditadura. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, já em seu artigo 5º, diversas normas passaram a proteger o livre exercício da liberdade de expressão.[2]

A comunicação social também mereceu atenção constitucional. Os dispositivos voltados à proteção da liberdade de comunicação são: o art. 220, *caput*, que estabelece os princípios que devem nortear a matéria (liberdade de expressão e informação). O art. 220, § 1º, § 2º, e § 6º dispõem sobre as regras que proíbem a censura e a necessidade de licença prévia de autoridade administrativa.[3]

A Constituição prevê alguns limites à liberdade de comunicação, como o art. 5º, IV, que veda o anonimato; o art. 5º, V, que assegura o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; a inviolabilidade à intimidade, à honra e à imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação e, também, a necessidade de se atender aos princípios insculpidos no art. 221. Ademais,

---

1 O Equilíbrio Necessário para que a Liberdade de Expressão Coexista com outros Direitos. MAÍSA REZENDE PIRES. Ver em **ambitojurídico.com.br**. Acesso em 16 de dezembro de 2016.

2 IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...) IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (...) XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (...) XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

3 Art. 220 – A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística, em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (...) § 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. § 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

de acordo com o art. 220, § 5º, os meios de comunicação não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

Quanto ao regramento infraconstitucional da liberdade de expressão, desde que o STF revogou totalmente a Lei nº 5.250/67, antiga Lei de Imprensa, que regulamentava a liberdade de manifestação do pensamento e de informação no período do regime militar, a imprensa brasileira encontra-se sem leis específicas para sua regulamentação.

A revogação da lei ocorreu em 2009, com o julgamento da ADPF nº 130-DF. Em seu acórdão, o Ministro AYRES BRITTO, relator da ADPF, declarou a não recepção de todo o conjunto de dispositivos da lei e reafirmou a importância da liberdade de imprensa para a democracia: "Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevindo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência de pleno gozo das primeiras".

Para preencher parte desse vácuo legislativo foi promulgada a Lei nº 13.188, em 12 de novembro de 2015, que regulamentou o direito de resposta.

Desde então, com a Lei nº 13.188, foram estabelecidos os critérios para a busca de retificação ou direito de resposta a quem se sentir ofendido "em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social". Pela lei, são passíveis de resposta ou retratação matérias jornalísticas cujo conteúdo atente, "ainda que por equívoco de informação, contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem de pessoa física ou jurídica identificada ou passível de identificação". A lei estabelece prazo de 60 dias, a partir da publicação da notícia ou reportagem, para que o interessado formalize o pedido de resposta ou retratação diretamente ao veículo de comunicação. Caso se trate de matérias com mais de uma divulgação sucessiva, vale a data da primeira publicação.[4]

Na jurisprudência, encontramos inúmeros acórdãos que têm se posicionado no sentido de que a liberdade da manifestação do pensamento e de comunicação deve ser exercida de forma responsável, cuidadosa, de modo a não violar a honra e a imagem das pessoas.

Para o Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, do Superior Tribunal de Justiça, as liberdades de informação, de expressão e de imprensa, por não serem absolutas, encontram limitações ao seu exercício, compatíveis com o regime democrático, tais como o compromisso ético com a informação verossímel, a preservação dos direitos da personalidade, e a vedação de veiculação de crítica com fim único de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriando vel diffamandi*).[5]

4 http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/11/dilma-sanciona-lei-do-direito-de-resposta. Acesso em 16 de dezembro de 2016.

5 Recurso Especial nº 1.627.863 – julgamento em 25 de outubro de 2016, publicado na íntegra, nesta sessão.

No mesmo sentido, a Desembargadora TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES, da Sexta Câmara Cível do TJRJ, assevera: "não há dúvida de que a Carta Magna protege a liberdade de expressão, desde que não haja ofensas pessoais que impliquem violação aos direitos da personalidade, já que a liberdade de expressão não é absoluta e encontra limites em outros direitos constitucionalmente protegidos".[6]

Também vale consignar o posicionamento do especialista em Ciências Penais, Marcelo de Vargas Scherer, para quem "cabe destacar a importância de estabelecer, no país, regulamentação que atribua efetivas penalidades às emissoras que, de algum modo, atuarem como propagadores do crime ou da violência, dada a inexistência de mecanismos efetivos de controle na legislação atual".[7]

Assim, a liberdade de expressão é condição necessária ao exercício da cidadania e ao desenvolvimento democrático do Estado na consolidação de uma sociedade bem informada e coautora de seus sistemas político e jurídico.

A seguir, acórdãos que ilustram o tema da liberdade de expressão nos meios de comunicação:

6 Apelação Cível nº 0193501-28.2011.8.19.0001 – Sexta Câmara Cível – Julgamento em 06 de julho de 2016, publicado na íntegra, nesta sessão.

7 MARCELO DE VARGAS SCHERER. "Biopolítica e Meios de Comunicação: Excurso sobre a Liberdade de Imprensa e a Promoção dos Direitos Humanos". **Revista dos Tribunais**. Vol. 952/2015, pp.19-33. Fev. 2015.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.627.863 - DF (2016/0187442-4)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE INFORMAÇÃO, EXPRESSÃO E LIBERDADE DE IMPRENSA. DIREITOS NÃO ABSOLUTOS. COMPROMISSO COM A ÉTICA E A VERDADE. VEDAÇÃO À CRÍTICA DIFAMATÓRIA E QUE COMPROMETA OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. ARBITRAMENTO. MÉTODO BIFÁSICO.

1. A doutrina brasileira distingue as liberdades de informação e de expressão, registrando que a primeira diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado; por seu turno, a liberdade de expressão destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano.

2. A liberdade de imprensa, por sua vez, é manifestação da liberdade de informação e expressão, por meio da qual é assegurada a transmissão das informações e dos juízos de valor, a comunicação de fatos e ideias pelos meios de comunicação social de massa.

3. As liberdades de informação, de expressão e de imprensa, por não serem absolutas, encontram limitações ao seu exercício, compatíveis com o regime democrático, tais como o compromisso ético com a informação verossímil; a preservação dos direitos da personalidade; e a vedação de veiculação de crítica com fim único de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*).

4. A pedra de toque para aferir-se legitimidade na crítica jornalística é o interesse público, observada a razoabilidade dos meios e formas de divulgação da notícia, devendo ser considerado abusivo o exercício daquelas liberdades sempre que identificada, em determinado caso concreto, a agressão aos direitos da personalidade, legitimando-se a intervenção do Estado-juiz para por termo à desnecessária violência capaz de comprometer a dignidade.

5. No caso dos autos, após a informação de um fato verdadeiro, que, por si só, não seria notícia, desenvolveu-se uma narrativa afastada da realidade, da necessidade e de razoabilidade, agindo o autor da publicação, evidentemente, distante da margem tolerável da crítica, transformando a publicação em verdadeiro escárnio com a instituição policial e, principalmente, em relação ao Superintendente Regional da Polícia Federal, condutor das atividades investigativas, que foraml levianamente colocadas à prova pelo jornalista.

6. Detectado o dano, exsurge o dever de indenizar e a determinação do *quantum* devido será alcançada a partir do método bifásico de arbitramento equitativo da indenização: numa primeira etapa, estabelece-se o valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes e, na segunda etapa, as circunstâncias do caso serão consideradas, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.

7. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de Recurso Especial nº 1.627.863 - DF (2016/0187442-4), em que é Recorrente: Sergio Barboza Menezes, Recorrido: Paulo Henrique dos Santos Amorim, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Mi-

nistro Relator.

Os Srs. Ministros RAUL ARAÚJO, MARIA ISABEL GALLOTTI (PRESIDENTE), ANTONIO CARLOS FERREIRA e MARCO BUZZI votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2016. (data do julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO: 1. Sérgio Barboza Menezes, ora recorrente, ajuizou ação de reparação por danos morais (f. 2-21) em face de Paulo Henrique dos Santos Amorim, aqui, recorrido, por ter o réu representado contra o autor, sem que houvesse documentos mínimos capazes de comprovar o que alegava. Em linhas gerais, a reclamação dizia que o reclamante, réu, estava sofrendo, juntamente com seus familiares, ações de espionagem, perseguição e grampo telefônico, visando intimidar sua atuação de jornalista. Afirmou que o jornalista, logo após a representação, publicou em seu sítio eletrônico, "www.conversaafiada.com.br", notícia com a seguinte manchete: "O que a PF quer? Ludibriar o Ministro da Justiça?"

Aduz que o texto relatava a representação feita e irresignava-se com o fato de o autor, Delegado da Polícia Federal, ter-lhe pedido esclarecimentos sobre a representação.

Asseverou que a notícia veiculada pelo réu sugeria que o autor não estaria cumprindo seus deveres funcionais e que estaria fingindo investigar algo. Acrescentou que os comentários do *blog* eram mensagens ofensivas e levianas, que afetaram a honra do Delegado.

Requereu a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais, sob o argumento de que foi submetido a forte *stress* emocional jamais vivido e de consequências danosas irreparáveis, carregando consigo a pecha de desonesto, sofrendo cobranças e tendo sua conduta desmerecida perante seus pares e toda a instituição que integra. Pugnou, ainda, pelo exercício do direito de resposta às ofensas, que deveria ser publicada no mesmo *site* em que veiculado o artigo desabonador.

O juiz sentenciante julgou improcedentes os pedidos, ao argumento de não ter havido qualquer ato ilícito perpetrado pelo réu e, ademais, ainda que os comentários à publicação pelos leitores tivessem acarretado certo desconforto, não foram capazes de lhe atingir os direitos da personalidade, que são os fundamentos para a reparação civil por danos morais. Denegou, consequentemente, o pedido de resposta (f. 174-180).

O autor interpôs apelação, reiterando os pedidos e argumentos apresentados na petição inicial da ação (f. 186-203). O Tribunal de Justiça do Distrito Federal de Territórios negou provimento ao recurso, confirmando a sentença em sua totalidade, nos termos da ementa reproduzida abaixo (f. 236):

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. PRESERVAÇÃO DA HONRA/IMAGEM. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. MATÉRIA JORNALÍSTICA. CARÁTER INFORMATIVO E INVESTIGATIVO. OFENDIDO. AGENTE PÚBLICO. VIOLAÇAO À PATRIMÔNIO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. O dano moral se relaciona diretamente com os prejuízos ocasionados a direitos da personalidade, como, por exemplo, a honra, à imagem, à integridade física e psicológica, à liberdade etc, importando em motivação suficiente para uma ação compensatória, se evidenciada qualquer violação desses direitos.

2. No caso presente, a matéria apontada como danosa, revela evidente o seu conteúdo meramente informativo, de cunho estritamente jornalístico e, sob esse panorama, não há falar em qualquer conduta ilícita apta a acarretar lesão à honra objetiva do autor, tampouco em compensação por danos morais, por se tratar de legitimo exercício do direito de informação, haja vista que o réu se limitou a divulgar fatos, sem a presença de dolo, má-fé ou abuso de direito (CC, art. 188, 1).

3. Recurso desprovido.

Foram opostos embargos de declaração (f. 253-260), não providos (f. 282).

Inconformado, o autor interpõe recurso especial (f. 295-317), com fundamento na alínea "a" o permissivo constitucional e alegação de violação aos arts.186, 187, 188, I, e 927 do Código Civil.

Alega que, no caso dos autos, ficou demonstrado que o recorrido agiu com excesso em seu direito de informar, violando a honra objetiva do recorrente, motivo pelo qual merece reforma o acórdão recorrido.

Afirma que a liberdade de informação está diretamente vinculada ao dever de veracidade e que a falsidade das informações divulgadas não possui o condão de formar opinião pública, mas, sim, de manipula-la.

Assevera que o recorrido lançou falsas acusações ao questionar se a Polícia Federal possuía interesse em "1 - arquivar a investigação, 2 - em fingir que investiga, 3 - em concluir que não apurou nada, antes de investigar, 4 - em querer ludibriar o Ministro da Justiça, 5 - em querer proteger Daniel Dantas e José Pedágio, condutas enquadradas como criminosas, a exemplo do artigo 319 do Código Penal (Prevaricação)" (f. 309)

Aduz ter o recorrido extrapolado os limites impostos à liberdade de imprensa, seja pelo conteúdo tendencioso postado diretamente pelo proprietário do domínio que questionava o grau de zelo profissional do recorrente sem o devido suporte em fontes fidedignas, seja pela ausência de controle dos comentários ofensivos postados em sua página pelos leitores.

Contrarrazões apresentadas a f. 347-355.

O recurso especial recebeu crivo negativo de admissibilidade na origem (f. 367-369), ascendendo a esta Corte por meio de provimento do agravo de instrumento interposto, para melhor análise do objeto recursal (f. 463-464).

É o relatório.

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE INFORMAÇÃO, EXPRESSÃO E LIBERDADE DE IMPRENSA. DIREITOS NÃO ABSOLUTOS. COMPROMISSO COM A ÉTICA E A VERDADE. VEDAÇÃO À CRÍTICA DIFAMATÓRIA E QUE COMPROMETA OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. ARBITRAMENTO. MÉTODO BIFÁSICO.

1. A doutrina brasileira distingue as liberdades de informação e de expressão, registrando que a primeira diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado; por seu turno, a liberdade de expressão destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano.

2. A liberdade de imprensa, por sua vez, é manifestação da liberdade de informação e expressão, por meio da qual é assegurada a transmissão das informações e dos juízos de valor, a comunicação de fatos e ideias pelos meios de comunicação social de massa.

3. As liberdades de informação, de expressão e de imprensa, por não serem absolutas, encontram limitações ao seu exercício, compatíveis com o regime democrático, tais como o compromisso ético com a informação verossímil; a preservação dos direitos da personalidade; e a vedação de veiculação de crítica com fim único de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*).

4. A pedra de toque para aferir-se legitimidade na crítica jornalística é o interesse público, observada a razoabilidade dos meios e formas de divulgação da notícia, devendo ser considerado abusivo o exercício daquelas liberdades sempre que identificada, em determinado caso concreto, a agressão aos direitos da personalidade, legitimando-se a intervenção do Estado-juiz para por termo à desnecessária violência capaz de comprometer a dignidade.

5. No caso dos autos, após a informação de um fato verdadeiro, que, por si só, não seria notícia, desenvolveu-se uma narrativa afastada da realidade, da necessidade e de razoabilidade, agindo o autor da publicação, evidentemente, distante da margem tolerável da crítica, transformando a publicação em verdadeiro escárnio com a instituição policial e, principalmente, em relação ao Superintendente Regional da Polícia Federal, condutor das atividades investigativas, que foram levianamente colocadas à prova pelo jornalista.

6. Detectado o dano, exsurge o dever de indenizar e a determinação do *quantum* devido será alcançada a partir do método bifásico de arbitramento equitativo da indenização: numa primeira etapa, estabelece-se o valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes e, na segunda etapa, as circunstâncias do caso serão consideradas, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.

7. Recurso especial provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator): 2. A controvérsia consiste em verificar a ocorrência ou não de violação à honra e à reputação do ora recorrente, à época dos fatos Superintendente Regional da Polícia Federal em São Paulo, investido hoje no cargo de Secretário de Estado de Defesa Social de Minas Gerais, por publicação de artigo em *blog* de titularidade do recorrido.

O Tribunal de origem, seguindo o entendimento exarado na sentença, não reconheceu o dever de indenizar, asseverando a inexistência de qualquer conduta ilícita apta a acarretar lesão à honra do autor, tendo em vista o cunho jornalístico da publicação:

O tema trazido a debate, nesta sede recursal, reagita a questão do aparente conflito entre os direitos fundamentais inscritos na Constituição Federal. De um lado o direito à intimidade, à honra e à vida privada, como reflexos do princípio da dignidade da pessoa humana e, de outro, a liberdade de manifestação do pensamento, como forma de satisfação do direito coletivo de informação, sendo indispensável ao regime democrático.

(...)

Conforme se vê da inicial, o apelante ocupava a função de Superintendente Regional da Polícia Federal quando, por meio de sitio eletrônico, o jornalista, ora apelado, publicou uma notícia intitulada "O que a PF quer? Ludibriar o Ministro da Justiça?", sugerindo que o referido delegado "não estaria cumprindo com seus deveres funcionais e que estaria fingindo investigar algo". (f. 05) O apelante afirma que o conteúdo, além de inverídico e difamante teria desrespeitado

sua honra e dignidade, "tendo denegrido e prejudicado de maneira dolorosa e profunda sua reputação como membro da Polícia Federal e como homem digno e correto que é" (f. 08).

O apelado, por seu turno, defende sua liberdade de informar, negando qualquer abuso no conteúdo do que foi publicado em seu *site*. Cumpre asseverar que, em casos como o presente, importa verificar se foi respeitada a estrita função da imprensa de informar acerca de fatos sem lançar conjecturas, juízos de valor ou atribuir classificações de desvalia ao sujeito objeto da reportagem.

(...)

A fim de melhor esclarecer a questão, trago o trecho da notícia indicado pelo autor -apelante na inicial (f. 28/30):

"No bojo da notícia veiculada, o ilustre jornalista aduziu o seguinte:

'Dr. Menezes, estou pronto para depor sobre esses dois Cavaleiros do Apocalipse . Recebi do Dr. Sérgio Barboza Menezes, Delegado de Polícia Federal - Superintendente Regional em exercício, o oficio 27/09, de 26 de janeiro de 2009, com o seguinte teor:

'No intuito de (sic) fazer uma análise de eventuais providências a serem adotadas, tendo em vista o conteúdo da representação protocolada por Vossa Senhoria sob o número 085000.000346/2009-25, solicito-lhe apresentar detalhamento de indícios (identidade, data, local horário, telefones, veículos, etc) que o levaram a concluir estar sofrendo, com seus familiares, 'ações de espionagem, perseguição e grampo telefônico', que visam 'intimidar' sua atuação profissional".

Em resposta, protocolei, hoje, dia 5 de fevereiro, na Polícia Federal, em São Paulo, às 12:15, protocolo eletrônico numero (*sic*) 3105, carta endereçada ao Dr. Sérgio Barboza Menezes, com o seguinte teor:

Ao Ilustríssimo Senhor Sérgio Barbosa Menezes Delegado de Polícia Federal Superintendente Regional em exercício Rua Hugo D'Antola, 95 Lapa, São Paulo/SP.

São Paulo, 5 de fevereiro, 2009

Ilmo. Senhor,

Em atenção ao ofício número 27/09, solicitaria que marcasse dia, hora e local para que eu fosse ouvido num eventual inquérito, tal qual sugerido pelo Ilustríssimo Ministro TARSO GENRO.

Atenciosamente.

Paulo Henrique Amorim.

Como sabem os navegantes do Conversa Afiada, denunciei "agentes" a serviço de Daniel Dantas e do Governador José Serra, que se articulavam (ou articulam, ainda) para me prejudicar.

Enviei uma cópia deste *post* ao Ministro FRANKLIN MARTINS, ao Ministro TARSO GENRO, ao diretor geral da Polícia Federal, e ao Supremo Presidente do Supremo, Ministro GILMAR DANTAS (segundo Ricardo Noblat).

O único que acusou recebimento foi o Ministro GENRO.

Imediatamente, encaminhei uma representação formal à Polícia Federal de São Paulo.

Agora, recebo este oficio do Dr. Menezes.

O que quer dizer isso?

"solicito-lhe apresentar detalhamento de indícios(...)"

Apresentar como?

Convocar os amigos ao Bar Brahma e, entre bolinhos de bacalhau, amendoim torrado e chopp preto, é claro, "apresentar detalhamento de indícios"?

Nunca ouvi falar em procedimento igual: enviar uma carta à suposta vítima e pedir para "apresentar detalhamento(...)"

Onde está isso nas regras e na rotina dos procedimentos de investigações policiais?

O que a Polícia Federal de São Paulo quer?

Arquivar a investigação?

Fingir que investiga?

Concluir que não apurou nada, ANTES

de investigar?

Ludibriar o Ministro da Justiça?

Proteger Daniel Dantas e José Pedágio?

"Caro Delegado Menezes: estou pronto para conversar com o senhor.

Terei o maior prazer em ajudá-lo e à sua equipe a esclarecer as atividades de Dantas e José Serra, de mãos dadas, no mundo das trevas. Paulo Henrique Amorim".

No caso presente, a matéria apontada como danosa, revela evidente o conteúdo jocoso, mas meramente informativo e, sob esse panorama, não há falar em qualquer conduta ilícita apta a acarretar lesão à honra objetiva do autor, tampouco em compensação por danos morais, por se tratar de legítimo exercício do direito de informação, haja vista que o réu se limitou a divulgar fatos, sem a presença de dolo, má-fé ou abuso de direito (CC, art. 188, I).

Não houve, assim, a meu ver, transbordamento do direito de informar, capaz de macular a honra do autor-apelante, tendo havido mera colocação dos fatos, cabendo ao leitor da matéria a formação do juízo de valor a seu respeito.

(...)

Quanto ao comentários que se seguiram da matéria publicada, entendo não se poder exigir ao apelado a responsabilidade moral por tais opiniões, até porque a internet é um veículo rápido e tudo aquilo que é postado é visto simultaneamente, máxime se, como dito alhures, o conteúdo não tem caráter abusivo ou ofensivo. Ademais, dentre os comentários postados, constam diversos apoios ao ato praticado pelo apelante, a demonstrar a diversidade dos conteúdos postados (f. 30/40).

É bem de ver que o suporte fático dos autos, exaustivamente delineado pelo acórdão recorrido, é incontroverso, inconformando-se o recorrente apenas com as consequências jurídicas a que chegou a Corte local. Assim, entendo, como já manifestado em tantas outras oportunidades e, recentemente, em julgamento chancelado pela maioria deste Colegiado (Aresp nº 127.467/SP), que a análise da controvérsia prescinde de reapreciação do conjunto fático-probatório, bastando a valoração de fatos perfeitamente admitidos pelas partes e pelo órgão julgador, atribuindo-lhes o correto valor jurídico.

3. Quanto ao mérito, conforme se percebe, o litígio revela o já conhecido conflito entre direitos fundamentais, consagrados na Constituição Federal de 1988, assim como na legislação infraconstitucional, qual seja, de um lado, o direito à liberdade de informação, de manifestação do pensamento, o livre exercício da imprensa, e, de outro, a tutela dos direitos da personalidade, como a imagem e a honra.

Bastante elucidativo, ainda mais para o caso dos autos - que envolve publicação em *blog* -, artigo sobre o tema de autoria do eminente Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, por meio do qual ensina que, "a doutrina brasileira distingue as liberdades de informação e de expressão, registrando que a primeira diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado; por seu turno, a liberdade de expressão, destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano". (Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm. Acesso em: 20/10/16)

Na mesma linha, é a lição de LUÍS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, para quem "é importante sistematizar, de um lado, o direito de informação, e de outro, a liberdade de expressão. No primeiro está apenas a divulgação de fatos, dados, qualidades, objetivamente apuradas. No segundo está a livre expressão do pensamento por qualquer meio, seja a criação artística

ou literária, que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou em qualquer outro veículo". (**Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25).

A liberdade de imprensa, consoante se percebe, é manifestação das duas, é por meio dela que se assegura a transmissão das informações e dos juízos de valor pelos meios de comunicação social de massa. A expressão designa a liberdade de comunicarem fatos e ideias, conquistada pelos meios de comunicação em geral, e não somente os meios impressos, como poderia sugerir o nome.

Com efeito, a liberdade de imprensa compreende, desse modo, tanto a liberdade de informação como a de expressão.

Assim, é possível perceber ponto relevante de distinção entre a informação e a expressão, qual seja a impossibilidade de na informação prescindir-se da verdade, "pela circunstância de que é isso que as pessoas legitimamente supõem estar conhecendo ao buscá-la". E arremata o Ministro BARROSO: "decerto, não se cogita desse requisito quando se cuida de manifestações da liberdade de expressão. De qualquer forma, a distinção deve pautar-se por um critério de prevalência: haverá exercício do direito de informação quando a finalidade da manifestação for a comunicação de fatos noticiáveis, cuja caracterização vai repousar sobretudo no critério da sua veracidade" (*Op. cit.*).

LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR assevera que "atualmente, pode-se falar em um direito de quarta geração , que é o correlacionado com o de informar apenas o que seja verdadeiro , acompanhando a posição da doutrina. Não basta simplesmente divulgar, mas devem ser noticiados apenas fatos verdadeiros, atendendo, dessa forma, a função social da atividade informativa". (O sistema constitucional, a liberdade de expressão e de imprensa. Direito de crítica. Político. Limites frente à função social da informação. *In*: **Repertório IOB de jurisprudência: civil, processual, penal e comercial**, n° 19, pp. 660-655, 1. quinz. out. 2009). Destarte, conclui-se que somente se estará diante de informação digna de proteção quando presente o requisito interno da verdade, decorrente da circunstância de a informação conferir ciência da realidade. Advirta-se, contudo, que não se exige para a proteção anunciada uma verdade absoluta, mas, por outro lado, compreendida a partir da diligência do informador, a quem incumbe apurar de forma séria os fatos que pretende tornar públicos. Com efeito, "para haver responsabilidade, é necessário haver clara negligência na apuração do fato ou dolo na difusão da falsidade". (BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*)

Nessa linha, o voto proferido pela eminente Ministra NANCY ANDRIGHI, no julgamento do REsp. nº 1.414.004/DF, pela Terceira Turma deste Tribunal:

11. A imprensa deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade. O veículo de comunicação somente se exime de culpa quando buscar fontes fidedignas, exercendo atividade investigativa, ouvindo as diversas partes interessadas e afastando quaisquer dúvidas sérias quanto à verossimilhança do que divulgará.

Confira-se, abaixo, a ementa do julgado:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MATÉRIA JORNALÍSTICA. CONTEÚDO OFENSIVO. LIBERDADE DE IMPRENSA. LIMITES. DISPOSTIVOS LE-

GAIS ANALISADOS: 5º E 220 DA CF/88 E 186 E 927 DO CC/02.

1. Ação ajuizada em 23/08/2007. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 05/12/2013.

2. Recurso especial em que se discute os limites da liberdade de imprensa.

3. O direito à informação não elimina as garantias individuais, porém encontra nelas os seus limites, devendo atentar ao dever de veracidade, ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade.

4. O veículo de comunicação somente se exime de culpa quando buscar fontes fidedignas, exercendo atividade investigativa, ouvindo as diversas partes interessadas e afastando quaisquer dúvidas sérias quanto à verossimilhança do que divulgará.

5. Hipótese em julgamento na qual o comportamento do recorrente extrapolou em muito o *animus narrandi*, tendo por escopo nodal atingir a honra e a imagem do recorrido, com o agravante de se utilizar como subterfúgio informações inverídicas, evidenciando, no mínimo, displicência do jornalista na confirmação dos fatos trazidos pela sua fonte.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1414004/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 06/03/2014)

Quanto ao tema, confira-se o que foi decidido no julgamento do REsp nº 680.794/PR, cuja ementa se reproduz:

RESPONSABILIDADE CIVIL. NOTÍCIA JORNALÍSTICA QUE IRROGA A MOTORISTA DE CÂMARA MUNICIPAL O PREDICADO DE "BÊBADO". INFORMAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO QUE, ADEMAIS, NÃO SE DISTANCIA DA REALIDADE DOS FATOS. NÃO COMPROVAÇÃO, EM SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA, DO ESTADO DE EMBRIAGUEZ. IRRELEVÂNCIA. LIBERDADE DE IMPRENSA. AUSÊNCIA DE ABUSO DE DIREITO.

1. É fato incontroverso que o autor, motorista de Câmara Municipal, ingeriu bebida alcoólica em festa na qual se encontravam membros do Poder Legislativo local e que, em seguida, conduziu o veículo oficial para sua residência. Segundo noticiado, dormiu no interior do automóvel e acordou com o abalroamento no muro ou no portão de sua casa. Constam da notícia relatos da vizinhança, no sentido de que o motorista da Câmara ostentava nítido estado de embriaguez.

2. Se, por um lado, não se permite a leviandade por parte da imprensa e a publicação de informações absolutamente inverídicas que possam atingir a honra da pessoa, não é menos certo, por outro lado, que da atividade jornalística não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial ou judicial.

3. O dever de veracidade ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa não deve consubstanciar-se dogma absoluto, ou condição peremptoriamente necessária à liberdade de imprensa, mas um compromisso ético com a informação verossímil, o que pode, eventualmente, abarcar informações não totalmente precisas.

4. Não se exige a prova inequívoca da má-fé da publicação (*actual malice*), para ensejar a indenização.

5. Contudo, dos fatos incontroversos, conclui-se que, ao irrogar ao autor o predicado de "bêbado", o jornal agiu segundo essa margem tolerável de inexatidão, orientado, ademais, por legítimo juízo de aparência acerca dos fatos e por interesse público extreme de dúvidas, respeitando, por outro lado, o dever de diligência mínima que lhe é imposto.

6. A pedra de toque para aferir-se legiti-

midade na crítica jornalística é o interesse público, observada a razoabilidade dos meios e formas de divulgação da notícia.

7. A não comprovação do estado de embriaguez, no âmbito de processo disciplinar, apenas socorre o autor na esfera administrativa, não condiciona a atividade da imprensa, tampouco suaviza o desvalor da conduta do agente público, a qual, quando evidentemente desviante da moralidade administrativa, pode e deve estar sob as vistas dos órgãos de controle social, notadamente, os órgãos de imprensa.

8. Com efeito, na reportagem objeto do dissenso entre as partes, vislumbra-se simples e regular exercício de direito, consubstanciado em crítica jornalística própria de estados democráticos, razão pela qual o autor deve, como preço módico a ser pago pelas benesses da democracia, conformar-se com os dissabores eventualmente experimentados.

9. Recurso especial provido.

(REsp 680.794/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 17/06/2010, DJe 29/06/2010)

A doutrina menciona, ainda, o interesse público como limite genérico às liberdades de informação e de expressão, cuidando-se, nesse caso, do conteúdo veiculado pelo agente informador.

Quanto ao ponto, BARROSO preleciona com sensatez:

O interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro se presume, como regra geral. A sociedade moderna gravita em torno da notícia, da informação, do conhecimento e de ideias. Sua livre circulação, portanto, é da essência do sistema democrático e do modelo de sociedade aberta e pluralista que se pretende preservar e ampliar. Caberá ao interessado na não divulgação demonstrar que, em determinada hipótese, existe um interesse privado excepcional que sobrepuja o interesse público residente na própria liberdade de expressão e de informação.

(Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa).

A regra, pois, é que toda a atuação do Poder Público, em qualquer de suas esferas, seja pública, consistindo essa publicidade no mecanismo pelo qual ao povo será possível o controle da atuação dos agentes que atuam em seu nome. De fato, é assegurado pelo art. 5º, XXXIII o direito de todos ao acesso a informações produzidas no âmbito de órgãos públicos, salvo os casos de imprescindível sigilo.

Colho, nesse sentido, trecho do voto proferido no julgamento da paradigmática ADPF nº 130/DF, em que se declarou a Lei de Imprensa como não recepcionada pela Constituição Federal, sublinhou o eminente Ministro CELSO DE MELLO:

A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer parcela de autoridade no âmbito do Estado, pois o interesse social, fundado na necessidade de preservação dos limites ético-jurídicos que devem pautar a prática da função pública, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar os detentores do poder. Uma vez dela ausente o *animus injuriandi vel diffamandi*, (...) a crítica que os meios de comunicação dirigem às pessoas públicas, especialmente às autoridades e aos agentes do Estado, por mais acerba, dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos da personalidade. (...)

Vê-se, pois, que a crítica jornalística, quando inspirada pelo interesse público, não importando a acrimônia e a contundência da

opinião manifestada, ainda mais quando dirigida a figuras públicas, com alto grau de responsabilidade na condução dos negócios do Estado, não traduz nem se reduz, em sua expressão concreta, à dimensão de abuso da liberdade de imprensa, não se revelando suscetível, por isso mesmo, em situações de caráter ordinário, à possibilidade de sofrer qualquer repressão estatal ou de se expor a qualquer reação hostil do ordenamento positivo (...).

Na mesma linha, o julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 690.841/SP, também da Suprema Corte:

LIBERDADE DE INFORMAÇÃO - DIREITO DE CRÍTICA – PRERROGATIVA POLÍTICO-JURÍDICA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL – MATÉRIA JORNALÍSTICA QUE EXPÕE FATOS E VEICULA OPINIÃO EM TOM DE CRÍTICA - CIRCUNSTÂNCIA QUE EXCLUI O INTUITO DE OFENDER – AS EXCLUDENTES ANÍMICAS COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO DO *ANIMUS INJURIANDI VEL DIFFAMANDI* - AUSÊNCIA DE ILICITUDE NO COMPORTAMENTO DO PROFISSIONAL DE IMPRENSA - INOCORRÊNCIA DE ABUSO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO - CARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE, DO REGULAR EXERCÍCIO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO - O DIREITO DE CRÍTICA, QUANDO MOTIVADO POR RAZÕES DE INTERESSE COLETIVO, NÃO SE REDUZ, EM SUA EXPRESSÃO CONCRETA, À DIMENSÃO DO ABUSO DA LIBERDADE DE IMPRENSA - A QUESTÃO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO (E DO DIREITO DE CRÍTICA NELA FUNDADO) EM FACE DAS FIGURAS PÚBLICAS OU NOTÓRIAS - JURISPRUDÊNCIA - DOUTRINA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. - A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos oficiais. - A crítica que os meios de comunicação social dirigem a pessoas públicas (e a figuras notórias), por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. - Não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa, a quem tais observações forem dirigidas, ostentar a condição de figura notória ou pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. Jurisprudência. Doutrina. - O Supremo Tribunal Federal tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, verdadeira "garantia institucional da opinião pública" (VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR), por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material ao próprio regime democrático. - Mostra-se incompatível, com o pluralismo de ideias (que

legitima a divergência de opiniões), a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado - inclusive seus Juízes e Tribunais - não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa, não cabendo, ainda, ao Poder Público, estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição indevida aos *mass media*, que hão de ser permanentemente livres, em ordem a desempenhar, de modo pleno, o seu dever -poder de informar e de praticar, sem injustas limitações, a liberdade constitucional de comunicação e de manifestação do pensamento. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência comparada (Corte Européia de Direitos Humanos e Tribunal Constitucional Espanhol)

(AI 690841 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 21/06/2011, Acódão Eletrônico Dje-150 Divulg 04/08/2011 Public 05/08/2011).

A mesma ideia é extraída de precedentes deste Tribunal Superior:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DANOS MORAIS. MATÉRIA JORNALÍSTICA OFENSIVA. LEI DE IMPRENSA (LEI Nº 5.250/67). ADPF Nº 130/DF. EFEITO VINCULANTE. OBSERVÂNCIA. LIBERDADE DE IMPRENSA E DE INFORMAÇÃO (CF, ARTS. 5º, IV, IX E XIV, E 220, *CAPUT* , §§ 1º E 2º). CRÍTICA JORNALÍSTICA. OFENSAS À IMAGEM E À HONRA DE MAGISTRADO (CF, ART. 5º, V E X). ABUSO DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE IMPRENSA NÃO CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO.

1. Na hipótese em exame, a Lei de Imprensa foi utilizada como fundamento do v. acórdão recorrido e o recurso especial discute sua interpretação e aplicação. Quando o v. acórdão recorrido foi proferido e o recurso especial foi interposto, a Lei n° 5.250/67 estava sendo normalmente aplicada às relações jurídicas a ela subjacentes, por ser existente e presumivelmente válida e, assim, eficaz.

2. Deve, pois, ser admitido o presente recurso para que seja aplicado o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, sendo possível a análise da controvérsia com base no art. 159 do Código Civil de 1916, citado nos acórdãos trazidos como paradigmas na petição do especial.

3. A admissão do presente recurso em nada ofende o efeito vinculante decorrente da ADPF 130/DF, pois apenas supera óbice formal levando em conta a época da formalização do especial, sendo o mérito do recurso apreciado conforme o direito, portanto, com base na interpretação atual, inclusive no resultado da mencionada arguição de descumprimento de preceito fundamental. Precedente: REsp 945.461/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 15/12/2009, DJe de 26/5/2010.

4. O direito à imagem, de consagração constitucional (art. 5º, X), é de uso restrito, somente sendo possível sua utilização por terceiro quando expressamente autorizado e nos limites da finalidade e das condições contratadas.

5. A princípio, a simples utilização de imagem da pessoa, sem seu consentimento, gera o direito ao ressarcimento das perdas e danos, independentemente de prova do prejuízo (Súmula nº 403/STJ), exceto quando necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública (CC/2002, art. 20).

6. Tratando-se de imagem de multidão, de pessoa famosa ou ocupante de cargo público, deve ser ponderado se, dadas as circunstâncias, a exposição da imagem é ofensiva à

privacidade ou à intimidade do retratado, o que poderia ensejar algum dano patrimonial ou extrapatrimonial. Há, nessas hipóteses, em regra, presunção de consentimento do uso da imagem, desde que preservada a vida privada.

7. Em se tratando de pessoa ocupante de cargo público, de notória importância social, como o é o de magistrado, fica mais restrito o âmbito de reconhecimento do dano à imagem e sua extensão, mormente quando utilizada a fotografia para ilustrar matéria jornalística pertinente, sem invasão da vida privada do retratado.

8. Com base nessas considerações, conclui-se que a utilização de fotografia do magistrado adequadamente trajado, em seu ambiente de trabalho, dentro da Corte Estadual onde exerce a função judicante, serviu apenas para ilustrar a matéria jornalística, não constituindo, per si, violação ao direito de preservação de sua imagem ou de sua vida íntima e privada. Não há, portanto, causa para indenização por danos patrimoniais ou morais à imagem.

9. Por sua vez, a liberdade de expressão, compreendendo a informação, opinião e crítica jornalística, por não ser absoluta, encontra algumas limitações ao seu exercício, compatíveis com o regime democrático, quais sejam: (I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*).

10. Assim, em princípio, não caracteriza hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística que narre fatos verídicos ou verossímeis, embora eivados de opiniões severas, irônicas ou impiedosas, sobretudo quando se trate de figuras públicas que exerçam atividades tipicamente estatais, gerindo interesses da coletividade, e a notícia e crítica referirem-se a fatos de interesse geral relacionados à atividade pública desenvolvida pela pessoa noticiada. Nessas hipóteses, principalmente, a liberdade de expressão é prevalente, atraindo verdadeira excludente anímica, a afastar o intuito doloso de ofender a honra da pessoa a que se refere a reportagem. Nesse sentido, precedentes do egrégio Supremo Tribunal Federal: ADPF 130/DF, de relatoria do Ministro CARLOS BRITTO; AgRg no AI 690.841/SP, de relatoria do Ministro CELSO DE MELLO.

11. A análise relativa à ocorrência de abuso no exercício da liberdade de expressão jornalística a ensejar reparação civil por dano moral a direitos da personalidade depende do exame de cada caso concreto, máxime quando atingida pessoa investida de autoridade pública, pois, em tese, sopesados os valores em conflito, mostra-se recomendável que se dê prevalência à liberdade de informação e de crítica, como preço que se paga por viver num Estado Democrático.

12. Na espécie, embora não se possa duvidar do sofrimento experimentado pelo recorrido, a revelar a presença de dano moral, este não se mostra indenizável, por não estar caracterizado o abuso ofensivo na crítica exercida pela recorrente no exercício da liberdade de expressão jornalística, o que afasta o dever de indenização. Trata-se de dano moral não indenizável, dadas as circunstâncias do caso, por força daquela "imperiosa cláusula de modicidade" subjacente a que alude a eg. Suprema Corte no julgamento da ADPF 130/DF.

13. Recurso especial a que se dá provimento, julgando-se improcedentes os pedidos formulados na inicial.

(REsp 801.109/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 12/03/2013)

4. Seguindo essa linha de raciocínio, é importante registrar, no em tanto, que a liberdade de informação, de expressão, e, bem assim, a liberdade de imprensa não são direitos absolutos, encontrando limites na própria Constitui-

ção. É certo que a comunicação pela imprensa, que reúne em si a informação e a expressão, goza de liberdade para melhor desenvolver sua atividade essencial, socialmente importante, mas é igualmente certo que essa liberdade esbarra na dignidade da pessoa humana, ligada a valores da personalidade: honra, imagem e direito de professar suas convicções, sejam de que natureza forem.

Destarte, sempre que identificada, em determinado caso concreto, a agressão àquela vertente da dignidade, advinda do exercício do direito à informação ou à expressão, este exercício deve ser considerado abusivo, e ao Estado-juiz é permitido, antes exigido, interferir para por termo à desnecessária violência capaz de comprometer a dignidade.

Sobre o ponto, a lição de JEOVÁ, no dedicado trabalho **Dano Moral Indenizável** :

A colisão que ocorre entre o direito à honra e a liberdade de manifestação do pensamento deve ser resolvida à luz do caso concreto. Até que ponto a notícia ficou circunscrita à informação, sem o baldão que enxovalha ou que causa enorme prejuízo à honra das pessoas. É a análise desapaixonada do caso concreto que dirá se houve abuso na liberdade de bem informar.

(...)

Todo direito é relativo e suscetível de sofrer restrição como vem sendo afirmado neste capítulo. O direito à liberdade de pensamento goza de primazia desde que o pensamento exteriorizado seja verdadeiro, isento de influências, apresentado em linguagem correta e com moderação e que evite atitude que possa revelar ensaio sensacionalista. Ainda que ingresse na órbita privada de alguém, se os meios de comunicação mantêm essas pautas, não existe agressão à dignidade humana.

(SANTOS, Antonio Jeová. *Op. cit.* p. 297/299)

E na trilha desse entendimento, VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR sintetiza:

5. De grande importância, nesse ponto, a apresentação de um último elemento a ser considerado na ponderação dos direitos e liberdades que podem estar em colisão no caso concreto, qual seja a prescindibilidade da má-fé para a caracterização do abuso do direito de informar e de expressar-se.

De fato, ficou assentado no julgamento do REsp nº 680.794/PR, citado acima, que para ensejar indenizações do jaez desta que se ora persegue, não se exige a prova inequívoca da má-fé da publicação, à semelhança do que ocorrera na jurisprudência norte-americana, sobretudo na década de 80, quando vicejou a doutrina da *actual malice*, ou a chamada Regra New York Times, nascida originalmente em 1964, no marcante caso New York Times Co. vs Sullivan, julgado no Estado do Alabama.

Essa doutrina afirma que a pessoa atingida em sua honra com notícia difamatória "só teria seu interesse protegido caso pudesse demonstrar que a afirmação fora feita com intenção maliciosa (*actual malice*), entendendo-se, com isso, conhecimento efetivo da falsidade da afirmação infamante ou, pelo menos, um desconhecimento culposo (negligente)" (FERRAZ JR. Tercio Sampaio. "Liberdade de opinião, liberdade de informação: mídia e privacidade". Revista dos Tribunais, ano 6 – nº 23 – abril-julho de 1998, **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política,** IBDC, pp. 24/29).

A tanto, porém, não devemos chegar, porquanto a fórmula não se molda ao sistema jurídico pátrio.

De fato, a premissa da *actual malice* pode consubstanciar-se, no mais das vezes, em exigência de prova diabólica, improvável de ser produzida, notadamente porque perquirições

acerca de conhecimento prévio da falsidade (*knowledge of falsity*), ainda que verificado um agir grosseiro (*reckless disregard*), arvoram-se em recintos impenetráveis da subjetividade humana, o que é incompatível com o sistema processual brasileiro.

Ressalva há de ser feita, em alguma medida, em relação às pessoas públicas, porquanto o sistema permite, nesse caso, critérios diferenciados de responsabilização da imprensa, sopesando o maior ou menor grau de exposição.

Nessa esteira, como asseverou o eminente Ministro GILMAR MENDES, no HC n.º 78.426, a jurisprudência "define tópicos que hão de balizar o complexo de ponderação, fixando-se que os homens públicos estão submetidos à exposição de sua vida e de sua personalidade e, por conseguinte, estão obrigados a tolerar críticas que, para o homem comum, poderiam significar uma séria lesão à honra. Todavia, essa orientação, segundo o Supremo Tribunal Federal, não outorga ao crítico um *bill* de idoneidade, especialmente quando imputa a prática de atos concretos que resvalam para o âmbito da criminalidade".

6. Com efeito, a *vexata quaestio* resolve-se mesmo a partir da imposição de uma prudente diligência por parte de quem noticia fatos potencialmente ofensivos a outrem, prudência esta a ser extraída objetivamente da conduta realizada.

No caso dos autos, após a narrativa de um fato verdadeiro, que, por si só, não seria notícia, qual seja, o protocolo da Reclamação pelo recorrido e o envio de Ofício pelo recorrente, o jornalista passa a desenvolver uma narrativa que muito se afasta da realidade, da necessidade e da razoabilidade, agindo, evidentemente, distante da margem tolerável da crítica, transformando a publicação em verdadeiro escárnio com a instituição policial e, principalmente, em relação a seu dirigente maior à época, o ora recorrente, condutor das atividades investigativas colocadas à prova pelo jornalista.

Disse o jornalista:

. Agora, recebo este ofício do Dr. Menezes.

. O que quer dizer isso?

. "solicito-lhe apresentar detalhamento de indícios(...)".

. Apresentar como?

. Convocar os amigos ao Bar Brahma e, entre bolinhos de bacalhau, amendoim torrado e chopp preto, é claro, "apresentar detalhamento de indícios"?

. Nunca ouvi falar em procedimento igual: enviar uma carta à suposta vítima e pedir para "apresentar detalhamento(...)".

. Onde está isso nas regras e na rotina dos procedimentos de investigações policiais?

O que a Polícia Federal de São Paulo quer?

. Arquivar a investigação?

. Fingir que investiga?

. Concluir que não apurou nada, ANTES de investigar?

. Ludibriar o Ministro da Justiça?

. Proteger Daniel Dantas e José Pedágio?

. Caro Delegado Menezes: estou pronto para conversar com o senhor. Terei o maior prazer em ajudá-lo e à sua equipe a esclarecer as atividades de Dantas e José Serra, de mãos dadas, no mundo das trevas.

Paulo Henrique Amorim".

Destarte, penso que as insinuações apresentadas pelo autor da publicação foram por demais sérias e desarrazoadas: acusar o Superintendente de arquivamento doloso de investigações policiais, sejam elas quais forem e relativas a quem quer que sejam, afirmar que as referidas investigações não passam de fingimento ou tentativa de ludibriar o Ministro da Justiça e proteger investigados, caracterizam-se como levianas, porque desacompanhadas de quaisquer provas ou fatos concretos capazes de fundamentá-las.

Interessante, nesse ponto, trazer à baila considerações feitas pelo eminente Ministro RAUL ARAÚJO, em julgamento recente proferido por esta colenda Quarta Turma, em que também analisou-se a acusação de abuso dos direitos de informação e de expressão, além de violação à honra, por publicação feita no mesmo *blog* conversa afiada, de autoria do ora recorrido.

Naquela oportunidade, este colegiado, por maioria, a partir de dedicada análise do caso concreto, concluiu pelo exercício abusivo e leviano daquelas liberdades e reconheceu o dano à dignidade do sujeito alvo dos ataques.

Na ocasião, o eminente Ministro RAUL ARAÚJO, relator para o acórdão, destacou as circunstâncias determinantes para a tomada daquela decisão, como se segue:

No caso em debate, conforme se observa nos trechos do v. acórdão estadual e da r. sentença acima transcritos, o ora recorrido, de forma reiterada, por meses sucessivos, afirma que os ora recorrentes, aos quais denomina de "subempresários" , teriam recebido empréstimo no Governo Lula, sem nenhuma contraprestação, para adquirirem empresa de telefonia, participando de uma trama visando abafar anterior escândalo investigado na chamada Operação Satiagraha, dizendo, ainda, que faziam parte do que se denominou "telegangues".

Não era, portanto, uma matéria meramente informativa, mas sim, sobretudo, crítica, com conotação desabonadora (difamatória) da honra dos recorrentes, por tratamento injurioso e imputação caluniosa. O termo gangue, segundo o Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa, significa "associação de malfeitores, bando, quadrilha". Trata-se de termo formalmente injurioso, ofensivo em qualquer contexto.

A utilização de qualificativo, *per se*, objetivamente ofensivo à honra descaracteriza o *animus narrandi* e o *animus criticandi*. É certo que o termo "telegangue" pode ter sido criado e até empregado também por outros profissionais de imprensa, mas o recorrido dele se valeu para associá-lo diretamente aos nomes dos recorrentes, ofendendo-os. Nesse sentido, extrapolou os limites da crítica para ingressar no ataque à honra dos promoventes, o que configura o dever de indenizar.

Assim, *data venia*, a valoração trazida nas decisões proferidas nas instâncias ordinárias não se mostra ajustada ao caso que descrevem, merecendo reforma.

E arrematou o relator para o acórdão, peculiaridade da publicação que serve ao caso ora em análise:

Assim, *data venia*, a valoração trazida nas decisões proferidas nas instâncias ordinárias não se mostra ajustada ao caso que descrevem, merecendo reforma.

A simples colocação de ponto de interrogação após cada referência aos promoventes, aspecto destacado na sentença como demonstrativo "de dúvida do réu na informação" e de ausência de "direcionamento desrespeitoso", não afasta a ilicitude da conduta, mas, ao contrário, revela descaso para com a gravidade das imputações sugeridas. Ademais, os pontos de interrogação comportam livre interpretação acerca de seu significado na oração, podendo, inclusive, agravar a compreensão do leitor acerca da notícia.

O fato de se colocar ponto de interrogação após uma grave afirmação contra alguém não atenua o impacto da imputação a ponto de excluir a ilicitude dessa conduta em razão de que o injusto dano ao ofendido fica consumado. A assertiva continua lá, publicada na íntegra. Do contrário, seria possível veicular-se qualquer informação injuriosa, a qualquer pessoa, e facilmente obter-se isenção de responsabilidade.

Abaixo, ementa do acórdão:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. MATÉRIA JORNALÍSTICA. ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO PROVIDO.

1. Nas hipóteses em que os fatos vêm descritos no acórdão e na sentença, mostra-se viável que se faça a valoração da situação posta para verificar-se a existência ou não de ofensa à honra, não sendo de aplicar-se o entendimento anunciado na Súmula nº 7/STJ. Precedentes.

2. O aparente confronto entre o direito à informação e à crítica jornalística e os direitos à imagem, à honra e à vida privada somente pode ser harmonizado levando-se em consideração as premissas fáticas do caso.

3. A liberdade de expressão, compreendendo a informação, a opinião e a crítica jornalística, por não ser absoluta, encontra algumas limitações ao seu exercício, compatíveis com o regime democrático, quais sejam:

(I) o compromisso ético com a informação verossímil;

(II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*) - (REsp 801.109/DF).

4. A utilização de qualificativo, *per se*, objetivamente ofensivo à honra descaracteriza o *animus narrandi* e o *animus criticandi*, pois extrapola os limites da crítica para ingressar no ataque à honra.

5. O fato de as matérias desabonadoras terem sido reiteradas em diversos meios de comunicação não atenua a gravidade da conduta, ao contrário, a aumenta, pois sua maior repercussão amplia o dano injusto causado.

6. A fixação do valor da reparação decorrente do abuso do direito de informar e criticar deve ter como parâmetros o grau de culpa do ofensor, a gravidade de sua conduta, o nível socioeconômico das partes, o veículo em que a matéria foi difundida, a necessidade de restaurar o bem-estar da vítima, bem como desestimular a repetição de comportamento semelhante.

7. Agravo regimental provido, para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial.

(AgRg no AREsp 606415/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 07/04/2015, DJe 01/07/2015)

7. Saliente-se, por oportuno, que o *blog* Conversa Afiada se conceitua como uma "mídia interativa que comunica-se com humorismo, comicidade, sarcasmo e frases espirituosas que integram a liberdade de expressão e de imprensa. Esse é o perfil do blog imbuído do dever de informar e criticar, assim como a sociedade tem o direito de saber" (f. 114).

Sobre essa forma de fazer jornalismo, esta Colenda Quarta Turma já tratou no julgamento do REsp nº 1.500.676/DF, de relatoria do Ministro MARCO BUZZI, tendo como uma das partes, inclusive, o ora recorrido.

Naquela ocasião, com precisão, o eminente relator ponderou que "efetivamente, o conceito de liberdade de informação jornalística não está limitado à 'liberdade de imprensa', isso porque alcança qualquer forma de divulgação de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social, nele se incluindo a ferramenta utilizada na hipótese ora em foco, o *blog* (contração do termo inglês *web log* "diário da rede") que se constitui em um site cuja estrutura permite a atualização rápida a partir de acréscimos dos artigos ou *posts* (postagens)".

Também o Supremo Tribunal Federal, em enriquecedor julgamento de Medida Cautelar na ADI nº 4451/DF, reconheceu como legíti-

mas formas outras de divulgação da informação, distantes das tradicionais, nos termos da ementa que se reproduz:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISOS II E III DO ART. 45 DA LEI Nº 9.504/1997.

1. Situação de extrema urgência, demandante de providência imediata, autoriza a concessão da liminar "sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado" (§ 3º do art. 10 da Lei nº 9.868/1999), até mesmo pelo relator, monocraticamente, *ad referendum* do Plenário.

2. Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *lato sensu*. Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal: liberdade de "manifestação do pensamento", liberdade de "criação", liberdade de "expressão", liberdade de "informação". Liberdades constitutivas de verdadeiros bens de personalidade, porquanto correspondentes aos seguintes direitos que o art. 5º da nossa Constituição intitula de "Fundamentais": a) "livre manifestação do pensamento" (inciso IV); b) "livre [...] expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação" (inciso IX); c) "acesso a informação" (inciso XIV).

3. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a imprensa mantém com a democracia a mais entranhada relação de interdependência ou retroalimentação. A presente ordem constitucional brasileira autoriza a formulação do juízo de que o caminho mais curto entre a verdade sobre a conduta dos detentores do Poder e o conhecimento do público em geral é a liberdade de imprensa. A traduzir, então, a ideia-força de que abrir mão da liberdade de imprensa é renunciar ao conhecimento geral das coisas do Poder, seja ele político, econômico, militar ou religioso.

4. A Magna Carta Republicana destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como a mais avançada sentinela das liberdades públicas, como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Os jornalistas, a seu turno, como o mais desanuviado olhar sobre o nosso cotidiano existencial e os recônditos do Poder, enquanto profissionais do comentário crítico. Pensamento crítico que é parte integrante da informação plena e fidedigna. Como é parte do estilo de fazer imprensa que se convencionou chamar de humorismo (tema central destes autos). A previsível utilidade social do labor jornalístico a compensar, de muito, eventuais excessos desse ou daquele escrito, dessa ou daquela charge ou caricatura, desse ou daquele programa.

5. Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de "imprensa", sinônimo perfeito de "informação jornalística" (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmen-

te contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V. A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. Isso porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, lócus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Decisão a que se pode agregar a ideia de que a locução "humor jornalístico" enlaça pensamento crítico, informação e criação artística.

6. A liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer constrições em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. Tanto em período não-eleitoral, portanto, quanto em período de eleições gerais. Se podem as emissoras de rádio e televisão, fora do período eleitoral, produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam partidos políticos, pré-candidatos e autoridades em geral, também podem fazê-lo no período eleitoral. Processo eleitoral não é estado de sítio (art. 139 da CF), única fase ou momento de vida coletiva que, pela sua excepcional gravidade, a Constituição toma como fato gerador de "restrições à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei" (inciso III do art. 139).

7. O próprio texto constitucional trata de modo diferenciado a mídia escrita e a mídia sonora ou de sons e imagens. O rádio e a televisão, por constituírem serviços públicos, dependentes de "outorga" do Estado e prestados mediante a utilização de um bem público (espectro de radiofrequências), têm um dever que não se estende à mídia escrita: o dever da imparcialidade ou da equidistância perante os candidatos. Imparcialidade, porém, que não significa ausência de opinião ou de crítica jornalística. Equidistância que apenas veda às emissoras de rádio e televisão encamparem, ou então repudiarem, essa ou aquela candidatura a cargo político-eletivo.

8. Suspensão de eficácia do inciso II do art. 45 da Lei nº 9.504/1997 e, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo, incluídos pela Lei nº 12.034/2009. Os dispositivos legais não se voltam, propriamente, para aquilo que o TSE vê como imperativo de imparcialidade das emissoras de rádio e televisão. Visa a coibir um estilo peculiar de fazer imprensa: aquele que se utiliza da trucagem, da montagem ou de outros recursos de áudio e vídeo como técnicas de expressão da crítica jornalística, em especial os programas humorísticos.

9. Suspensão de eficácia da expressão "ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes", contida no inciso III do art. 45 da Lei nº 9.504/1997. Apenas se estará diante de uma conduta vedada quando a crítica ou matéria jornalísticas venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral. Hipótese a ser avaliada em cada caso concreto.

10. Medida cautelar concedida para suspender a eficácia do inciso II e da parte final do inciso III, ambos do art. 45 da Lei nº 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo.

8. Nessa trilha de raciocínio, tomando por base que o direito à informação e à manifestação de expressão, por meio da imprensa, deve, necessariamente, observar: "(I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com o intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa" (REsp nº 801.109/DF, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, DJe

12/03/2013), certo é que a publicação extrapolou os limites meramente informativos e opinativos do ofício jornalístico, acarretando ofensa à honra e à imagem do ora recorrente.

Em que pese a peculiaridade do instrumento utilizado (*blog*), considerado pelo réu como "meio de comunicação ágil, moderno, livre, informal e despretensioso" e de se constituir em mídia na qual a informação se dá com "humorismo, comicidade, sarcasmo e frases espirituosas", é preciso considerar que a publicação foi apresentada na rede mundial de computadores, instrumento, como sabido, capaz de propagar a veiculação em questão de segundos, a recomendar maior reprovabilidade.

Isto posto, presentes o nexo de causalidade e o dano ao autor, certo é o dever de reparar o prejuízo causado, mediante indenização.

9. Por fim, no que respeita à alegação de responsabilidade do ora recorrido pelos comentários dos leitores que se seguiram ao *post* de sua autoria, penso que não há como prosperar o recurso. Isto porque não há, nas decisões de origem, sentença e acórdão, reprodução dos textos impugnados, sendo, assim, impossível a verificação do abuso.

Com efeito, antes mesmo da definição acerca da responsabilidade do recorrido por publicações de terceiros em seu *blog*, seria necessária a verificação do teor dessas publicações, para, numa análise prévia, considerá-las abusivas do direito do recorrente ou não, providência, esta sim, possível apenas a partir do revolvimento das provas dos autos, inviável em sede de recurso especial.

Sabe-se que este Superior Tribunal de Justiça, em julgamentos proferidos pela Egrégia Terceira Turma, ambos de relatoria da eminente Ministra NANCY ANDRIGH, já considerou que "o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no *site* [*blog*] pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02".

Seguindo nessa linha, ressalvou-se que "ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor [de hospedagem do *blog*] agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada".

Esclareceu a relatora que esse entendimento seria o aplicável aos casos de "atuação do *blog* como provedor de conteúdo – como seria o caso de mensagens moralmente danosas postadas por seguidores", situação dos autos.

Confira-se a ementa de um dos acórdãos citados:

DIREITO CIVIL. *INTERNET*. *BLOGS*. NATUREZA DA ATIVIDADE. INSERÇÃO DE MATÉRIA OFENSIVA. RESPONSABILIDADE DE QUEM MANTÉM E EDITA O *BLOG*. EXISTÊNCIA. ENUNCIADO Nº 221 DA SÚMULA/STJ. APLICABILIDADE.

1. A atividade desenvolvida em um *blog* pode assumir duas naturezas distintas: (i) provedoria de informação, no que tange às matérias e artigos disponibilizados no *blog* por aquele que o mantém e o edita; e (ii) provedoria de conteúdo, em relação aos posts dos seguidores do *blog*.

2. Nos termos do enunciado nº 221 da Súmula/STJ, são civilmente responsáveis pela reparação de dano derivado de publicação pela imprensa, tanto o autor da matéria quanto o proprietário do respectivo veículo de divulgação.

3. O enunciado nº 221 da Súmula/STJ incide sobre todas as formas de imprensa, alcançado, assim, também os serviços de provedoria

de informação, cabendo àquele que mantém *blog* exercer o seu controle editorial, de modo a evitar a inserção no *site* de matérias ou artigos potencialmente danosos.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (REsp nº 1381610/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 03/09/2013, DJe 12/09/2013)

No caso sob exame, como dito, além de não terem sido reveladas pelas instâncias ordinárias, as mensagens dos seguidores, também não se tem notícia se o recorrido fora, por exemplo, instado a retirar do ar o material dito ofensivo (comentários) e, em caso positivo, se houve recusa em fazê-lo, tornando inviável, por mais esta razão, a análise do pleito recursal.

10. Caracterizado o dano moral, a condenação é de rigor.

Conforme assentado no recentíssimo julgamento do REsp nº 1.473.393, a valoração ou a quantificação do dano moral, em razão da dificuldade de se sistematizar parâmetros objetivos, tem sido uma das grandes problemáticas vividas pela prática forense, até porque são inúmeros os tipos de dano moral e os seus fatos geradores.

Na oportunidade, reconheceu-se que, apesar de ainda dispersa, a jurisprudência e a doutrina vêm tentando traçar, na medida do possível, parâmetros mais seguros para fins de mensuração, no caso concreto, dos danos extrapatrimoniais, estabelecendo racionalmente uma pertinência entre a extensão do dano moral e o montante fixado pelo julgador, evitando-se a arbitrariedade.

Nessa esteira, esclareceu-se "que valoração e quantificação do dano moral são conceitos próximos, porém distintos. Em comum, ambos implicam um esforço de particularização e de concreção, mas a valoração importa em determinar o conteúdo intrínseco do dano moral, a índole do interesse existencial violado e as projeções desvaliosas da lesão na subjetividade do ofendido. Uma vez que o dano tenha sido valorado, será necessário ponderar a repercussão no plano compensatório em um processo de quantificação que procura determinar quanto deve se pagar, de forma justa e equilibrada" (FARIAS, Cristiano Chaves. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 354).

Adotando esse critério bifásico e tendo como norte os precedentes judiciais, a Terceira Turma assentou que:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO.

1. Discussão restrita à quantificação da indenização por dano moral sofrido pelo devedor por ausência de notificação prévia antes de sua inclusão em cadastro restritivo de crédito (SPC).

2. Indenização arbitrada pelo tribunal de origem em R$ 300,00 (trezentos reais).

3. Dissídio jurisprudencial caracterizado com os precedentes das duas turmas integrantes da Segunda Secção do STJ.

4. Elevação do valor da indenização por dano moral na linha dos precedentes desta Corte, considerando as duas etapas que devem ser percorridas para esse arbitramento.

5. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes.

6. Na segunda etapa, devem ser conside-

radas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.

7. Aplicação analógica do enunciado normativo do parágrafo único do art. 953 do CC/2002.

8. Arbitramento do valor definitivo da indenização, no caso concreto, no montante aproximado de vinte salários mínimos no dia da sessão de julgamento, com atualização monetária a partir dessa data (Súmula nº 362/STJ).

9. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

10. Recurso Especial provido.

(REsp nº 1152541/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 13/09/2011, DJe 21/09/2011)

Nessa linha de raciocínio, esta Colenda Quarta Turma concluiu, à unanimidade, que o referido método bifásico parece ser o que melhor atende às exigências de um arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais, uma vez que minimiza eventual arbitrariedade ao se adotar critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano.

Assim, tendo em mira os parâmetros utilizados em julgamentos de dano à liberdade de expressão e informação, inclusive com utilização da mesma plataforma de divulgação da publicação (*blog* conversa afiada), citados neste voto, REsp nº 1500676/DF e AgRg no AREsp nº 606415/RJ, observadas as circunstâncias do caso e das partes envolvidas, tenho por razoável a condenação neles fixadas (R$ 30.000,00 - trinta mil reais), não destoando da proporcionalidade e da razoabilidade, tampouco dos critérios adotados pela jurisprudência desta Corte.

Na segunda fase, para a fixação definitiva da indenização, ajustando-se às circunstâncias particulares do caso, deve-se considerar, em primeiro lugar, a gravidade do fato em si, caracterizada pela ofensa à honra e reputação da vítima, a partir de insinuações sem comprovação respectiva, a responsabilidade do agente, que, como salientado pelo preclaro relator, Ministro RAUL ARAÚJO, no AgRg no AREsp nº 606415/RJ , é jornalista talentoso, profissional experiente, capaz de identificar termos ofensivos e a repercussão das notícias que propaga e a condição econômica do ofensor. Considere-se, ainda, como particularidade deste caso, a reiteração da conduta do ofensor, já tantas vezes repreendida e reiteradamente praticada.

Por tais razões, fixo a indenização em R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), corrigidos monetariamente a partir da publicação do acórdão, com juros de mora a contar do evento danoso.

O recorrido pagará os ônus da sucumbência, fixando-se os honorários de advogado em vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação.

É o voto.

VOTO-VOGAL

O SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO: Penso que, quanto ao valor, poderíamos tratar da redução dos R$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

Não houve gravidade evidente na ofensa perpetrada contra o promovente da ação. Talvez possamos diminuir para R$ 30.000,00 (trinta mil reais). É uma ponderação que faço.

Este caso representa mais uma galhofa, uma gozação, do que propriamente ofensa. Percebo mais um tom de pilhéria do que propriamente uma finalidade ofensiva, mais incisiva, mais contundente, mais direta. Embora tenha também um tom de crítica e mesmo de afronta, é verdade.

Dizer que "finge que investiga" é uma crítica, não é uma ofensa. Ele está criticando a forma como a investigação está sendo realizada, com a qual não concorda. Está deduzindo, então, uma crítica ao indagar: "Está fingindo que investiga?".

Não é uma coisa agradável de ouvir, mas é possível numa democracia. Senão também não admitiríamos críticas ao nosso trabalho, por exemplo.

Ao criticar o trabalho da Polícia, ele está dizendo: está fingindo que está investigando, e não está investigando . Vejo nisso uma crítica, dentro do direito de liberdade de imprensa, assegurado na Constituição Federal.

Estamos, talvez, em território limítrofe. Quando fazemos essas avaliações de regular exercício ou de abuso de liberdade de imprensa, caminhamos, muitas vezes, por uma trilha tênue, num contexto em que ora ocorre o abuso, ora não ocorre.

Então, não vou considerar que todo o trecho do que foi reportado pelo jornalista seja pura ofensa às autoridades, pois estas não podem ser tão melindráveis. Devem ser tolerantes.

É preciso que haja realmente ofensa clara no que se diz. A crítica é possível; a ofensa é que não. Então, nos trechos em que há ofensa é que podemos fazer algum reparo no trabalho de jornalistas.

Não se pode ser intolerante. Tem-se de ter o máximo de tolerância com a liberdade de imprensa, que é pilar da democracia. Também não nos cabe distinguir o que consideramos boa ou má imprensa. Devemos acolher toda a imprensa com ampla liberdade.

Nenhum julgador, ao condenar ou isentar jornalista pelas críticas que fez, deve pensar que se está prevenindo ou se candidatando a eventuais críticas futuras. Não é isso o que nos conduz nesses casos. Agimos examinando a hipótese, independentemente de que nos possa acontecer coisa semelhante no futuro.

Senhora Presidente, acompanho o voto do Relator, apenas reduzindo o valor da condenação. Penso que, assim, reduzido, ficará de tamanho adequado à ofensa perpetrada, que não reputo de maior gravidade. Houve mescla de crítica e de ofensa: uma parte é apenas crítica, sempre desagradável, sempre ruim de se ouvir; mas a outra é que é ofensa, efetivamente.

RECURSO ESPECIAL Nº 595.600 - SC (2003/0177033-2)

EMENTA

DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. TOPLESS PRATICADO EM CENÁRIO PÚBLICO.

Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem.

Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de Recurso Especial nº 595.600 - SC (2003/0177033-2), em que são partes: M.A.A.P., Recorrente e Zero Hora Editora Jornalística S.A., Recorrida, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do

Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros FERNANDO GONÇALVES, ALDIR PASSARINHO JUNIOR e BARROS MONTEIRO. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA.

Brasília, 18 de março de 2004 (data do julgamento).

MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA
Relator

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Maria Aparecida de Almeida Padilha , ora recorrente, ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais contra Zero Hora Editora Jornalística S.A., ora recorrida, tendo em vista a publicação desautorizada da autora em *topless*, fotografada em praia pública, em momento de lazer.

O MM. Juízo de primeiro grau julgou improcedente a demanda, assentando que a ré "exerceu sua liberdade de imprensa que tem amparo constitucional, sem ferir as garantias da autora, que, por sua vez, exerceu sua liberdade pessoal, consciente ou inconscientemente, produzindo notícia, pela prática de *topless*, em público." (f. 129).

Irresignada, a autora interpôs apelação para o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que, por maioria, deu-lhe provimento, deferindo indenização no importe de 100 salários-mínimos, asseverando:

"O direito a própria imagem, como direito personalíssimo, goza de proteção constitucional, sendo absoluto e, pois, oponível a todos os integrantes da sociedade, para os quais cria um dever jurídico de abstenção. A publicação de imagem de alguém fotografado imprescinde, sempre, de autorização do fotografado. Inexistente essa autorização, a veiculação da imagem materializa violação ao direito do respectivo titular, ainda que inexistente qualquer ultraje à moral e aos bons costumes. A ocorrência do dano, em tal hipótese, é presumida, resultando tão somente da vulneração do direito à imagem." (f. 151).

Os embargos infringentes opostos pela demandada, por sua vez, foram acolhidos em v. acórdão assim ementado:

"DIREITO À IMAGEM. IMPRENSA. *TOPLESS*. FOTOGRAFIA OBTIDA EM LOCAL PÚBLICO. DIVULGAÇÃO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

A partir do momento que uma jovem, por sua vontade livre e consciente, desnuda os seios em local público, expõe-se ela à apreciação das pessoas que ali se fazem presentes, de tal sorte que se jornal de circulação estadual e tido como idôneo lhe fotografa, apenas registra um fato que ocorreu numa praia, ampliando a divulgação de uma imagem que se fez aberta aos olhos do público." (f. 194).

Daí o recurso especial interposto pela demandante com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, por alegada violação do art. 159 do Código Civil de 1916 e divergência jurisprudencial.

Respondido, o apelo foi admitido na origem, ascendendo os autos a esta Corte.

É o relatório.

EMENTA

DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. *TOPLESS* PRATICADO EM CENÁ-

RIO PÚBLICO.

Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem.

Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada.

Recurso especial não conhecido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): A recorrente, que "não é atriz, nem modelo amador ou profissional, nem é pessoa famosa ou que sobreviva da comercialização de sua imagem." (f. 127), sustenta a ocorrência de danos morais em virtude da publicação em jornal de circulação estadual de sua imagem em *topless*, fotografada em local público.

Refutando a existência de ofensa moral, assentou o v. acórdão recorrido:

"Honra é o sentimento de dignidade própria que leva o indivíduo a procurar merecer a consideração geral. Se não há fato lesivo à honra, tampouco, não existe o dever de indenizar.

A imagem das pessoas constitui uma forma do direito à intimidade. Quem quer preservar sua honra e sua intimidade não expõe os seios para deleite da multidão. Se a embargada resolveu mostrar sua intimidade às pessoas deve ter maturidade suficiente para suportar as consequências de seus atos e não atribuir à imprensa a responsabilidade pelo ocorrido.

É importante salientar que a praia estava cheia e era feriado. A fotografia não foi obtida de recinto ou propriedade particular, ou de ambiente exclusivamente privado. Mas muito pelo contrário, o fotógrafo simplesmente registrou o que estava à mostra para todos os presentes na Praia Mole, naquele momento.

A embargada, mostrando-se da forma que estava, em pé, não estava em condições de ignorar que se tornaria objeto de atenções e aceitou implicitamente a curiosidade geral.

Da mesma forma que tinha direito, diante da liberdade que lhe é assegurada, de praticar *topless*, o fotógrafo usou da liberdade para fazer seu trabalho e registrou esta cena, e, no dia posterior, o jornal veiculou esta fotografia, exercendo seu direito de liberdade de imprensa. O jornal não fez uso irregular da fotografia, nem fez chamada sensacionalista. Como ficou registrado, não houve nenhum destaque e o nome da autora sequer foi referido na reportagem que a fotografia ilustra.

(...)

A honra da embargada, é importante salientar, não foi violada de maneira alguma. Poderia, em tese, admitir-se o pleito aqui deduzido em hipótese outra, por exemplo, na foto de uma moça, em uma praia, no momento em que acabava de recuperar-se de uma onda, totalmente desprevenida e que se encontrava com a peça superior de sua roupa de banho fora do lugar. Nesse caso, sim, absolutamente, inidônea e oportunista a atitude do jornal.

Mas a partir do momento em que a embargada não teve objeção alguma de que pessoas pudessem observar sua intimidade, não pode ela, vir à Justiça alegar que sua honra foi violada pelo fato de o Diário Catarinense ter publicado uma foto obtida naquele momento numa praia lotada e em pleno feriado." (f. 195-6).

Desse modo, o deslinde da controvérsia, como se desprende, reclama a conciliação de dois valores sagrados das sociedades culturalmente avançadas, quais sejam o da liberdade de informação (no seu sentido mais genérico, aí incluindo-se a divulgação da imagem) e o da proteção à intimidade, em que o resguardo da própria imagem está subsumido.

É certo que "em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano, nem a consequência do uso, se ofensivo ou não." (Segunda Seção, EREsp nº 230.268/SP, relatado pelo eminente Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 04/08/2003).

Todavia, a proteção à intimidade não pode ser exaltada a ponto de conferir imunidade contra toda e qualquer veiculação de imagem de uma pessoa, constituindo uma redoma protetora só superada pelo expresso consentimento, mas encontra limites de acordo com as circunstâncias e peculiaridades em que ocorrida a captação.

Esta Turma, em situação que aproveita à espécie, decidiu:

"CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. REPRODUÇÃO INDEVIDA. LEI Nº 5.988/73 (ART. 49, I, "F"). DEVER DE INDENIZAR. CÓDIGO CIVIL (ART. 159).

A imagem é a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana, e a emanação da própria pessoa, é o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam.

A sua reprodução, consequentemente, somente pode ser autorizada pela pessoa a que pertence, por se tratar de direito personalíssimo, sob pena de acarretar o dever de indenizar que, no caso, surge com a sua própria utilização indevida.

É certo que não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem; todavia, não se deve exaltar a liberdade de informação a ponto de se consentir que o direito a própria imagem seja postergado, pois a sua exposição deve condicionar-se a existência de evidente interesse jornalístico que, por sua vez, tem como referencial o interesse publico, a ser satisfeito, de receber informações, isso quando a imagem divulgada não tiver sido captada em cenário publico ou espontaneamente.

Recurso conhecido e provido." (REsp nº 58.101/SP, por mim relatado, DJ 09/03/1998).

Na espécie, a recorrida divulgou fotografia, sem chamada sensacionalista, de imagem da recorrente praticando *topless* "numa praia lotada em pleno feriado" (f. 196).

Isto é, a própria recorrente optou por revelar sua intimidade, ao expor o peito desnudo em local público de grande movimento, inexistindo qualquer conteúdo pernicioso na veiculação, que se limitou a registrar sobriamente o evento sem sequer citar o nome da autora.

Assim, se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução sem conteúdo sensacionalista pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada.

Portanto, *in casu*, não há qualquer ofensa moral.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.243.699 - RJ (2009/0108364-6)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. PUBLICAÇÃO DE FOTOGRAFIA. MULHER DE BIQUÍNI NA PRAIA. EXATA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PESSOA. AUTORIZAÇÃO PRÉVIA OU POSTERIOR. INEXISTÊNCIA. REVISTA DE CONOTAÇÃO ERÓTICA.

PROVEITO ECONÔMICO. USO INDEVIDO DA IMAGEM. DANO MORAL CONFIGURADO (SÚMULA Nº 403/STJ). RECURSO PROVIDO.

1. No tocante à liberdade de imprensa, em situações como a do presente caso, há de ser feita a devida ponderação entre os direitos constitucionais em tensão, levando-se em consideração as premissas do caso concreto firmadas pelas instâncias ordinárias. Tem-se, de um lado, a livre expressão da atividade intelectual, artística e de comunicação e informação, com ampla liberdade de publicação e abordagem de temas, assuntos, notícias e imagens de interesse, inclusive recreativo, da coletividade (CF, art. 5º, IX), e, de outro lado, o direito à intimidade, abrangendo a privacidade, a honra e a imagem da pessoa (CF, art. 5º, X).

2. No caso, soma-se à circunstância da exposição, sem autorização, da imagem da pessoa em revista de conotação erótica, a exibição do corpo feminino em traje de praia, em ângulo provocante, com utilização de dizeres e linguagem ousada, compondo um contexto realmente constrangedor e violador dos direitos da personalidade.

3. Não se pode deduzir que a mulher formosa, que se apresente espontaneamente de biquíni na praia, ambiente adequado, esteja a concordar tacitamente com a divulgação de sua imagem em revista masculina de conteúdo erótico, e tenha ainda de considerar tal exposição como um "elogio".

4. De acordo com a Súmula nº 403/STJ: "Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais."

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são Recorrente: D.M.N. e Recorridos: Editora Abril S.A., A. F. e Outros e W.S. representada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro – Curador Especial, decide a Quarta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros MARIA ISABEL GALLOTTI (Presidente), ANTONIO CARLOS FERREIRA, MARCO BUZZI e LUIS FELIPE SALOMÃO votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de junho de 2016 (Data do Julgamento).

MINISTRO ARAÚJO
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO: D. M. N. ajuizou ação de indenização por uso indevido de imagem e dano moral em face da Editora Abril S.A. e de W. S., fotógrafo, em razão de publicação de fotografia sua, sem autorização, na Revista *Playboy*, de março de 2000, página 186, tirada em traje de biquíni, enquanto se bronzeava na Praia da Barra da Tijuca-RJ, expondo precisamente suas nádegas, com a seguinte legenda: "Música para os olhos (e o tato)".

Segundo a Autora, a publicação, voltada para o público masculino, invadiu sua privacidade, causando-lhe constrangimentos e humilhações, passando a ser alvo de chacotas do tipo "virou garota da *Playboy*"; ofendeu sua honra, respeitabilidade e boa fama devido à exposição em revista de conotação erótica, bem como violou seu direito à imagem, decorrente da simples publicação da fotografia, sem sua permissão, para fins econômicos.

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido, condenando-se solidariamente os réus ao pagamento de quantia equivalente a R$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de danos morais, corrigida monetariamente e acrescida de juros oratórios, desde o evento danoso (data da publicação da revista) - f. 500/505.

Interpostas apelações pela EDITORA ABRIL S.A. e por D.M.N., o eg. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade, deu provimento ao primeiro apelo e julgou prejudicado o segundo, em aresto que ficou assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO À IMAGEM. DANO MORAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA, FUNDAMENTO DA REPÚBLICA. ART. 1º, INCISO III, DA CF. FOTOGRAFIA DE MULHER DE BIQUINE NA PRAIA, SOB LEGENDA COM APELO SEXUAL, SEM NENHUMA IDENTIFICAÇÃO, PUBLICADA EM REVISTA. A FOTOGRAFIA APENAS RETRATA A AUTORA COMO ELA SE APRESENTOU NA PRAIA, EM EXPOSIÇÃO AO PÚBLICO, DE MODO QUE A PUBLICAÇÃO NÃO VIOLOU A SUA PRIVACIDADE. DIZERES QUE, EMBORA POSSAM SER CONSIDERADOS DE MAU GOSTO POR DETERMINADA CATEGORIA SOCIAL, NÃO TIVERAM OUTRO CONTEÚDO QUE O ELOGIO AO CORPO DA AUTORA. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA, ATÉ PORQUE, SE A AUTORA SE APRESENTA VESTIDA COMO USUALMENTE O FAZEM INÚMERAS PESSOAS, DE ACORDO COM A MODA, AINDA QUE OUSADA, CERTAMENTE A RETRATAÇÃO DE COMO SE APRESENTA NÃO PODE FERIR A SUA IMAGEM, POIS OS ATRIBUTOS DA PERSONALIDADE ENGLOBAM AS CARACTERÍSTICAS PRÓPRIAS DE CADA UM, NOTADAMENTE, A SUA APRESENTAÇÃO. LIMITAR-SE AS MANIFESTAÇÕES DE CRIAÇÃO, EXPRESSÕES E OBRAS, À PREVIA AUTORIZAÇÃO DE CADA PESSOA DESCONHECIDA QUE SE RETRATA, É VIOLAR-SE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DA ATIVIDADE INTELECTUAL, TAMBÉM LISTADA ENTRE OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS (INCISO IX, ART. 5º DA CF), PODENDO LEVAR ATÉ À VEDAÇÃO DAS CHARGES E SÁTIRAS, QUE NEM SEMPRE AGRADAM AOS RETRATADOS, IMPONDO-SE À SOCIEDADE OUTRA FORMA DE CENSURA, QUAL SEJA, A DE CONCEITUAR-SE O ATO COMO ILÍCITO, AINDA QUE SEM OFENSA. AFASTA-SE A ALEGADA ILICITUDE, PELA AUSÊNCIA DE OFENSA À HONRA E IMAGEM DA AUTORA (ART. 20 DO CC). PROVIMENTO DO 1º RECURSO. PREJUDICADO O 2º RECURSO." (e-STJ, f. 33)

Opostos embargos de declaração por Editora Abril S.A. e por D.M.N, foram acolhidos os primeiros, para condenar a autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00 (mil reais), e rejeitados os segundos.

Inconformada, a promovente interpôs o presente recurso especial, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, sustentando, primeiramente, violação ao art. 535, II, do CPC/73, e, no mérito, aos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002, bem como divergência jurisprudencial.

Além de negativa de prestação jurisdicional, alega ocorrência de dano moral causado pela publicação de sua fotografia, sem autorização, em revista dirigida ao público masculino, fato que violou sua imagem, honra e boa fama, causando-lhe constrangimento e humilhação pela conotação erótica da exposição.

O recurso foi devidamente contra-arrazoado (f. 120 a 143 e-STJ).

Não tendo sido admitido o recurso especial na origem, ascenderam os autos a esta Corte por força de provimento de agravo de instrumento então interposto (e-STJ, f. 783).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator): De início, não se verifica a alegada violação ao art. 535 do CPC/73, na medida em que a eg. Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas. De fato, inexiste omissão, obscuridade ou contradição no aresto recorrido, porquanto o Tribunal local, malgrado não ter acolhido os argumentos suscitados pela recorrente, manifestou-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide.

Impende ressaltar que, "se os fundamentos do acórdão recorrido não se mostram suficientes ou corretos na opinião do recorrente, não quer dizer que eles não existam. Não se pode confundir ausência de motivação com fundamentação contrária aos interesses da parte".

(AgRg no Ag 56.745/SP, Relator o eminente Ministro CESAR ASFOR ROCHA, DJ de 12/12/1994). Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados: REsp 209.345/SC, Relator o eminente Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 16/05/2005; REsp 685.168/RS, Relator o eminente Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 02/05/2005.

Quanto ao mérito, extrai-se da sentença a seguinte fundamentação de relevante valor informativo:

"Na hipótese dos autos, a ré expôs indevidamente e com conotação sexual a imagem da autora, sem que tivesse autorização para tanto. Não há no caso que se falar em liberdade de imprensa ou direito à informação, pois, além da legenda um tanto quanto pejorativa, nenhum texto acompanhou a fotografia e a matéria em questão não tinha conteúdo específico. Na verdade, a foto da autora foi publicada no meio de outras fotos de mulheres, todas de biquíni, e tinha o claro intuito de mostrar os atributos físicos sem propósito informativo, ao contrário, com o inequívoco interesse de expor a imagem da autora, de forma sexual, para público masculino da revista de propriedade da 1ª ré.

(...)

Assim, reconhecido o dever jurídico de indenizar, deve ser fixado o valor da reparação, já que o dano moral no caso tem caráter *in re ipsa* e decorre simplesmente do fato. De qualquer forma, o depoimento da informante em audiência deu uma ideia dos constrangimentos sofridos pela autora em razão da publicação da foto, o que deve ser devidamente reparado por ambos os réus, já que conjuntamente contribuíram para sua ocorrência.

A indenização por dano moral deve ser efetiva, não só para reparar como, também, para prevenir que situações idênticas tornem a ocorrer, de forma que os réus passem a ter maior respeito e consideração pelas pessoas cujas imagens decidem retratar. Nesse sentido, considero suficiente e razoável fixar a indenização no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), que servirá de desestímulo para a manutenção de condutas que agridam e violem direitos." (e-STJ, f. 503/505)

Para o eg. Tribunal de origem, entretanto, a publicação da fotografia apenas retrata a Autora como ela se apresentou na praia, em espontânea exposição ao público, com vestimenta que deixa à mostra partes do corpo humano, de modo que a utilização de sua imagem não invadiu sua privacidade, nem violou sua dignidade, fama, respeitabilidade ou honra. Além disso, o conteúdo da legenda descritiva da fotografia deveria ser interpretado como um "elogio" ao corpo da Autora,

não tendo potencial de causar humilhação ou exposição vexatória.

A propósito, confira-se trecho do voto condutor:

"No caso vertente, a Autora foi fotografada de biquíni, de costas e com o rosto de perfil, quando se encontrava na praia, sendo incontestável que a sociedade atual é extremamente permissiva quanto à exposição do corpo humano, haja vista que a moda atual ostenta vestimentas, quase sempre voltadas para demonstrar a sensualidade, deixando não só entrever, como às vezes, inteiramente à mostra, as partes do corpo humano.

O nu passou, em muitos locais, a ser permitido, totalmente, em praias de nudismo, e parcialmente, como o *topless*, em outras, e também no carnaval.

Assim sendo, o fato de a Autora estar trajada com um biquíni que deixou a descoberto as suas nádegas não merece qualquer forma de desvaloração, eis que o seu modo de vestir integra a sua personalidade, presumindo-se que a faça se sentir bem, de acordo com o seu ego e com a moda também usada por inúmeras outras pessoas, cabendo a cada pessoa trajar-se de acordo com as suas próprias características, que formam a sua personalidade.

Se por tal fato a sensualidade exsurge do seu corpo, a fotografia nada mais fez que retratar a autora, como ela se apresentou na praia e ao fazê-lo, expôs-se em público, abrindo mão da privacidade das partes do seu corpo à mostra.

Chamou, assim, a atenção do fotógrafo.

Tratando-se de mera transeunte, sem qualquer identificação, consistiu apenas em mais uma fotografia de uma mulher na praia, desconhecida, ao lado de outras na mesma página da revista, como a modelo cujo vestido deixava os seios à mostra.

Não há, portanto, qualquer violação ao direito de imagem da autora, pela mera publicação da fotografia.

(...)

A foto em si, portanto, apenas retratou a autora, como ela se apresentou na praia, de modo que por si só não representou invasão na esfera privada da mesma, devendo contudo, avaliar-se quanto à legenda da fotografia ser ofensiva à sua imagem.

As palavras empregadas podem ser ofensivas, ou não, dependendo do nível de educação e finura de cada pessoa, tanto assim que, quando as propagandas se dirigem ao público, fazem distinção quanto ao segmento do público a que se destinam, da mesma forma que os programas televisivos, direcionados à esta ou aquela classe social, possuindo cada qual, seu próprio parâmetro do que é apropriado ou não.

De modo que o mero mau gosto na utilização desta ou daquela expressão não pode ser o critério para se averiguar quanto à intenção de ofensa, já que revela apenas o nível educacional da pessoa que daquela forma se expressa ou do público a que se destina.

Cumpre, portanto, analisar-se as expressões, não sob a mera ótica do aspecto exterior da forma, ou seja, da palavra empregada, mas sim, quanto a seu conteúdo.

O sentido das palavras, ainda que possam ser consideradas de mau gosto, foi de elogiar ao físico da autora, da mesma forma como o teria sido se meramente tivessem afirmado tratar-se de moça atraente, ou com *sex appeal*, expressões que a ninguém, em princípio, ofenderia.

Assim sendo, o conteúdo não tem nada de ofensivo, podendo apenas ser considerado, por determinado nível social, como de mau gosto.

No conflito entre diversos direitos protegidos pelo ordenamento jurídico, já que nenhum direito é absoluto, há de prevalecer o princípio da dignidade humana, não só da autora como de todos os demais envolvidos, como o fotógrafo, os leitores da revista e a coletividade em geral.

Isto porque todas as manifestações humanas devem ser protegidas, para que não se

transforme o direito à imagem em censor à liberdade de expressão e criação, ao exigir-se sempre prévia autorização da pessoa, o que admite-se, apenas, quando através de determinada imagem se busca o interesse comercial.

Nesse particular, embora a publicação seja de natureza comercial, a foto da Autora não foi chamariz para as vendas, não tendo sido capa da revista, mas apenas inserida entre outras, não se podendo atribuir à sua imagem qualquer acréscimo na venda, até porque, só depois de adquirida a revista é que se pode visualizar seu conteúdo.

(...)

Não se configura, portanto, qualquer das hipóteses elencadas no art. 20 do Código Civil, já que não atingiu a honra, a fama e nem a respeitabilidade da Autora.

A admitir-se a existência de violação ao direito à imagem, por toda e qualquer fotografia ou dizeres, nem sempre agradáveis, estar-se-ia impondo uma censura que poderia podar qualquer manifestação criativa, como as de sátiras, charges etc". (e-STJ, f. 35/38)

No tocante à liberdade de imprensa, em situações como a do presente caso, há de ser feita a devida ponderação entre os direitos constitucionais em tensão, levando-se em consideração as premissas do caso concreto firmadas pelas instâncias ordinárias. Tem-se, de um lado, a livre expressão da atividade intelectual, artística e de comunicação e informação, com ampla liberdade de publicação e abordagem de temas, assuntos, notícias e imagens de interesse, inclusive recreativo, da coletividade (CF, art. 5º, IX), e, de outro lado, tem-se o direito à intimidade, abrangendo a privacidade, a honra e a imagem de cada pessoa (CF, art. 5º, X).

Na hipótese, dá-se relevo ao direito à intimidade e à imagem, de uso restrito, somente sendo possível sua utilização por terceiro quando expressamente autorizado e nos limites da finalidade e das condições contratadas. Com efeito, o direito à imagem consiste no direito que a pessoa tem de impedir que outrem utilize, sem seu consentimento, sua "expressão externa", isto é, "conjunto de traços e caracteres que a distinguem e a individualizam (conf. BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do direito do autor**. 2ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 212).

Na convivência democrática, é natural que surjam conflitos entre o direito de imagem e o de liberdade de informação. No caso em apreço, os recorridos têm o direito, no exercício profissional jornalístico, de fornecer ao público, de forma atraente e criativa, informações e imagens acerca de temas que identificam como de interesse de sua clientela consumidora, de revista masculina. Porém, a recorrente, pessoa anônima, de vida privada comum, tem constitucionalmente assegurada suas intimidade e imagem, sem se submeter aos interesses comerciais dos recorridos. Como salientou a r. sentença, quando corretamente reconheceu a violação do direito à imagem da autora: (I) não houve autorização prévia ou posterior da pessoa retratada para a divulgação da imagem; (II) a imagem exibida na publicação permite a individualização da promovente; (III) a divulgação da imagem teve motivação econômica e conotação erótica, com utilização de legenda insinuativa e um tanto vulgar, com claro intuito de explorar os atributos físicos da autora, sempre sem autorização desta.

A ofensa ao direito à imagem materializa-se com a mera utilização desse atributo da pessoa sem autorização, ainda que não tenha caráter vexatório ou que não viole a honra ou a intimidade da pessoa, desde que o conteúdo exibido seja capaz de individualizar o retratado. A imagem é, pois, inviolável, exceto quando autorizada ou necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública (CC/2002, art. 20).

Esta é a jurisprudência, há muito, consa-

grada nesta Corte de Justiça:

"DIREITO À IMAGEM. CORRETOR DE SEGUROS. NOME E FOTO. UTILIZAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO. PROVEITO ECONÔMICO. DIREITOS PATRIMONIAL E EXTRAPATRIMONIAL. LOCUPLETAMENTO. DANO. PROVA. DESNECESSIDADE. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. INDENIZAÇÃO. *QUANTUM*. REDUÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DA CAUSA. HONORÁRIOS. CONDENAÇÃO. ART. 21, CPC. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

I - O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia.

II - A utilização da imagem de cidadão, com fins econômicos, sem a sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando a indenização.

III - O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada.

IV - Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral.

V - A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

VI - Diante dos fatos da causa, tem-se por exacerbada a indenização arbitrada na origem.

VII - Calculados os honorários sobre a condenação, a redução devida pela sucumbência parcial resta considerada.

VIII - No recurso especial não é permitido o reexame de provas, a teor do enunciado nº 7 da súmula/STJ".

(REsp 267.529/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 18/12/2000)

"Direito à imagem. Utilização indevida para fins publicitários. Revelia. Limitação dos honorários de advogado, nos termos da Lei nº 1.060/50. Precedentes da Corte.

(...)

2. Cuidando-se de direito à imagem, o ressarcimento se impõe pela só constatação de ter havido a utilização sem a devida autorização. O dano está na utilização indevida para fins lucrativos, não cabendo a demonstração do prejuízo material ou moral. O dano, neste caso, é a própria utilização para que a parte aufira lucro com a imagem não autorizada de outra pessoa. Já o Colendo Supremo Tribunal Federal indicou que a 'divulgação da imagem de pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica em locupletamento ilícito à custa de outrem, que impõe a reparação do dano'.

(...)

4. Recurso especial conhecido".

(REsp 138.883/PE, Terceira Turma, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 05/10/1998)

Esses precedentes deram origem à Súmula nº 403 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais".

Citam-se, ainda, no mesmo sentido, jul-

gados mais recentes: REsp nº 1.219.197/RS, Terceira Turma, Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJe de 17/10/2011; REsp nº 1.005.278/SE, Quarta Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 11/11/2010; AgRg no Ag 735.529/RS, Terceira Turma, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 11/12/2006; e REsp nº 794.586/RJ, Quarta Turma, de minha relatoria, DJe de 21/03/2012, o último assim ementado:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. DANO À IMAGEM. DIREITO À INFORMAÇÃO. VALORES SOPESADOS. OFENSA AO DIREITO À IMAGEM. REPARAÇÃO DO DANO DEVIDA. REDUÇÃO DO *QUANTUM* REPARATÓRIO. VALOR EXORBITANTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A ofensa ao direito à imagem materializa-se com a mera utilização da imagem sem autorização, ainda que não tenha caráter vexatório ou que não viole a honra ou a intimidade da pessoa, e desde que o conteúdo exibido seja capaz de individualizar o ofendido.

2. Na hipótese, não obstante o direito de informação da empresa de comunicação e o perceptível caráter de interesse público do quadro retratado no programa televisivo, está clara a ofensa ao direito à imagem do recorrido, pela utilização econômica desta, sem a proteção dos recursos de editoração de voz e de imagem para ocultar a pessoa, evitando-se a perfeita identificação do entrevistado, à revelia de autorização expressa deste, o que constitui ato ilícito indenizável.

3. A obrigação de reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não sendo devido exigir-se a prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem.

4. Mesmo sem perder de vista a notória capacidade econômico-financeira da causadora do dano moral, a compensação devida, na espécie, deve ser arbitrada com moderação, observando-se a razoabilidade e a proporcionalidade, de modo a não ensejar enriquecimento sem causa para o ofendido. Cabe a reavaliação do montante arbitrado nesta ação de reparação de dano moral pelo uso indevido de imagem, porque caraterizada a exorbitância da importância fixada pelas instâncias ordinárias. As circunstâncias do caso não justificam a fixação do *quantum* reparatório em patamar especialmente elevado, pois o quadro veiculado nem sequer dizia respeito diretamente ao recorrido, não tratava de retratar os serviços técnicos por este desenvolvidos, sendo o promovente da ação apenas um dos profissionais consultados aleatoriamente pela suposta consumidora.

5. Nesse contexto, reduz-se o valor da compensação.

6. Recurso especial parcialmente provido".

Diante desses elementos, pode-se inferir que, na hipótese dos autos, ficou clara a ofensa ao direito à imagem da recorrente, mormente por ser incontroverso que a fotografia permite a exata individualização da pessoa da autora e, associado a esse fator, não houve sua autorização para exibição de imagem na Revista *Playboy*.

Em precedente assemelhado, porém de menor gravidade, decidiu-se:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. DIREITO À IMAGEM. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC: INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 284/STF. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 28, 30 E 79 DA LEI N° 9.610/98: AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULA Nº 211/STJ). IMAGEM DE PESCADOR EM ATIVIDADE CAPTADA EM LOCAL PÚBLICO. AUSÊNCIA DE CONTEÚDO OFENSIVO. DIVULGAÇÃO: CAMPANHA PUBLICITÁRIA. FINALIDADE COMERCIAL. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. PROVEITO ECONÔMICO. USO INDEVIDO DA IMAGEM. DANO MORAL CONFIGURADO (SÚMULA Nº 403/STJ). RECURSO IMPROVIDO.

1. Relativamente à infringência ao art. 535 do CPC, cumpre salientar que a recorrente fez apenas alegação genérica de sua vulneração, apresentando uma fundamentação deficiente que impede a exata compreensão da controvérsia. Incidência da Súmula nº 284/STF.

2. Os arts. 28, 30 e 79 da Lei nº 9.610/98 não foram prequestionados no v. acórdão recorrido. Incidência da Súmula nº 211/STJ.

3. O uso e divulgação, por sociedade empresária, de imagem de pessoa física fotografada isoladamente em local público, em meio a cenário destacado, sem nenhuma conotação ofensiva ou vexaminosa, configura dano moral decorrente de violação do direito à imagem por ausência de autorização do titular. É cabível indenização por dano moral decorrente da simples utilização de imagem de pessoa física, em campanha publicitária, sem autorização do fotografado (Súmula nº 403/STJ: "Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais").

4. Recurso especial improvido.

(REsp nº 1.307.366/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe de 07/08/2014)

No caso, soma-se à circunstância de exposição, sem autorização, da imagem da recorrente em revista de conotação erótica, a exibição do corpo feminino em traje de praia, em ângulo provocante, com utilização de dizeres e linguagem ousada, compondo um contexto realmente constrangedor e violador dos direitos da personalidade. Não se pode deduzir que a mulher formosa, que se apresente espontaneamente de biquíni na praia, ambiente adequado, esteja a concordar tacitamente com a divulgação de sua imagem em revista masculina de conteúdo erótico, e tenha ainda de considerar tal exposição como um "elogio".

Evidenciado o ato ilícito ensejador do dano moral, cabe a fixação da reparação devida em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), valor razoável e compatível com os julgados do Superior Tribunal de Justiça em casos similares, incidindo a correção monetária a partir desta data (Súmula nº 362/STJ), e contados os juros moratórios a partir do evento danoso (março de 2000), em conformidade com a Súmula nº 54/STJ.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso especial nos termos acima fixados.

É como voto.

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Senhores Ministros, acompanho o voto do Senhor Ministro Relator. Considero grave a violação ao direito da imagem, especialmente no caso em que a atividade econômica da revista consiste exatamente em fotos sensuais de mulheres e, neste caso, foi utilizada uma foto sem a autorização da fotografada.

Dou provimento ao recurso especial.

CONCURSO PÚBLICO. INSPETOR DE POLÍCIA. CANDIDATA EXCLUÍDA. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. DECLARAÇÕES PROFERIDAS EM REDE SOCIAL. INCITAÇÃO À VIOLÊNCIA. DECLARAÇÕES ANTERIORES AO CERTAME. CENSURA PRÉVIA. VIOLAÇÃO. LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

Apelação Cível. Mandado de Segurança. Direito constitucional. Liberdade de pensamento e de expressão. Vedação a qualquer censura prévia do estado a comporta-

mento futuro e incerto. Investigação social. canditada excluida do certame. Alegação de incompatibilidade para o exercício do cargo (inspetor de polícia). Possibilidade de análise da adequação do mérito administrativo aos pressupostos legais objetivos. Garantia do princípio da dignidade da pessoa humana. Afirmação do princípio da impessoalidade. Presença dos requisitos que autorizam a concessão da segurança. Adequação do mérito administrativo aos requisitos objetivos previstos na legislação que pode e deve ser submetida à apreciação do Poder Judiciário. Declarações proferidas em rede social e que, não estando situadas dentro de um contexto fático e dissociadas da efetiva conduta, são insuficientes para obstar a nomeação e posse do candidato ao cargo almejado. Garantia constitucional da liberdade de pensamento e de expressão, vedando qualquer censura prévia do Estado a futuro e incerto comportamento ilícito. A necessidade dos quadros da Polícia Civil e do serviço público, em geral, serem compostos por pessoas de ilibada reputação, não permite alijamentos fundados em aspectos de ordem subjetiva sem relação com a conduta realizada ou ao contexto fático. Concessão da segurança que não traduz ofensa ao mérito do ato administrativo, mas imperiosa preservação da própria dignidade da pessoa humana, impedindo que seja injustificadamente obstado seu ingresso na carreira pública em razão do livre exercício do pensamento. Conhecimento e provimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos este autos da Apelação Cível nº 0039104-06.2014.8.19.0001, em que é Apelante X e Apelado o Estado do Rio de Janeiro.

Acordam os Desembargadores da 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer o recurso e dar-lhe provimento, na forma do voto do Desembargador Relator.

O recurso deve ser conhecido, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

A apelante exerceu a atividade de policial civil no Estado do Rio Grande do Sul, tendo sido exonerada a pedido, sem que constasse conduta desabonadora no respectivo exercício.

De igual modo não consta nas certidões exigidas pelo certame elementos que contraindiquem a apelante ao exercício do cargo almejado.

A apelante foi aprovada em todas as etapas do certame e dentro do número de vagas, com exceção do exame pré-admissional, em razão da conclusão do procedimento administrativo destinado a aferir os antecedentes sociais.

Consta naquele procedimento que a agravante "mediante o uso de redes sociais divulgou fotos e observações incitando a violência e o abuso de autoridade na função policial, além de se definir como violenta, causando aos jurisdicionados impressão incondizente com o que se espera de um policial civil" e que, "além disso, consta postagem de poses sensuais o que não se apresenta como conduta moral desejável".

A avaliação da banca examinadora se deteve nas seguintes declarações da candidata exposta no seu perfil na rede social *Facebook*:

"Não existem grandes mudanças sem derramamento de sangue, porque poucos respeitam um distintivo, mas todos respeitam uma arma."

"Sou o tipo de garota que quando abre os olhos de manhã, o diabo fala: merda, ela acordou!!"

"Cabe a Deus perdoar os marginais pelo seus crimes e cabe a nós, policiais, promover este encontro!!!"

Essas declarações, no entanto, se encontram dissociadas do contexto em que foram proferidas, não expressando a efetiva conduta da declarante no eventual exercício da função policial, sobretudo quando os autos noticiam que a mesma já exerceu tal função no Estado do Rio Grande do Sul por três anos, sem constar qualquer registro desabonador. Ao contrário, foram trazidos aos autos diversos elogios de autoridades que atestam conhecer a agravante e seu desempenho profissional sem qualquer excesso.

É de se garantir a liberdade constitucional de pensamento e de expressão, não podendo o Estado agir como censor prévio de conduta que sequer foi praticada pela pessoa. Ou quiçá o será.

Do mesmo modo, não se pode subtrair do Poder Judiciário o conhecimento da questão, até porque é este o único Poder que vai decidir se a hipótese é ou não intromissão no mérito administrativo.

O mérito do ato administrativo deve estar em conformidade com pressupostos constitucionais e legais objetivos, cuja adequação pode e deve ser efetivamente analisada pelo referido Poder.

Não é possível justificar a eliminação do candidato do certame com base em declarações quanto a fatos que nunca ocorreram ou que não se tem certeza que ocorrerão.

Mesmo cuidando-se de exame em que não se perquire a prática de infrações penais, mas a conduta moral e social do candidato, tal investigação deve estar amparada em circunstâncias aferíveis objetivamente e não em suposições.

O fato do candidato externar declarações de cunho violento, não quer dizer que o mesmo possua efetiva conduta violenta, sendo certo que tal característica imputada a apelante sequer restou comprovada.

Não se pode inferir caráter violento de uma pessoa apenas em decorrência de suas declarações, porquanto tal fato requer o exame de condutas e não expressões abstratas do pensamento.

Desse modo, se não é possível concluir que o candidato seja pessoa violenta, tais razões para a sua exclusão do certame se apresentam arbitrárias e destituídas de fundamentação.

Ressalte-se, ainda, que tais declarações foram anteriores ao concurso público, fato que também deve ser considerado para fins de avaliação das características do candidato, uma vez que é natural que as mesmas sofram modificações ao longo do tempo.

Do mesmo modo, o ensaio fotográfico e a prática de *pole dance* são elementos insuficientes para a imputação de conduta moral indesejável à apelante, uma vez que são fatos sociais muito comuns nestes novos tempos e que nada revelam sobre eventual vício na aptidão para o exercício da função policial.

Neste ponto, não se trata de imiscuir-se no mérito do ato administrativo, mas de preservar a própria dignidade da pessoa humana, a fim de que não se possa admitir que critérios subjetivos sobre a moralidade sirvam indiscriminadamente como óbices ao ingresso no serviço público.

A prevalecer entendimento diverso, a vida sexual do candidato, como sua orientação sexual ou número de parceiros, bem como quaisquer exposições do pensamento dissociadas da conduta, poderiam servir de obstáculos ao acesso a carreira pública, fato que nem de

longe está amparado na Constituição Federal.

A conduta ilibada, nestes tempos de liberdade de expressão, diz respeito à honestidade, circunstância primordial que se exige de qualquer um e com mais razão do servidor público, qualidade esta absolutamente diversa da conduta privada e atípica.

Ao Estado, quando não imputado o caráter ilícito da conduta, não se pode atribuir o poder de afirmar se este ou aquele indivíduo possui caráter moral para ocupar cargo público, especialmente quando o noticiário recorrente é de que as mais altas instâncias do poder estatal não são exemplo de moralidade.

Do exposto, o voto é no sentido de conhecer o recurso e dar-lhe provimento para reformar a sentença e conceder a segurança para que seja nomeada e empossada no cargo de Inspetor de Polícia Civil 6ª Classe, cumpridas as demais exigências do concurso.

Sem custas e sem honorários advocatícios.

Rio de Janeiro, 10 de março de 2015.

DES. ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA
Relator

INDENIZAÇÃO. DESAVENÇA DE CASAL. EQUIPE DE REPORTAGEM. FILMAGEM SEM AUTORIZAÇÃO. IMAGENS EXIBIDAS EM PROGRAMA TELEVISIVO. AUTORA QUE DÁ CAUSA AOS FATOS. EXPOSIÇÃO DE FATOS ÍNTIMOS EM LOGRADOURO PÚBLICO. PARTE RÉ QUE ADOTA CUIDADOS NA EXIBIÇÃO DAS CENAS. PONDERAÇÃO DOS DIREITOS. DANO MORAL INEXISTENTE.

Direito civil. Responsabilidade civil objetiva. Direitos da personalidade. Divulgação não autorizada de imagem. Dano moral. Hipótese em que a parte autora alega que teve sua imagem exibida, sem autorização, em matéria do programa "Polícia 24 horas". Briga de casal em via pública. Direitos fundamentais. Garantia da inviolabilidade da vida privada e liberdade de expressão e de imprensa. Conflito aparente. Técnica de avaliação segundo o princípio da ponderação de direitos. Prova dos autos que evidencia que a autora deu causa aos fatos, expondo, sem maiores reservas, fatos de sua própria vida e intimidade. Cenas que receberam tratamento de edição pela TV. Utilização, pela parte ré, de efeitos de distorção de imagem dos rostos dos contendores e efeito sonoro de marcação para proteção do nome dos envolvidos. Preservação de elementos e informações que permitissem que a parte autora pudesse ser identificada por pessoas de suas relações ou, ainda, de sua vizinhança. Dano moral inexistente. Improcedência do pedido. Sentença reformada. Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0348989-05.2013.8.19.0001, em que consta como Apelante: Radio e Televisão Bandeirantes Ltda. e como Apelada: D.P.U. acordam os Desembargadores da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, na forma do voto do Desembargador Relator.

Trata-se de ação de indenização movida por D.P.U. contra Grupo Bandeirantes de Televisão do Rio de Janeiro Ltda. Alega a parte autora que ao sofrer ameaças em via pública solicitou ajuda a policiais militares que passavam pelo local, no momento. Que concomitantemente chegou ao local uma equipe de reportagem da ré que, sem qualquer autorização dos envolvidos, filmou a desavença. Afirma que

as imagens respectivas foram posteriormente exibidas em programa televisivo chamado Polícia 24 horas, o que ofende seu direito à imagem. Em razão de tanto, pretende a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, arbitrando à causa o valor de R$ 60.000,00.

Em sua contestação de f. 32/44 a parte ré aponta que a liberdade de expressão é constitucionalmente garantida, sendo certo que não houve qualquer afronta à imagem da autora de forma a justificar a indenização pleiteada. Nega a ocorrência de ato ilícito e afirma que a matéria jornalística transmitida pela ré não continha qualquer espécie de narração ou crítica sobre a autora. Requer a improcedência do pedido.

Réplica f. 117/122.

Exortadas a se manifestarem em provas, as partes afirmaram não haver outras a produzir.

A sentença de f. 124/127 julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a parte ré a indenizar a parte autora pelos danos morais sofridos com a quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), quantia esta que deverá ser devidamente corrigida desde a data da publicação e acrescida de juros de 1% ao mês desde a data da citação. Condeno ainda a parte ré ao pagamento das custas e dos honorários que fixo em 15% sobre o valor da condenação.

Embargos de Declaração da parte ré, providos unicamente para sanar erro material constante do relatório da sentença, que fazia referência a fatos estranhos a este feito.

Apela a ré sustentando que a matéria divulgada limitou-se a reproduzir imagens captadas pelo cinegrafista no momento da atuação da Polícia Militar na ocorrência policial na qual se envolveu a apelada e que o conteúdo veiculado não fez e nem sugere qualquer juízo de valor sobre a figura da apelada, não contendo qualquer edição que possa ser considerada pejorativa à sua imagem. Afirma, ademais, que não houve abuso quanto ao exercício de seu direito, não se caracterizando violação ao artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal. No ponto, sustenta que a conduta da apelante não excedeu os limites dos direitos de informação, opinião e de crítica, não havendo qualquer ilícito em tal ato e, por consequência, inexistindo dano passível de indenização. Pondera que se a apelada se sentiu constrangida, certamente foi pela própria situação que ela mesma criou e se submeteu independente de qualquer ação ou omissão desta, que, por sua vez, repisa-se à exaustão, tão somente exerceu o seu direito de noticiar o fato inerente à atividade jornalística. Pretende, portanto, a reforma da sentença para que seja julgado improcedente o pedido, ou, alternativamente, para que seja reduzida a verba reparatória deferida.

O recurso foi contrarrazoado, sustentando a apelada que não havia qualquer razão para que a apelante exibisse as imagens que ensejaram a controvérsia, uma vez que os fatos gravados não são de interesse da população.

VOTO

O recurso merece provimento.

Assisti a íntegra do DVC que contém excerto do programa Polícia 24 horas indicado na inicial (naquela mídia há cópias das cenas aludidas pela parte autora).

No aspecto, é evidente o interesse público quanto à obtenção de informes e notícias sobre criminalidade e segurança, e esta é a tônica do programa no qual a imagem da autora teria sido veiculada.

O ato da apelante, consubstanciado no serviço de informar à sociedade acerca dos fa-

tos, foi exercido de forma regular, com observância ao interesse público e social e em estrita obediência ao artigo 220 da Constituição Federal, sem qualquer excesso a dar azo ao dever de indenizar.

Há confronto entre dois direitos fundamentais garantidos pela Constituição, tendo de um lado a garantia da inviolabilidade da vida privada da autora e de outro liberdade de expressão e de imprensa da parte ré, previstos no artigo 5º, X e IV, respectivamente. E para a solução de aparente conflito entre garantias constitucionais, deve o julgador se valer da técnica da ponderação de direitos, no intuito de inferir qual daqueles deve se sobrepor em relação ao outro no caso concreto.

Nesse sentido, a doutrina de SERGIO CAVALIERI FILHO:

19.11 Dano moral causado por empresa de jornalismo – Liberdade de informação versus inviolabilidade da vida privada ... É preciso maior clareza e objetividade? A própria Constituição estabelece, expressamente, restrição à liberdade de informação. A inviolabilidade da privacidade é o principal. Por outro lado, é tarefa do intérprete encontrar o ponto de equilíbrio entre princípios constitucionais em aparente conflito, porquanto, em face do princípio da unidade constitucional, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém; deve o intérprete procurar as recíprocas implicações de preceitos e princípios até chegar a uma vontade unitária na Constituição, a fim de evitar contradições, antagonismos e antinomias.

Em outras palavras, não é possível analisar-se uma disposição constitucional isoladamente, fora do conjunto harmônico em que deve ser situada; princípios aparentemente contraditórios podem harmonizar-se desde que se abdique da pretensão de interpretá-los de forma isolada e absoluta.

CELSO RIBEIRO BASTOS, citando WILLOUGHBY, diz que "a Constituição corresponde a um todo lógico, onde cada provisão é parte integrante do conjunto, sendo assim logicamente adequado, se não imperativo, interpretar uma parte à luz das previsões de todas as demais partes" (**Curso de Direito Constitu-cional,** 15ª ed., Saraiva, p. 204).

À luz desses princípios, é forçoso concluir que, sempre que direitos constitucionais são colocados em confronto, um condiciona o outro, atuando como limites estabelecidos pela própria Lei Maior para impedir excessos e arbítrios. Assim, se ao direito à livre expressão da atividade intelectual e de comunicação contrapõe-se o direito à inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem, segue-se como consequência lógica que este último condiciona o exercício do primeiro.

Os nossos melhores constitucionalistas, baseados na jurisprudência da Suprema Corte Alemã, indicam o princípio da proporcionalidade como sendo o meio mais adequado para se solucionarem eventuais conflitos entre a liberdade de comunicação e os direitos da personalidade. Ensinam que, embora não se deva atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito, no processo de ponderação desenvolvido para a solução do conflito o direito de noticiar há de ceder espaço sempre que o seu exercício importar sacrifício da intimidade, da honra e da imagem das pessoas. (**Programa de Responsabilidade Civil**, Editora Atlas, 9ª edição revista e ampliada, pp. 112 e seguintes)

Assim, utilizando-se a técnica da ponderação, conclui-se que o exercício da liberdade de se manifestar e de informar deve se dar de forma responsável, dentro de limites bem definidos e em consonância com a verdade dos fatos, sendo que a atuação culposa ou dolosa e o abuso de direito dos agentes da informação, que causar dano de qualquer natureza a

outrem, implica, inevitavelmente, no dever de indenizar.

Conforme consta daquele DVC, os fatos ocorreram em via pública e foram presenciados por policial militar que, diante dos acontecimentos, solicitou reforço de outra viatura.

Colhe-se da gravação o início da conversa entre os policiais:

- E aí, o que está acontecendo?
- É discussão de casal. Essa senhora, ela vinha de lá pra cá, e eu estava indo pro meu posto ali. Aí ela me chamou. Que houve uma discussão com o marido dela. Aí, por minha vez, eu resolvi conduzir os dois pra delegacia, mas como ele está de veículo e ela não, eu pedi o auxílio de uma patrulha pra conduzir as partes até a delegacia.

Após o ex-companheiro apresentar sua versão para os fatos, a autora expôs as suas, mas o fez com certa riqueza de detalhes, trazendo à tona informações desconcertantes a respeito de seu relacionamento – ainda que estivessem, todos, em logradouro público e à vista de quem ali transitasse. Não se importou, mesmo diante de uma câmera que a tudo gravava, de tornar públicas as misérias de seu relacionamento – apesar disso também envolver uma sua parente e a intimidade desta com seu ex-companheiro, ao longo de dois anos e sempre debaixo do teto comum do casal. Não mostrou qualquer pudor ou timidez ao afirmar as sucessivas separações do casal e, apesar de tanto, o grau de intimidade que mantinha com seu companheiro sempre que solicitada por este.

Não se reconhece, portanto, que a autora tenha tido sua vida e intimidade devassadas pela ré, o que teria lhe causado sentimentos de vergonha, tristeza, humilhação e constrangimento. Ao revés, a prova dos autos demonstra que a própria autora deu causa aos fatos, expondo-se desnecessariamente.

Por fim, a parte ré adotou cautelas quando da exibição das cenas, cuidando em destacar a sequência dos acontecimentos[1]. Também cuidou em adotar recursos de edição (efeitos de distorção de imagem do rosto dos contendores – mosaico – e efeito sonoro de marcação para preservação do nome dos envolvidos) de modo a evitar que fossem reconhecidos, e providenciou a preservação de outros elementos e informações que pudessem ensejar a identificação de ambos por pessoas de suas relações ou, ainda, em sua vizinhança.

À conta de tais fundamentos, hei por bem votar no sentido de dar provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido, invertido o ônus sucumbencial.

Devolva-se imediatamente ao Juízo da 38ª Vara Cível desta Comarca da Capital o dispositivo de mídia solicitado por empréstimo.

Rio de Janeiro, 30 de novembro de 2016.

DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM
Relator

OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZATÓRIA. MATÉRIA JORNALÍSTICA SOBRE FRAUDE DE QUADRILHA EM HOSPITAL. NEUROCIRURGIÃO SUSPEITO. NOTÍCIA ANTIGA NOS *SITES* DE BUSCA, INSUFICIENTE PARA SUA EXCLUSÃO. NÃO HÁ EXCESSO NO USO DO DIREITO DE INFORMAR. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer e indenizatória. Matéria jornalística

1 A parte autora e seu ex-companheiro discutiam acaloradamente em via pública, em ocasião na qual a autora bradava, com minúcias e sem pudores, detalhes (da deterioração) do relacionamento entre ambos.

veiculada pela internet. Invocação de existência de notícia de que, em 15/04/2010, o autor fora denunciado por formação de quadrilha com outros funcionários do Hospital Salgado Filho no intuito de fraudar o nosocômio. Informação jornalística que narrou o fato de a polícia ter cumprido mandado de busca e apreensão na casa e consultório do autor por suspeita de forja de documentos.

Conjunto probatório suficiente para demonstrar o exercício regular do direito de informar.

Arts. 5º, IX, e 220 §§ 1º e 2º, Constituição Federal. Inexistência de ato ilícito, restando caracterizado o exercício regular de direito de informação sem qualquer ofensa à imagem. Informação prestada pelo réu que não se destina a ofender a honra ou imagem do autor, não tendo sido demonstrado qualquer abuso do direito de informação que legitime a indenização vindicada.

Dano moral inexistente. Indenização descabida. Texto postado em sítio da internet pelo apelante que não se destina a ofender, não tendo sido demonstrado o abuso do direito à liberdade de expressão que legitime a intervenção judicial.

Controle da liberdade de expressão que somente se justifica quando evidente o intuito de ofender, denegrir e ridicularizar a pessoa noticiada.

Precedentes deste Tribunal e desta Câmara Cível neste sentido.

Provimento do recurso, para julgar improcedente o pedido, invertidos os ônus sucumbenciais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0413363-30.2013.8.19.0001, em que é Apelante Diário do Grande ABC S.A., e Apelado Carlos Henrique Ribeiro.

Acordam os Desembargadores da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, para julgar improcedente o pedido, invertidos os ônus sucumbenciais.

Trata-se de ação de obrigação de fazer e indenizatória de cobrança, pelo rito sumário, ajuizada pelo apelado em face do apelante, alegando que é medico neurocirurgião e tomou conhecimento por seus pacientes que, ao pesquisarem na internet seu nome, a existência de notícia de que, em 15/04/2010, o autor fora denunciado por formação de quadrilha com outros funcionários do Hospital Salgado Filho no intuito de fraudar o nosocômio, sendo que a inverídica matéria jornalística permaneceu nos *sites* de buscas, dentre estes o Google, não logrando o autor a exclusão imediata do conteúdo difamador, sob o argumento de que não é possível a remoção de notícias de seus arquivos. Por tais razões, pretende a antecipação de tutela para a exclusão definitiva da publicação difamante vinculada a seu nome com o título "neurocirurgião é acusado de fraudar hospital no Rio", e, ao final, a condenação ao pagamento de indenização por danos morais a serem arbitrados.

Contestando o feito (f. 60/76), o réu invocou a prescrição trienal e, no mérito, aduziu que exerceu regularmente o direito de liberdade de expressão e informação jornalística, já que narrou o fato de a polícia ter cumprido mandado de busca e apreensão na casa e consultório do autor por suspeita de forja de documentos para justificar compras de materiais cirúrgicos que sequer foram utilizados, não tendo sido negada tal ocorrência; que o autor responde processo criminal em razão dos fatos narrados na notícia, tendo impetrado HC; que apenas relatou tais fatos e não ofendeu moralmente o autor; que não se comprometeu a retirar a notícia e que o fato de se tratar de notícia "antiga" não legitima a exclusão do *site*, sob pena de censura; que apenas exerceu o dever de informar, inexistindo conteú-

do difamatório, falso, ou com a intenção de denegrir a imagem; que eventual divulgação de fatos, em cumprimento ao direito de informar, pode causar danos, sendo punível apenas o abuso, inexistente na hipótese; que apenas relatou o ocorrido, inexistindo danos morais a serem indenizados.

Na sentença de f. 150/151, o douto Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, condenando o réu a indenizar os danos morais no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), além de determinar a retirada da publicação em 05 dias, a contar da publicação da sentença, sob pena de multa global de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), impondo-lhe, ainda, os ônus sucumbenciais, fixados os honorários advocatícios em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

O réu apelou, a f. 159/174, requerendo a reforma da sentença, insistindo nos argumentos da contestação, pretendendo, na eventualidade, a redução da indenização e dos honorários advocatícios.

Em contrarrazões de f. 184/192, o apelado prestigiou o julgado.

VOTO

Inicialmente, o direito à liberdade expressão não é ilimitado, sendo inadmissível qualquer abuso ou excesso, especialmente quando as notícias veiculadas em *sites* ou *blogs* envolvem a honra e a intimidade, cuja inviolabilidade é direito de qualquer cidadão, na forma do art. 5º inciso X da Constituição Federal.

Na hipótese destes autos, constata-se que o periódico apenas noticiou o fato de existir a apuração de suspeita de fraude em desfavor de hospital público, colhendo tal informação junto à Autoridade Policial, inexistindo o cunho difamador que invoca o autor apelado, conforme se verifica nos documentos de f. 77/80.

Ressalte-se, por oportuno, que o fato de ter ocorrido a rejeição da denúncia, por inepta, possibilitando a oferta de nova peça acusatória, conforme f. 148, não tem o condão de afastar o regular exercício do direito de informar, sendo evidente que o tempo em que ocorreu a notícia não é suficiente para determinar a exclusão da matéria jornalística.

O texto publicado em *site* da *internet* não tem o propósito de denegrir ou ofender, possuindo juízo nitidamente informativo em relação à suspeita do apelado no envolvimento de fraude, tendo ocorrido a expedição de mandado de busca e apreensão para a apuração dos fatos, sendo manifestamente descabida a indenização e a censura à liberdade de expressão, conforme entendimento deste Egrégio Tribunal de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Publicações em *site* e *blog* de textos acerca da implantação do projeto Porto Brasil. Críticas direcionadas a executivo da companhia responsável pelo projeto. Liberdade de expressão com limites estabelecidos no próprio art. 5º, da Constituição Federal. Veiculação de informação sobre fato verídico. Críticas direcionadas ao autor por entidade sem fins lucrativos de proteção do meio ambiente. Inexistência de extrapolação dos limites do debate. Manifestação do livre pensamento e direito de opinião. Inexistência do dever de indenizar. Redução da verba honorária. Recurso a que se dá parcial provimento.

Apelação nº 0074471-04.2008.8.19.0001 - Des. CARLOS EDUARDO PASSOS - 21/01/2014 - 18ª Câmara Cível.

APELAÇÃO CÍVEL. RITO ORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COM FUNDAMENTO EM MATÉRIA JORNALÍSTICA VEICULADA EM *BLOG* DO RÉU. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO DOS AUTORES SUSTENTA IMPUTAÇÕES

LEVIANAS E OFENSIVAS LANÇADAS PELO RÉU QUE DENIGREM A IMAGEM, A HONRA E O BOM NOME DOS DEMANDADOS. EXERCÍCIO DE IMPRENSA CRÍTICA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO GARANTIDOS CONSTITUCIONALMENTE. FATOS DE DOMÍNIO PÚBLICO DIVULGADOS EM DIFERENTES MEIOS DE COMUNICAÇÃO. ATIVIDADE COM VIÉS INFORMATIVO PARA ESCLARECER A OPINIÃO PÚBLICA. PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DA LIBERDADE DE EXPRESÃO E DE INFORMAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À IMAGEM E HONRA DOS APELANTES. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Apelação 0099508-96.2009.8.19.0001 - Des. GILDA CARRAPATOSO - 04/12/2013 - 2ª Câmara Cível.

As provas documentais foram suficientes para demonstrar que não há qualquer excesso no uso do direito de informar, sendo a pretensão indenizatória do autor manifestamente teratológica, eis que a informação prestada no periódico não se destina a ofender a imagem do envolvido, não tendo sido demonstrado sequer qualquer abuso do direito de informação que legitime qualquer intervenção judicial.

Isto porque, resta incontroverso que havia inquérito policial em curso para a aferição de fraude envolvendo o autor, o que afasta o invocado abuso do direito à informação que resulte em ato ilícito, restando caracterizado o exercício regular de direito sem qualquer ofensa à imagem.

A veiculação de informações referentes ao inquérito policial ou à queixa-crime em relação a fatos de interesse público só pode ser controlada pelo Judiciário se observado o abuso ao direito de informar, o que não é o caso, devendo prevalecer, desta forma, o princípio da liberdade de imprensa.

Neste sentido, já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça e, inclusive esta Colenda Câmara Cível:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. NOTÍCIA VEICULADA EM JORNAL REPORTAGEM QUE INFORMA A OCORRÊNCIA DE FATOS E DECLARAÇÕES DA AUTORIDADE POLICIAL. AUSÊNCIA DE ABUSO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA HONRA E DIGNIDADE DO PERSONAGEM DA NOTÍCIA QUE NÃO TEM O CONDÃO DE CAUSAR DANOS MORAIS AOS SEUS ASCENDENTES. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

O direito fundamental de informação não é absoluto e deve ser interpretado sistematicamente consoante valores apresentados por outros direitos fundamentais a luz do princípio da razoabilidade. Prevalência do Direito a Imagem e a Honra sobre o Direito a Informação, que somente se justifica quando evidente o intuito de ofender, denegrir e ridicularizar a pessoa noticiada. Inexiste qualquer ilicitude na reportagem que narra eventuais ilícitos ocorridos em festa promovida pelo ascendente dos apelantes, bem como declarações emitidas pela autoridade policial. Evidente interesse público da notícia que se sobrepõe ao direito a imagem e privacidade. Conhecimento e desprovimento do recurso.

Apelação 0006462-82.2011.8.19.0001 - Des. ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA - 19/02/2013 - 9ª Câmara Cível

Ação Indenizatória por dano extrapatrimonial alegado. Matéria jornalística veiculada no Jornal O Estado de São Paulo, de conteúdo supostamente ofensivo. Direito à honra, intimidade e imagem em oposição ao direito à informação e liberdade de expressão. Art. 5º, incisos IV, IX e X, da CRFB/88. Ponderação

de interesses. Direito à informação e liberdade de expressão que prevalece, tendo em vista não ter sido identificado qualquer abuso no exercício de tal direito. Autor que é pessoa pública, portador de mandato eletivo. Nota veiculada na imprensa que não versa sobre a vida privada do autor, mas sim sobre seu comportamento político, interessando à sociedade de forma global. Publicação que se limitou a noticiar uma possível pressão política praticada pelo deputado, no exercício de suas funções, e reproduzida por outras mídias jornalísticas. Tratando-se de fatos de importância política, o direito à privacidade cede ante a prevalência do interesse público. Sentença que se mantém. A teor do disposto no art. 557 da Lei de ritos, Nego seguimento ao recurso, que se mostra manifestamente improcedente.

Apelação 0179745-20.2009.8.19.0001 - Des. SIRLEY ABREU BIONDI - 31/01/2014 - 13ª Câmara Cível.

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO EM JORNAL. AUSÊNCIA DE OFENSA À HONRA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

Ação indenizatória de dano moral por conta de reportagem jornalística efetuada em 22/09/1993, que o colocou como suspeito de participar de um grupo de extermínio e da chacina de Vigário Geral. Absolvição pela sentença penal de 2005. Reportagem baseada em informações verídicas, obtidas de forma lícita, através das autoridades competentes e de grande interesse e relevância para a sociedade. A matéria publicada de forma alguma maculou a honra do autor porque não excedeu os limites do razoável, obedecendo de forma clara aos artigos 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV e 220 e 1º parágrafo de nossa Magna Carta. Somente o abuso do direito à informação invade a esfera da privacidade e pode ensejar reparação por dano moral.

Recurso conhecido, ao qual se nega provimento.

Apelação 0220673-81.2007.8.19.0001 - Des. LUCIA MIGUEL S. LIMA - 29/03/2011 - 12ª Câmara Cível

Apelação Cível. Ação de Procedimento Comum Ordinário. Responsabilidade civil subjetiva. Pretensão ao ressarcimento por danos morais em razão de matéria veiculada em jornal, com ofensa à honra do autor. Sentença que julga improcedente o pedido. Inconformismo do autor. Conteúdo verídico da notícia, de caráter não sigiloso. Mandado de prisão expedido em desfavor do autor. Suspensão dos direitos políticos em virtude de condenação criminal transitada em julgado. Ponderação de interesses entre a liberdade de informação e o direito à inviolabilidade da vida privada. Prevalência do primeiro em razão do interesse público. Inocorrência de dano moral. Recurso a que se nega seguimento, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil. 0011106-85.2009.8.19.0212 - Apelação - Des. GEÓRGIA DE CARVALHO LIMA - 25/09/2012 – 19ª Câmara Cível.

A pretensão indenizatória não merece acolhida, eis que aos textos não se destinam a ofender a imagem do apelante, não tendo sido demonstrado sequer qualquer abuso da liberdade de expressão que legitime qualquer intervenção judicial.

Por tais fundamentos, dá-se provimento ao recurso, para julgar improcedente o pedido, invertidos os ônus sucumbenciais.

Rio de Janeiro, 02 de dezembro de 2014.

DES. GILBERTO DUTRA MOREIRA
Relator

PUBLICAÇÃO EM *BLOG*. COMENTÁRIOS AGRESSIVOS À EMPRESA DO RAMO DE COMUNICAÇÃO. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO

CONCRETO. JUÍZO DE PONDERAÇÃO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. DIREITO À IMAGEM. DANO MORAL.

Indenizatória. Publicação em *blog*. Notícia intitulada "hipocrisia e mentira". Colisão entre direitos fundamentais. Liberdade de manifestação x direito à imagem. Ponderação de interesses.

- Cinge-se a controvérsia sobre eventual responsabilidade do réu pela publicação de matéria intitulada "Hipocrisia e mentira", em seu *blog*, bem como pela postagem e divulgação de comentários que supostamente depreciam e violam a honra da autora.

- A matéria evidencia o abuso do exercício do direito à livre manifestação e o dever de responsabilização do apelante, na medida em que a autora, empresa do ramo de comunicação, foi acusada de escamotear os abusos cometidos pelo prefeito anterior em troca de benefícios financeiros à custa dos cofres públicos.

- Na esteira do Enunciado de Súmula nº 221, são civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.

- Como cediço, a pessoa jurídica é passível de sofrer dano moral, conforme dispõe o Enunciado de Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça, quando houver lesão à sua honra objetiva, a qual, por ser caracterizada pela reputação junto à sua potencial clientela, não pode se dar *in re ipsa*, dependendo de comprovação.

- No caso, a autora teve sua reputação abalada pela matéria do *blog* do réu, bem como pelos comentários agressivos que afirmam que o grupo é um "câncer" do Município de Campos.

- Ademais, um dos comentários demostra que a leitora informa que não assina ou compra o jornal em virtude da publicação do réu.

- O valor da indenização foi arbitrado em R$ 8.000,00 (oito mil reais) encontra-se de acordo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como art. 944 do CC.

- Logo, a sentença não merece reparos.

- Recurso ao qual se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0001769- 84.2009.8.19.0014, de que são partes Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira, Apelante e Plena Editora Gráfica Ltda., Apelada.

Acordam os Desembargadores da 17ª 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 ação indenizatória proposta por Plena Editora Gráfica Ltda. em face de Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira.

Narra ser conhecida empresa do ramo de comunicação e atua no meio jornalístico desde o ano de 1978, gozando de prestígio e respeito dos leitores e também de outros meios de comunicação da região norte fluminense.

Relata que no dia 13/01/2009 o réu divulgou em seu *blog* notícia intitulada "Hipocrisia e mentira", com a acusação difamatória contra a autora de que recebeu suposto suborno de agentes da administração municipal para encobrir supostos atos ilícitos praticados pelos agentes públicos.

Afirma que a acusação formulada é despida de qualquer fundamento probatório e que o réu autorizou a postagem e divulgação de comentários que depreciam e violam a honra da autora.

Requer a concessão da tutela antecipada a fim de que sejam retirados os comentários

ofensivos contra a autora que constam no *blog* do réu, bem como para que este se abstenha de autorizar a postagem de comentários depreciativos à honra da autora. No mérito, pugna pela procedência dos pedidos, com a confirmação da decisão liminar e a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais.

Contestação (índex. 139), sustentado ilegitimidade passiva, visto que as informações publicadas na internet são de responsabilidade exclusiva daqueles que realizam as questionadas postagens, não havendo margem para impor ao réu as consequências de uma conduta que não foi por ele praticada. No mérito, aduz, em resumo, que: (i) a questão em apreço possui em seu plano de fundo manifesto revanchismo e inconformismo político por parte da autora; (ii) o réu manifestou sua extrema contrariedade com as seguidas e ardilosas publicações do grupo Folha da Manhã que por vezes eram crivadas de maledicência, atribuindo ao réu a pecha da desonestidade; (iii) as declarações colacionadas nos autos atribuídas ao defendente nada têm de ofensivas, uma vez que representam apenas forte crítica acerca das inverdades lançadas irresponsavelmente pela autora, a fim de criar imagem desfavorável do demandado perante os cidadãos desta cidade; (iv) causa espécie que a autora acione o judiciário para pleitear suposta violação à honra quando, na verdade, ela própria tem por praxe publicar matérias maledicentes, injuriosas e até caluniosas em face do réu e de sua família, conforme comprovam os autos dos processos que correm nesta Comarca, autuados sob os números 0019654-72.2013.8.19.0014/000 5232-97.2010.8.19.0014100124 29-40.2009.8.19.0014/0012451-64.2010.8.19.0014; (iv) a matéria não tem viés de notícia, mas sim de opinião, manifestação do pensamento e direito de crítica, todos estes devidamente consagrados pela Constituição da República.

Requer o acolhimento da preliminar suscitada ou a improcedência dos pedidos.

Foi proferida sentença (index. 149), nos seguintes termos:

"Julgo, pois, procedente o pedido deduzido na inicial e condeno o réu Anthony Wílliam Matheus de Oliveira a pagar à acionante Plena Editora Gráfica Ltda. indenização por dano moral no valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais), corrigido monetariamente a partir desta data (STJ, Súmula nº 362) e acrescido de juros de mora de 1% ao mês (CC, art. 406), a contar da data do evento danoso (13/01/2009 — STJ, Súmula nº 54),extinguindo o processo, com resolução de mérito, na forma do art. 487, I, do Novo Código de Processo Civil. Condeno o réu ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% do valor da condenação, à vista dos parâmetros do art. 85, § 2° e 9°, do NCPC. Registrada eletronicamente. Publique-se e intimem-se. Caso haja interposição de recurso de apelação, determino, desde logo, a intimação do apelado para, querendo, apresentar contrarrazões e, escoado o prazo para tanto, com ou sem elas, sejam os autos remetidos ao e. TJERJ."

Inconformado o réu apresenta recurso de apelação (*index*. 162), argumentando, em síntese, que: (i) não há nos autos qualquer notificação, ou tentativa, direcionada ao Apelante requerendo a retirada dos comentários capitulados como ofensivos; (ii) o Apelante fez ácidas críticas à linha jornalística reiteradamente maliciosa e tendenciosa a maus feitos claramente imputados ao Apelante e à sua esposa, então prefeita de Campos dos Goytacazes; (iii) as liberdades constitucionais merecem as devidas homenagens, sobretudo quando se trata de cidadão de personalidade autêntica, com expressiva trajetória política, sendo fato público e notório que desempenhou a honrosa função de Governador deste estado. Contrarrazões (índex. 183).

VOTO

Presentes os requisitos de conhecimento e admissibilidade recursais.

Cinge-se a controvérsia sobre eventual responsabilidade do réu pela publicação de matéria intitulada "Hipocrisia e mentira", em seu *blog*, bem como pela postagem e divulgação de comentários.

A questão envolve a colisão entre direitos fundamentais, caso em que uma das partes (apelante) invoca um direito fundamental em sua proteção o direito à liberdade de expressão, enquanto a outra (apelada) se vê amparada pelo direito à imagem, artigo 5º, X.

Inicialmente, necessário lembrar a inexistência de hierarquia entre preceitos constitucionais, impossibilitando cogitar-se de invariável aplicação integral de um deles, ou seja, atribuir a um suposto direito classe hierárquica superior, resultando na aniquilação total do outro (supostamente inferior).

Segundo melhor ensinamento doutrinário, o intérprete deve aplicar na hipótese de colisão de direitos fundamentais, um juízo de ponderação, utilizando-se do recurso da técnica da argumentação, observando as características do caso concreto.

A ponderação é uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos de colisão de princípios, em relação aos quais a técnica da subsunção se mostra inadequada, principalmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas.

Em outras palavras, a solução de conflito entre direitos fundamentais, deverá o intérprete buscar a conciliação entre eles, considerando as circunstâncias do caso concreto, pesando os interesses em jogo, com o objetivo de firmar qual dos valores conflitantes prevalecerá.

Não existe um critério para a solução de colisão entre valores constitucionais que seja válido em termos abstratos; o conflito só pode ser resolvido a partir da análise das peculiaridades do caso concreto, que permitirão decidir qual direito deverá sobrepujar os demais, sem, contudo, anular por completo o conteúdo destes.

Por oportuno, vale ressaltar os ensinamentos do Ilmo. Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, extraído de sua obra **Interpretação e Aplicação da Constituição**, p. 360, *verbis*:

"Da exposição apresentada extrai-se que a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade antes que como uma opção filosófica ou ideológica. É certo, no entanto, que cada uma das três etapas – identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos, com a produção de uma conclusão – envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências".

Nesse contexto, utilizando-se das técnicas acima referendadas ao caso em tela, identifica-se, em primeiro lugar, a aplicação das normas constitucionais em conflito: Liberdade de expressão x imagem.

A Constituição, em seu inciso IX do artigo 5º dispõe:

"É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença."

Em relação ao referido dispositivo, importante frisar que o acesso à informação não é

absoluto. Ele se refere essencialmente, a informações que possam ser de interesse público ou geral. Nesta linha, o Professor ALEXANDRE DE MORAES assim se posiciona, *in verbis*:

"A liberdade de expressão, não dispõe caráter absoluto, visto que encontra limites em outros valores protegidos constitucionalmente."

Conforme salienta ALEXANDRE DE MORAES, a liberdade de expressão deve ser exercida com responsabilidade e o seu desvirtuamento para o cometimento de fatos ilícitos, civil ou penalmente, possibilitará aos prejudicados, plena e integral indenização por danos materiais e morais, além do efetivo direito de resposta."

Por sua vez, o inciso X, também do artigo 5º da CRFB/88, dispõe:

"São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

Cabe ao Poder Judiciário, *in casu*, ponderar qual direito constitucionalmente protegido deve prevalecer, a fim de, por um lado, garantir a atuação do direito à liberdade de expressão e, de outro, impedir a violação de direito de imagem.

Feitas tais considerações, tem-se que a questão subsume-se às regras legais referentes à responsabilidade civil subjetiva do Código Civil, mais especificamente os artigos 186 e 927 do CC.

Por oportuno, destaca-se a matéria publicada no *blog* do recorrente (*index*. 31):

13/01/2009
Hipocrisia e mentira
O jornal Folha da Manhã, que apoiou a dupla Arnaldo/Mocaber em todos os desmandos que destruíram a cidade de Campos nos últimos 10 anos já começou a tentar intrigar a população campista contra Rosinha.

Depois da matéria ridícula que citei na semana passada aqui no *blog*, sobre casas populares afirmando que Rosinha já estava devendo 50 casas em cinco dias de governo, hoje publica como matéria de primeira página dizendo que cada vereador tem em emendas parlamentares R$1 milhão no gabinete da prefeita.

A Folha da Manhã esquece duas coisas. Primeiro esse orçamento foi feito pelos vereadores da Câmara passada e sancionado pelo ex-prefeito Macaber, nada tendo a ver com Rosinha.

Em segundo lugar, em anos anteriores, a Folha da Manhã sabia das negociatas do prefeito com vereadores e no ano passado a Câmara aprovou uma verba de R$ 5 milhões em emendas para cada vereador.

Onde estava a Folha da Manhã que não denunciou isso :

Ainda hoje ou no máximo amanhã, vou mostrar à população de Campos, como age de forma mentirosa e hipócrita este grupo de comunicação que defende não Campos, mas apenas os seus interesses econômicos.

Vou publicar no *blog*, quando estiver pronto o levantamento, quanto o grupo Folha da Manhã (leia-se Rádio Continental, jornal e uma TV a cabo) recebeu dos cofres públicos para ficar silencioso sobre os desmandos cometidos pela dupla Arnaldo Mocaber com o apoio dos vereadores.

São milhões. Engordaram o bolso de seus proprietários e agora tentam se fingir de moralistas e defensores da população.

A partir da matéria acima, foram veiculados os seguintes comentários (*índex*. 32/43):

Comentários
13/01/2009 15h7min22s
Juscelino Resende – Campos dos Goyta-

cazes

Garotinho, não vamos dar respaldo a este grupo de comunicação que é o "câncer" de Campos enunca se esqueça da manchete: Garotinho nunca mais! Vamos colocar um basta em todos os desmandos que vêm acontecendo há 10 anos e secar a fonte que enriqueceu todos que são donos do referido grupo.

13/01/2009 15h13min09s
Maria Tereza – Campos

Por isso que não assino e não compro esse jornal, só leio pela internet por uma questão de estar por dentro dos absurdos que escrevem. Oposição comprometida com a seriedade é louvável e benéfica, mas fazer a crítica sem estar baseado na verdade, é o jornalismo de 5ª, bem o jeito dos donos.

13/01/2009 15h17min16s
Flavio – Campos – Rj

Ter Roberto Barbosa e Joao Oliveira fazendo parte desse grupo, só podemos esperar isto. Governador, eles não têm mais manchete para colocar... cuidado Folha!!! Vocês vão ter que colocar vocês mesmos, quando aparecer o valor que esse grupo pegou na prefeitura.

13/01/2009 15h38min08s
Ex-Preocupado – Campos dos Goytacazes
Prezado Líder

Papel aceita tudo; mas há de haver um limite.

Não sou especialista na Lei de Imprensa, mas em se tratando de mentira deslavada, o ordenamento jurídico deve resguardar algum tipo de direito de resposta.

Alías, seria muito bom este jornal ter que se submeter à impressão de uma resposta do seu grupo, e no mesmo local onde foi cortada a mentira.

13/01/2009 15h39min42s
Antônio – Campos

Sou assinante da "folha" e confesso que estou enojado. O dever de qualquer jornal é informar e não desinformar seus leitores. Atenção, redação da Folha da Manhã, vou parar de pagar esse jornaleco, heim?

O Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado de Súmula nº 221 sobre o tema:

Súmula nº 221 São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.

Confira-se o precedente da Corte Superior:

"DIREITO CIVIL. INTERNET. *BLOGS*. NATUREZA DA ATIVIDADE. INSERÇÃO DE MATÉRIA OFENSIVA. RESPONSABILIDADE DE QUE MANTÉM E EDITA O *BLOG*. EXISTÊNCIA. ENUNCIADO Nº 221 DA SÚMULA/STJ. APLICABILIDADE. 1. A atividade desenvolvida em um *blog* pode assumir duas naturezas distintas: (i) provedoria de informação, no que tange às matérias e artigos disponibilizados no *blog* por aquele que o mantém e o edita; e (ii) provedoria de conteúdo, em relação aos *posts* dos seguidores do *blog*. 2. Nos termos do enunciado nº 221 da Súmula/STJ, são civilmente responsáveis pela reparação de dano derivado de publicação pela imprensa, tanto o autor da matéria quanto o proprietário do respectivo veículo de divulgação. 3. O enunciado nº 221 da Súmula/STJ incide sobre todas as formas de imprensa, alcançado, assim, também os serviços de provedoria de informação, cabendo àquele que mantém *blog* exercer o seu controle editorial, de modo a evitar a inserção no *site* de matérias ou artigos potencialmente danosos. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido." (REsp nº 1381610 / RS - RECURSO ESPECIAL 2013/0061353-6 - Ministra NANCY ANDRIGHI – Julgamento: 03/09/2013).

Embora a pessoa jurídica seja passível de sofrer dano moral, conforme dispõe o Enunciado de Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça, este somente ocorre pela lesão à sua honra objetiva, a qual, por ser caracterizada pela reputação junto à sua potencial clientela, não pode se dar *in re ipsa*, dependendo de verificação no caso concreto.

No caso, a autora teve sua reputação fortemente abalada pela matéria do *blog* do réu, bem como pelos comentários agressivos que afirmam que o grupo é um "câncer" do Município de Campos.

Acresça-se que um dos comentários demostra que a leitora informa que não assina ou compra o jornal em virtude da matéria veiculada.

Como bem pontuado pelo juízo *a quo*:

"Abstraída qualquer análise sobre a linha editorial ou mesmo aproximação da empresa jornalística autora com situacionistas ou oposicionistas, fato é que a postagem teve por único objetivo desqualificar e desacreditar o Jornal Folha da Manhã perante os seus leitores, como forma de amenizar as críticas que foram veiculadas pelo matutino à esposa do réu, Rosinha Garotinho, à época no exercício do seu primeiro mandato no cargo de Prefeita Municipal.

É certo que a mera contrariedade a uma notícia publicada no jornal e a exposição dessa discordância em *blog* pessoal, sobretudo no cenário de intensa disputa política, é direito a todos assegurado pela Constituição Federal. Por isso, não se observa qualquer ilícito nos três primeiros parágrafos da matéria, nos quais o réu apenas contradiz uma informação que teria sido noticiada pela parte autora.

Entretanto, a partir do parágrafo seguinte, o réu parte para o ataque, acusando a parte autora de escamotear os abusos cometidos pelo prefeito anterior em troca de benefícios financeiros à custa dos cofres públicos. Para arrematar às suas aleivosias, o réu chancelou: 'São milhões. Engordaram o bolso de seus proprietários e agora tentam fingir de moralistas e defensores da população'. "

Logo, é evidente o abuso do exercício do direito à livre manifestação e o dever de responsabilização do apelante.

É cediço que o *quantum* deve ser fixado pelo prudente arbítrio do juiz, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, evitando-se que, pelo excesso, configure-se enriquecimento sem causa da vítima, como também, pela falta, a indenização seja insuficiente para servir de sucedâneo ao dano sofrido pela mesma.

In casu, levando-se em consideração o dano sofrido pela parte autora, ora apelada, manifestado pela violação à sua imagem, tem-se que o valor de R$ 8.000,00 (oito mil Reais) encontra-se de acordo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como art. 944 do CC.[2]

Tendo em vista que a sentença foi proferida sob a égide do Novo Código de Processo Civil, majoram-se honorários para 18%, na forma do art. 85, §11. Diante de todo o exposto, nega-se provimento ao recurso e se majora os honorários para 18%, na forma do art. 85, §11 do NCPC.

Rio de Janeiro, 19 de outubro de 2016.

DES. FLÁVIA ROMANO DE REZENDE
Relatora

RESPONSABILIDADE CIVIL. CRIAÇÃO DE *BLOG* NA *INTERNET.* PUBLICAÇÃO DE REPORTAGEM. OFENSA NÃO

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

CARACTERIZADA. ASSÉDIO MORAL. NÃO COMPROVAÇÃO. HONORÁRIOS. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 7.

Apelação cível. Responsabilidade civil. *Internet*. Publicação em *blog*. Inexistência de ofensa à imagem da autora. Liberdade de expressão e de informação. Dano moral não configurado. Pedido contraposto. Ausência de comprovação de assédio moral. Sucumbência recíproca. Ausência de ilicitude na conduta do réu que divulgou informações de relevante interesse público. A publicação não revela intenção de ofender, injuriar ou difamar. Ausência de assédio moral por parte da autora em relação ao réu. Sucumbência recíproca que deve ser reconhecida. Reforma parcial da r. sentença. Recurso da autora a que se dá parcial provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0193501-28.2011.8.19.0001, em que são Apelantes Alex Sander Silva Cristino e Vigban Empresa de Vigilância Bancária e Induatrial Ltda e Apelados os mesmos.

Acordam os Desembargadores da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer dos recursos e negar provimento ao recurso da ré e dar parcial provimento ao recurso da autora nos termos do voto da relatora.

Trata-se de ação de cobrança de obrigação de fazer, pelo rito sumário, com pedido de tutela antecipada c/c danos morais ajuizada por Vigban Empresa de Vigilância Bancária, Comercial e Industrial Ltda em face de Alex Sander Silva Cristino, na qual alega que o réu criou um *blog* na *internet*, junto ao Google, atacando sua imagem por meio de informações absurdas e imorais.

Contestação a f. 69/85, na qual o réu alega que era funcionário da empresa e atuante na causa dos vigilantes, criando o *blog* para colocar informações úteis aos trabalhadores de sua área. Formula pedido contraposto, aduzindo que a atitude da empresa Vigban, constituindo verdadeira perseguição, ter-lhe-ia provocado prejuízos aptos a caracterizar assédio moral, ensejando a condenação em danos morais.

A sentença de f. 186/187 julgou improcedente o pedido, por não se vislumbrar qualquer situação que maculasse o nome da parte autora, bem como julgou improcedente o pedido contraposto, por não restar comprovado qualquer assédio moral sofrido pelo réu em relação à empresa no período em que trabalhou como vigilante. Condenou ainda a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários de advogado, arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Irresignado, o réu apresentou recurso a f. 205/209, alegando que foi demitido de seu emprego junto à apelada somente em razão de ter criado um *blog* no qual reivindica os direitos dos trabalhadores de sua categoria de forma genérica, sem qualquer menção ou ofensa à apelada. Aduz que o motivo da demissão é fato incontroverso e que esta demanda é a segunda proposta pela empresa, com o mesmo objetivo, o que revelaria a perseguição.

A parte autora interpôs recurso de apelação a f. 214/226, no qual sustenta que o que se buscou na presente demanda foi repreender um ato ilícito praticado pelo réu, camuflado de cunho supostamente informativo. Ressalta que o principal ato ilícito foi a caricatura exposta no *blog*, a qual visava a denegrir a imagem da empresa, comprometendo inclusive o contrato de prestação de serviços firmado com a tomadora TKCSA. Pugna, assim, pela reforma da sentença e, pelo princípio da eventualidade, pelo reconhecimento da sucumbência recíproca.

Contrarrazões apresentadas pela autora a f. 229/231, onde sustenta que o réu não apresentou nenhuma prova capaz de legitimar a procedência do pedido contraposto, aduzindo que o motivo de sua demissão se deu em razão de estar em contrato de experiência, o que dispensa a necessidade de motivação do ato demissionário.

Contrarrazões apresentadas pelo réu a f. 234/242, ressaltando que, na petição inicial, a caricatura enfocada no recurso mal é mencionada, fundamentando o autor seu pedido no direito ao nome que teria sido violado por meio das declarações e opiniões publicadas pelo réu em seu *blog*. Afirma que é da natureza das caricaturas usar o exagero e o ridículo para corporizar a mensagem jornalística. Aduz que não merece ser acolhido o pleito de sucumbência recíproca, pois o pedido contraposto só existe em decorrência do pedido autoral inicial.

VOTO

Ação ajuizada e sentença proferida a luz do Código de Processo Civil de 1973, assim, será analisada sob a vigência desta lei. Conheço dos recursos, uma vez que presentes os requisitos de admissibilidade.

Cuida-se de apelação interposta por Vigban Empresa de Vigilância Bancária, Comercial e Industrial Ltda e por Alex Sander Silva Cristino contra sentença na qual julgado improcedente o pedido autoral, bem como improcedente o pedido contraposto.

Cinge-se a questão em saber se o réu teria atuado ou não dentro do limite constitucional estabelecido pelo princípio da liberdade de expressão, exercendo o direito de informar licitamente.

Sobre a questão trazida à baila, dispõem os incisos IV, V, IX e X do art. 5º, da Constituição da República:

"é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"

Não há dúvida de que a Carta Magna protege a liberdade de expressão, desde que não haja ofensas pessoais que impliquem em violação aos direitos da personalidade, já que a liberdade de expressão não é absoluta e encontra limites em outros direitos constitucionalmente protegidos.

Importante salientar, ainda, que a responsabilidade civil por dano moral advinda de ofensa veiculada pelos meios de comunicação ocorre quando houver intenção de injuriar, difamar ou caluniar, pois não são admitidas ofensas à esfera íntima da pessoa humana.

Para a configuração da responsabilidade civil por ato ilícito, são exigidos três requisitos essenciais, quais sejam: a conduta lesiva imputável ao agente, que há de ser contrário ao direito, o dano provocado ao patrimônio ou à honra da vítima, e o nexo de causalidade entre ambos. No caso dos autos, realmente é incontroversa a veiculação da matéria cabendo tão somente analisar se as informações prestadas eram verídicas e se ensejaram ou não o alegado dano.

No caso em tela, o réu afirma que as informações publicadas em seu *blog* tinham por objetivo informar a classe dos trabalhadores da área de vigilância, bem como que a caricatura alertava para as suas condições de trabalho.

Como bem destacado na sentença, os comentários divulgados no *blog* foram até veiculados em mídia televisiva, o que denota que não houve abuso por parte do réu ao divulgá-los.

Entendo que a atuação do réu (f. 32/37) não se deu com intuito de prejudicar o autor, tendo agido nos limites legalmente toleráveis, razão por que não deu azo ao pretenso dano moral.

O direito de personalidade, a honra e a imagem trazidos pela Constituição em seu artigo 5º, inciso X, não foram agredidos pela parte ré, sendo certo que somente a violação a tais direitos daria o direito à reparação de danos pretendida.

A verdade é que a parte requerente não logrou êxito em demonstrar a ocorrência de abalo emocional ou sofrimento anormal que comportasse reparo pecuniário após a publicação da reportagem.

Com efeito, o réu não extrapolou do seu direito à liberdade de pensamento. Assim, não praticou ato ilícito na forma do art. 187 do CC e não há o dever de indenizar por danos morais.

Note-se que esta Egrégia Corte já decidiu que "não cabe indenização quando o direito de informação é exercido de forma regular sem excessos que configure ofensa à honra das pessoas " (JTJ 182/81).

Há que se destacar ainda que não restou configurada a perseguição ao réu no período em que trabalhou como vigilante pela empresa, não havendo assédio moral, pois a demissão encontra-se no âmbito de discricionariedade do empregador, bem como o ajuizamento de ação não constitui ato ilícito.

Quanto ao ônus de sucumbência, tem-se que, de fato, autora e réu tiveram seus pedidos de danos morais negados. Assim, impõe-se o reconhecimento da sucumbência recíproca entre as partes, de maneira que as custas processuais devem ser partilhadas, bem como os honorários advocatícios devem ser compensados.

Quanto ao demais, a sentença deu correta solução à lide, não merecendo reparos.

Por fim, destaco que a r. sentença foi publicada em data anterior ao dia 18 de março de 2016, portanto, não é possível a aplicação do art. 85, § 11º do novo CPC, entenda-se arbitramento dos honorários de sucumbência em grau recursal. Igualmente, o ato processual que arbitrou os honorários em primeiro grau, se deu na vigência do CPC de 1973, estando perfeito e acabado. Assim, a aplicação do atual CPC, importaria em violar o ato jurídico perfeito. Neste sentido, ainda, invoco o Enunciado nº 7º do STJ, *in verbis*:

Enunciado administrativo nº 7º: 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, § 11º, do novo CPC.

Desta forma, considerando que o acórdão substitui a sentença, a regra que deve ser aplicada ainda é a do CPC de 1973.

Ante o exposto, conheço dos recursos para negar provimento ao recurso da ré e dar parcial provimento ao recurso da autora, apenas para reconhecer a sucumbência recíproca, determinando o rateio das custas processuais e honorários de advogado, na forma do art. 21, *caput* do CPC, reformando parcialmente a r. sentença.

Rio de Janeiro, 06 de julho de 2016.

DESª TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES
Relatora

RESPONSABILIDADE CIVIL. MATÉRIA PUBLICADA EM REVISTA INFORMATIVA DE ÂMBITO NACIONAL. CIDADÃO APENADO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA POLÍCIA FEDERAL. REABILITAÇÃO POR SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. REVOLVIMENTO DA MATÉRIA. DISPONIBILIZAÇÃO NO ACERVO DIGITALIZADO. DIREITO AO ESQUECIMENTO. RETIRADA DO NOME DO AUTOR DA MATÉRIA.

Responsabilidade civil. Reparação de danos morais. Empresa editorialista. Revista informativa de âmbito nacional. Matéria jornalística. Processo anterior. Procedência do pedido. Indenização. Disponibilização da mesma reportagem em biblioteca virtual. Internet. Reexposição da matéria. Empresa que edita revista de âmbito nacional, condenada pela inserção, nesta, de matéria envolvendo concurso público para ingresso na Polícia Federal. Danos morais e obrigação de fazer. Cidadão que havia sido condenado em processo criminal, mas que já fora reabilitado por sentença transitada em julgado. Pedido de condenação a uma nova indenização em virtude da disponibilização do acervo digitalizado em que constava a nefasta reportagem. Nova ação e nova condenação. Apelo da empresa ré. Preliminares. Coisa julgada. Falta de interesse de agir. Inadmissível considerar as matérias através de um entendimento simplificador no sentido de que aqui se cuide da mesma questão que envolveu originariamente as partes, quando é certo que em um novo ato ilícito, literalmente incidiu a ré na repetição, como se se tratasse de uma "nova publicação", daquela reportagem já considerada ilícita no processo anterior, expondo a vítima uma vez mais. Rejeição. Prejudicial de mérito. O termo inicial da prescrição conta-se da data em que ocorreu a violação do direito do autor. Art. 189 do Código Civil. *Actio nata*. Somente luirá a contagem do prazo prescricional quando haja possibilidade do exercício do direito de ação, que tem início quando cien-te o titular acerca da violação de seu direito subjetivo. Prazo prescricional trienal (art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil). Responsabilidade civil extracontratual. Prescrição inocorrente. Mérito. Inegavelmente há um con lito aparente entre a liberdade de expressão e informação, materializada na liberdade de imprensa, e os atributos individuais da pessoa humana - como a intimidade, a privacidade e a honra - todos que possuem evidente estatura constitucional (art. 5º, incisos IV, V, IX, X e XIV, e arts. 220 e 221 da Constituição da República). Com efeito, a Carta Magna assegura a liberdade de pensamento e de expressão, bem como a liberdade de imprensa. Igualmente, protege o direito à honra e à imagem do indivíduo, assim como a intimidade e a privacidade (arts. 5º e 220 da CRFB/88), não permitindo a ordem constitucional o abuso do direito ou o excesso reprovável. No caso, vê-se que o cerne da pretensão se estriba num contexto englobando duas situações vivenciadas pelo autor. A questão originária resultou na condenação da ré. Já a atual se deve ao revolvimento da questão motivado pela disponibilização do acervo digitalizado da revista na Internet ("Veja *online*"), trazendo de volta à tona circunstâncias que o autor esperava que estivessem, como deveriam estar definitivamente sepultadas. Consideração dos fatos quanto a que as condenações passariam pelo instituto da reabilitação criminal, além do que está previsto no art. 202 da Lei de Execução Penal. Direito ao esquecimento a partir do momento que versam tais dispositivos acerca do dever de manter em sigilo quaisquer informações que digam respeito ao processo ou à sua condenação, por se tratar de cidadão outrora apenado. Diferença, embora su-

til, nas variantes apontadas. Certamente o escopo da condenação no presente feito foi decorrente do entendimento de que não terá havido uma intenção preconcebida de ofender direitos personalíssimos do autor, mas, na verdade, punir a ré em razão da evidente conduta negligente de seus prepostos, propiciando que a reportagem publicada no fim do século passado e que lhe causou a obrigação indenizatória de um *quantum* elevado, fosse novamente trazida à luz através da disponibilização da sua biblioteca virtual. O fato de a empresa ré ter sido condenada a pagar originariamente vultosa indenização não lhe dá o direito de disponibilizar, novamente, a matéria tida como ilícita, como se isso lhe servisse como uma espécie de "salvo-conduto" para a reprise dessas ilicitudes. Teoria subjetiva do ato omissivo. Trata-se de fato que não impede, entretanto, a condenação, até pelos efeitos pedagógicos e profiláticos que a recomendam. Novo *quantum* indenizatório arbitrado em harmonia com o princípio da razoabilidade. Precedentes do STJ e deste TJERJ. Verba honorária que não merece majoração. Manutenção da sentença hostilizada. Recursos a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0089001-76.2009.8.19.0001, em que é Apelante 1 Abril Comunicação S.A., Apelante 2, C.H.B.N e Apelados os mesmos.

Acordam os Desembargadores que compõem a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento a ambos os recursos, nos termos do voto do relator.

Cuida-se de apelações cíveis, deduzida pela empresa ré, Editora Abril S/A e pelo autor, C.H.B.N, contra a sentença de f. 450/458, proferida pelo Juízo da 9ª Vara Cível da Comarca da Capital nos autos da ação indenizatória cumulada com obrigação de fazer que lhe é movida pela autor, a qual julgou procedentes os pedidos e extinguiu o feito com resolução do mérito, condenando-a ao pagamento do valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de indenização por dano moral, corrigido monetariamente a contar desta sentença, nos termos do verbete nº 97 deste Tribunal de Justiça, e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação, e à obrigação de retirar do sítio "Veja *online*" a matéria intitulada "Loucademia", sob pena de multa diária no valor de R$ 300,00 (trezentos reais), condenando-a, mais, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes que foram fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (efeitos integrativos decorrentes de aclaratórios opostos pela ré - f. 521/522).

Antes de adentrar-se na análise dos recursos, consigne-se que a presente ação foi proposta objetivando a condenação da ré ao pagamento de indenização a título de danos morais em razão de matéria ofensiva disponibilizada de forma *online* pela empresa ré, matéria esta que já fora responsável por sua condenação ao ser divulgada no dia 28 de outubro de 1998, na edição nº 1.570 da revista "Veja", intitulada "Loucademia", na qual foi qualificado como "ex-traficante" e "ex-presidiário", tendo sido feita ainda menção quanto a uma ausência de "conduta ilibada". Acrescentou o autor, ora 2º apelante, que em processo anterior (sob o nº 1999.001.095267-7) a empresa ré, ora 1ª apelante, já fora condenada ao pagamento de indenização a título de danos morais em razão da veiculação, em âmbito nacional, da edição física da revista, mas, não obstante, ainda assim disponibilizou a matéria jornalística através da *Internet*, o que levou o Juízo condenar a empresa ré a pagar-lhe nova indenização (f. 02/07).

Colhe-se dos autos que, de fato, na edição nº 1.570 da revista "Veja" que circulou no

dia 28 de outubro de 1998 (f. 35/36), constou a matéria da página 47, subscrita pelo jornalista Policarpo Jr., intitulada "Loucademia", narrando fatos que, estariam ocorrendo na Academia Nacional da Polícia Federal, em Brasília. Na reportagem se tratou da condição de alguns alunos que aspiram ingressar nos quadros da Polícia Federal, quer como agente, quer como delegado, sendo ressaltado que vários destes alunos cursavam a academia por força de decisão judicial, mas que, não obstante, uns não passaram nos exames, físicos, outros nos testes psicotécnicos e outros não tinham a conduta ilibada que a polícia exige dos policiais.

Ainda constara o seguinte na parte final da matéria (f. 36):

"O ex-prisioneiro, C.H.B.N., tem todo o direito, conforme entendeu a Justiça, de levar vida nova, cumprida sua sentença. Mas a cúpu-la da PF não engole o fato de ter entre seus qua-dros um ex-traficante. Até porque, para piorar,
o ex-traficante, quando foi preso com drogas, também era, ele próprio, agente da PF... Agora, com sua liminar no bolso, em três meses Benigno será delegado".

Com base na prova produzida naqueles autos, foi proferida a sentença na 26ª Vara Cível em 07/07/2000 (f. 21/28), condenando a ré, então, no seguinte:

Ante o exposto, julgo procedente o pedido, condenando a ré a pagar ao autor quantia equivalente á 300 (trezentos) salários-mínimos a título de dano moral e determinando a ré que se abstenha de divulgar fatos pretéritos da vida do autor, sob pena de multa diária em valor equivalente a 100 (cem) salários-mínimos por cada edição em que houver desrespeitos á presente decisão.

A decisão foi mantida pela 13ª Câmara Cível, tendo sido a indenização majorada nos termos do voto condutor, de lavra do relator, Des. NAMETALA JORGE, como se extrai do acórdão de f. 31/34, de 11/01/2001:

Responsabilidade civil. Ação de indenização. Notícia veiculada em revista. Decadência: art. 56 da Lei de Imprensa. Consagrando a atual CF; em seus art. 5º, V e X, amplamente a reparabilidade do dano Moral, "não mais é possível negar essa reparação, ou restringi-la pelo enforque de leis ordinárias anteriores, o que constituiria total inversão de princípios e valores"; por isso que inaplicável, no caso, o art. 56 da Lei nº 5250/67. Precedentes deste Tribunal. Dano moral. Quantificação.Constitui dano moral, a ser devidamente reparado, a divulgação, pela revista VEJA, de registros definitivamente apagados por sentença, trânsita em julgado, em procedimento de reabilitação criminal, sobre os quais a justiça já decretou segredo perpétuo. Na apuração do valor do dano moral devem ser consideradas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico violado, além dos critérios, de proporcionalidade e razoabilidade. Logo, bem ponderadas essas diretrizes, a fixação dessa verba em R$ 100.000,00 (cem mil reais) corresponde, no caso, a justa reparação por esse prejuízo extrapatrimonial pelo ofendido experimentado. Antecipação de um dos efeitos da tutela de mérito. Deferimento e momento processual oportuno. Multa pelo seu descumprimento. A pena deve ser fixada em valor suficiente ou compatível com a obrigação. Ademais, não tem por objetivo reparação de eventual dano causado à parte; trata-se de pena puramente cominatória, de simples ameaça, que colima constranger o devedor ao cumprimento da obrigação. Recurso parcialmente provido.

Feito o preâmbulo, tem-se que, no que guarda pertinência às preliminares arguidas, não assiste razão à empresa ré, em que pese o esforço de seu ilustre patrono. Perfilho integralmente a douta sentença hostilizada:

"(...) O conceito de coisa julgada, em nosso ordenamento, foi trazido pelo legislador infraconstitucional, no art. 301 do Código de Processo Civil. Há coisa julgada, portanto, quando se repete ação que já foi decidida por sentença de que não caiba recurso, sendo certo que, para sua caracterização, a ação repetida deve possuir as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido da anterior (a partir da intelecção do art. 301, §§ 1º, 2º e 3º CPC).

Ainda que se reconheçam as mesmas partes envolvidas nesta e na ação anterior, não é possível aduzir que se trata, aqui, da mesma causa de pedir e do mesmo pedido da ação pretérita. Na ação anterior, a causa de pedir constituía-se da confecção e publicação de matéria jornalística na revista impressa "Veja", de conteúdo ofensivo à honra do autor. Na presente ação, entretanto, trata-se a causa de pedir de veiculação de forma *online* da matéria, cujo conteúdo permanece idêntico ao objeto de ação anterior. Certo é que quando do primeiro processo, sequer havia a existência do "acervo digital" da empresa ré, de forma que os efeitos da coisa julgada não podem alcançar aquilo que sequer existia à época da sentença primeira. A criação da "biblioteca *online*" pressupôs, por óbvio, uma ação humana diversa daquela de confecção jornalística e de impressão da matéria, sendo realizada, inclusive, por pessoas diversas, de capacidades técnicas diversas. Assim, a ação humana voluntária dirigida finalisticamente a criar um "acervo digital" não pode ser entendida como sendo a mesma da ação de criação jornalística e de impressão da revista, sendo essa uma constatação meramente fática, sequer de direito, até porque foram realizadas em momentos diversos, separadas pelo decurso de anos. Dessa forma, não resta configurada a coisa julgada, vez que as referidas causas de pedir se constituem de fatos diversos.

(...)".

"Quanto à falta de interesse de agir, *rectius*, interesse processual, da parte autora, não assiste razão à empresa ré. Por não estar abarcado pelos efeitos da coisa julgada anterior, o novo fato revelou-se verdadeiro autorizador da propositura de nova demanda. Os requisitos do interesse-utilidade, do interesse-necessidade e do interesse-adequação estão presentes, vez que o presente processo é apto a propiciar um resultado favorável, que não há outros meios (de solução voluntária) para a resolução do litígio e que foram escolhidos os procedimentos e feitos os pedidos adequados, respectivamente".

Com efeito, são a toda evidência descabidas as questões preliminares arguidas, sendo certo que não se pode considerá-las através de um entendimento simplificador no sentido de que aqui se cuide da mesma questão que envolveu originariamente as partes, quando é certo que em um novo ato ilícito repetiu a ré uma "nova publicação" de reportagem já considerada ilícita no processo anterior, expondo a vítima uma vez mais.

Daí rejeitarem-se as arguições.

Da mesma forma, no que concerne à alegada prescrição e seguindo o mesmo fio condutor, cumpre louvar-se o entendimento do nobre sentenciante que assevera, *verbis*:

"Tendo sido a criação do 'acervo digital' novo fato, não existindo esse à época da confecção jornalística e da publicação em revista da matéria intitulada "Loucademia", não pode o termo inicial da prescrição da presente pretensão do autor se dar quando ainda sequer tinha havido o fato ensejador da ação (causa de pedir), como pretende a parte ré.

O início da fluência do prazo prescricional deve se dar, portanto, a partir do momento da criação do chamado 'acervo digital' pela empresa".

Não paira dúvida quanto a que a publicidade conferida ao acervo digital da empre-

sa ré relativamente à matéria publicada em 28/10/1998 na edição nº 1.570 da revista, ocorreu conforme destacado no documento adunado pelo autor a f. 35/36, do que se extrai que o prazo para a propositura de ação de reparação civil em razão de ofensa aos direitos da personalidade, que é de 3 (três) anos (art. 206, §3º, inciso V, do CPC), não consolidou como prescrita a pretensão autoral, já que a prova da ciência da veiculação de forma *on line* da matéria pelo autor relaciona-se ao dia 03/04/2009 e o propositura da presente ação se deu no dia 13/04/2009.

É cediço que o termo inicial da prescrição se conta da data em que ocorreu a violação do direito do autor. Nesse sentido dispõe o Código Civil, no art. 189, *verbis*:

"Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206".

Segundo a teoria da *actio nata*, adotada pelo nosso ordenamento jurídico, somente fluirá a contagem do prazo prescricional quando haja possibilidade do exercício do direito de ação, que tem início quando ciente o titular acerca da violação de seu direito subjetivo.

No caso, repita-se, aplica-se o prazo prescricional trienal do art. 206, §3º, inciso V, do Código Civil de 2002, por se tratar de responsabilidade civil extracontratual.

Via de consequência, tem-se que a prescrição alegada não ocorreu.

No mérito, também a toda evidência, vê-se que o constrangimento criado pela reportagem então veiculada no distante outubro de 1998, e que já merecera a devida reprimenda, foi mantida pela empresa ré e, ademais, recolocada à disposição da imensa legião de leitores da revista ("VEJA") quando ela disponibilizou o seu acervo digitalizado na Internet. Voltaram à tona as expressões "ex-prisioneiro" e "extraficante", causando ao autor, por ilação lógica, os mesmos constrangimentos.

Não há dúvida de que o processo anterior deveria ter a devida função pedagógica e inibidora, tal como desejada pelo autor, considerada a reabilitação de que cuidam as cópias dos antigos autos da condenação criminal (f. 13/34). Todavia, o que demonstrou o mesmo foi que passados mais de (oito) anos da data da condenação, a mesma que restou majorada pela 13ª Câmara Cível, a ré, através de sua versão "VEJA *on line*", manteve a mesma reportagem na Internet, como se comprovou com a impressão efetuada em 03 de abril de 2009 (f. 35/36).

Adoto o entendimento do nobre sentenciante quanto a que:

"Ainda que se reconheçam as mesmas partes envolvidas nesta e na ação anterior, não é possível aduzir que se trata, aqui, da mesma causa de pedir e do mesmo pedido da ação pretérita. Na ação anterior, a causa de pedir constituía-se da confecção e publicação de matéria jornalística na revista impressa "Veja", de conteúdo ofensivo à honra do autor. Na presente ação, entretanto, trata-se a causa de pedir de veiculação de forma *on line* da matéria, cujo conteúdo permanece idêntico ao objeto de ação anterior. Certo é que quando do primeiro processo, sequer havia a existência do "acervo digital" da empresa ré, de forma que os efeitos da coisa julgada não podem alcançar aquilo que sequer existia à época da sentença primeira. A criação da "biblioteca *on line*" pressupôs, por óbvio, uma ação humana diversa daquela de confecção jornalística e de impressão da matéria, sendo realizada, inclusive, por pessoas diversas, de capacidades técnicas diversas. Assim, a ação humana voluntária dirigida finalisticamente a criar um "acervo digital" não pode

ser entendida como sendo a mesma da ação de criação jornalística e de impressão da revista, sendo essa uma constatação meramente fática, sequer de direito, até porque foram realizadas em momentos diversos, separadas pelo decurso de anos. Dessa forma, não resta configurada a coisa julgada, vez que as referidas causas de pedir se constituem de fatos diversos (...)".

Prosseguindo, tenho que hajam inegavelmente, um conflito aparente entre a liberdade de expressão e a informação, materializada na liberdade de imprensa, e os atributos individuais da pessoa humana - como a intimidade, a privacidade e a honra - todos que possuem evidente estatura constitucional (art. 5º, incisos IV, V, IX, X e XIV, arts. 220 e 221 da Constituição da República):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

@tjrj.jus.br – PROT. 552

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Em outro momento, dispõe a Carta Magna:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Até se pode ter como inconteste o fato de que ao publicar ou noticiar qualquer fato deverá o veículo de comunicação social proceder a um juízo acerca do conteúdo da matéria, não devendo esquecer que a liberdade que lhe é conferida pela Constituição Federal tem limites, e que outros direitos, de igual envergadura, ali também se encontram tutelados.

No caso, vê-se que o cerne da pretensão autoral se estriba num contexto englobando duas situações por ele vivenciadas — a primeira, que resultou na condenação da ré e o revolvimento dessas circunstâncias, que foram disponibilizadas na Internet e que esperava estivessem definitivamente sepultadas — e passa pelo instituto da reabilitação criminal e o que está previsto no art. 202 da Lei de Execução Penal, que são o fundamento do direito ao esquecimento a partir do momento que versam tais dispositivos acerca do dever de manter em sigilo quaisquer informações que digam respeito ao processo ou à sua condenação, por se tratar de cidadão outrora apenado.

Traz-se à lume a ementa de um excepcional aresto do Superior Tribunal de Justiça, aliás, referido pelo nobre sentenciante, o qual, apenas por causa de um contexto diferente no mérito foi proferido em contrário à tese da parte autora, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURI". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA Nº 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento dos autores, reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aida Curi, no distante ano de 1958. Buscam a proclamação do seu direito ao esquecimento, de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aída Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas.

3. Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (REsp. nº 1.334/097/RJ), as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento – se assim desejarem –, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram.

4. Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor – condenado e já penalizado – deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima – por torpeza do destino – frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido.

5. Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.

6. É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se,

portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.

7. Não fosse por isso, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar. Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexo causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um "direito ao esquecimento", na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

8. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.

9. Por outro lado, mostra-se inaplicável, no caso concreto, a Súmula nº 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias – assim também ao que alegam os próprios recorrentes –, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização.

10. Recurso especial não provido.

(REsp nº 1335153 / RJ – Recurso Especial 2011/0057428-0 – Quarta Turma – Rel.: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO – Data do Julgamento - 28/05/2013 - Data da Publicação/ Fonte: DJe 10/09/2013 e RSTJ vol. 232 p. 440).

Colhe-se do pormenorizado voto condutor:

"A tese dos autores é a proclamação do seu direito ao esquecimento, de não ter revivida, contra sua vontade, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aida Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas.

5. A tese do direito ao esquecimento ganha força na doutrina jurídica brasileira e estrangeira, tendo sido aprovado, recentemente, o Enunciado n° 531 na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, cujo teor e justificativa ora se transcrevem:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados".

Já tivemos a oportunidade de ressaltar em outros julgamentos, que a questão em debate joga com dois princípios assegurados como direitos fundamentais em nossa Carta Magna, os quais foram acima delineados: a liberdade de imprensa e a honra das pessoas.

A liberdade de expressão e informação

consagrada em textos constitucionais, sem nenhuma forma de censura prévia por constituir numa característica das atuais sociedades democráticas, encontra-se expressa em vários documentos internacionais.

A liberdade de imprensa se encontra amparada, repita-se, pela Constituição da República, podendo ser compreendida como desdobramento dos direitos individuais consagrados nos incisos IX e XIV do art. 5º da Carta Magna. A importância que na atualidade se atribui a esses órgãos de informação da coletividade se justifica pela função social exercida pelos profissionais do jornalismo destinada à promoção da ciência, educação, cultura, e lazer, e possibilitar aos cidadãos o exercício da democracia, através da exposição crítica dos fatos de interesse social.

A liberdade de expressão e o direito de informação, contudo, não são plenos e nem absolutos, encontrando restrição explicitada pelo §1º do art. 220 da Constituição Federal, acima transcrito, relevante, no caso, o respeito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Havendo conflitos entre as notícias as quais se pretende veicular, dar publicidade, e o resguardo devido à vida privada dos envolvidos, necessário que sejam estabelecidos critérios que permitam a ponderação e conciliação dos direitos fundamentais em questão.

Aqui, repita-se, houve uma violação dos direitos informados e, por causa disso, a ré foi condenada e teve o *quantum* indenizatório majorado, tendo atraído nova condenação por haver restaurado a informação ao disponibilizar o seu acervo digital na *Internet*.

Como já disse, torna-se absolutamente inadmissível o excesso dos órgãos de comunicação que, extrapolando o dever de informar, invadem a vida privada e a intimidade com o exclusivo intuito de faturar, espicaçando sentimentos menores de certos leitores à custa da honra e da moral alheia.

É ponto pacífico que a liberdade da imprensa é correlata ao direito à informação. E a informação, como se sabe, destina-se a acrescentar, elucidar, enriquecer debates e despertar reflexões, contribuindo para o discernimento dos cidadãos, para sua defesa, segurança e bem-estar. Enquanto as notícias divulgadas se sustentam nesses patamares, eventual exposição da vida privada há de ser suportada, tratando-se, nesses casos, de regular exercício de direito.

Essa liberdade de expressão e informação, considerada como termômetro do regime democrático, compreende a faculdade de expressar livremente ideias, pensamentos e opiniões, bem como o direito de comunicar e receber informações verdadeiras sobre fatos, sem impedimentos nem discriminações. E é com base no mencionado conceito que a doutrina e a jurisprudência têm assentado a relevante distinção entre liberdade de expressão e direito à informação.

O objeto da liberdade de expressão compreende os pensamentos, as ideias e as opiniões, enquanto que o direito à informação abrange a faculdade de comunicar e receber livremente informações sobre fatos, ou seja, sobre fatos que podem ser considerados noticiáveis. Em um estado democrático de direito, o limite interno da veracidade, aplicado ao direito à informação, refere-se à verdade subjetiva e não à verdade objetiva, o que equivale dizer que o que se exige do sujeito é um dever de diligência ou apreço pela verdade. Em resumo, a veracidade que o direito à informação implica constitui um problema de deontologia profissional.

Sobre o exposto e particularmente no que tange à liberdade de expressão, lecionou ALE-

XANDRE DE MORAES:

A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo."

(*in* **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação** Constitucional. 6ª ed. atualizada até EC nº 52/06. Editora Atlas. São Paulo. 2006, p. 207).

Não se perca de vista, todavia, que a atual Carta Magna estabeleceu em seu art. 5º, inciso X, também acima transcrito, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas e assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Mesmo o Código Civil de 1916, em seu art. 76, sustentava que toda ação deverá ser precedida do consequente interesse moral e econômico. Portanto, se o fundamento moral é requisito indispensável para postular em juízo, evidentemente que esse interesse pode ser objeto de reparação. Logo, havendo prejuízo moral é porque ocorreu dano; e todo dano deve ser objeto de reparação.

Colhe-se na doutrina de NELSON NERY JÚNIOR:

"O fundamento constitucional dos direitos de personalidade é a dignidade da pessoa humana, que se constitui em fundamento da República Brasileira (CF, 1º, III). O objeto dos direitos da personalidade é tudo aquilo que disser respeito à natureza do ser humano, como por exemplo, a vida, liberdade, proteção de dados pessoais, integridade física e moral, honra, imagem, vida privada, privacidade (...)." (*in* Código Civil Anotado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 2ª. edição, p. 157).

Para a configuração da responsabilidade civil, contudo, há que se observar a presença de alguns requisitos, quais sejam: a existência do dano, o nexo de causalidade entre a conduta ilícita e o resultado lesivo e o elemento subjetivo, caracterizado pela existência de culpa ou dolo do agente, derivada de ato omissivo ou comissivo voluntário.

A propósito, anota RUI STOCO:

"O direito à informação é também um direito-dever de bem informar, especialmente quando se confronta com o direito à inviolabilidade, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, que não podem ser consideradas culpadas até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, não pode um veículo de comunicação divulgar meias verdades sob pena de recair em leviano sensacionalismo e fazer pairar dúvidas sobre sua credibilidade e confiabilidade, inerentes à função".

(*in* **Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial**, RT, 3ª edição, p. 334).

Leciona CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

"O parâmetro instituído no novo Código está em que o sujeito de um direito subjetivo não o pode exercer em afronta à finalidade econômica ou social dele, ou contrariando o princípio da boa-fé ou dos bons costumes. Não importa, na caracterização do uso ilícito do direito, a deliberação de malfazer - *animus nocendi*. É suficiente determinar que, sem esta indagação extremamente subjetiva, abusa de seu direito aquele que leva o seu exercício ao extremo de convertê-lo em prejuízo para outrem sem vantagem para si mesmo. O propósito de causar dano não requer apuração de

intenção íntima do titular. Induz-se o abuso da circunstância de se servir dele o titular, excedendo manifestamente o seu fim econômico ou social, ou atentando contra a boa-fé ou os bons costumes". (*in* **Instituições de Direito Civil**. V. 1. 20ª ed., Atualizada por MARIA CELINA BODIN DE MORAES, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 675).

O Código Civil adotou, como regra geral, o princípio da culpa como fundamento da responsabilidade. Ou seja, no direito brasileiro não há como apurar a responsabilidade sem pesquisar o elemento subjetivo, isto é, sem examinar se a pessoa agiu com negligência, imperícia ou imprudência, pois que a responsabilidade, com fundamento na teoria objetiva, é exceção, exigindo dispositivo expresso neste sentido. E, sobre a demonstração da culpa, informa SERGIO CAVALIERI:

"A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. (...) Por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa. Importantes trabalhos vieram, então, à luz na Itália, na Bélgica e, principalmente, na França sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo também adotada pela lei brasileira em certos casos." (*in* **Programa de Responsabilidade Civil** 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39.

Traz-se à colação o entendimento deste Tribunal de Justiça sobre a matéria em comento:

PUBLICAÇÃO JORNALÍSTICA. DANO MORAL. COMPOSIÇÃO DO DANO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. LEI DE IMPRENSA. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE PERSONALIDADE. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA INVERÍDICA. RECURSO RETIDO. COMPETÊNCIA DA 3º VICE-PRESIDÊNCIA. DECADÊNCIA. LEI DE IMPRENSA. NORMA CONSTITUCIONAL AMPARANDO A AMPLA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL. COLISÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS. REDUÇÃO DE VERBA CONDENATÓRIA. DA PROPORCIONALIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA RETRATAÇÃO PÚBLICA.

1. A partir da Lei nº 9.756/98, os recursos extraordinário e especial podem ser nomeados como de subida imediata, quando interpostos de decisão final; e de subida diferida, quando interpostos de decisão interlocutória.

2. Nos termos do § 3º do art. 542, os recursos especial ou extraordinário interpostos contra decisão interlocutória, só serão admitidos na modalidade retida e só serão processados se interposto recurso (extraordinário ou especial) da decisão final, se a parte recorrente reiterar o pedido no prazo para a interposição ou para as contrarrazões.

3. É competente para a admissão do recurso especial a 3º. Vice Presidência do Tribunal de justiça.

4. A Lei de Imprensa foi editada em 09/02/67, época em que o País passava por um momento de forte repressão política, daí que o referido diploma legal restringiu os casos de condenação por danos morais, aos casos concretos especificados no art. 49.

5. A Constituição Cidadã traçou novas normas para a garantia dos direitos individuais, consagrando a liberdade de expressão, cuidan-

do dos direitos da personalidade e assegurando o direito de resposta proporcional à ofensa.

6. Assegurou, ainda, a indenização por danos materiais e morais, declarando a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem das pessoas.

7. No novo sistema constitucional não mais existe lugar para a indenização limitada.

8. A Carta Magna assegurou a ampla indenização, não mais persistindo a limitação contida na Lei Especial.

9. No momento em que a nova Constituição, atendendo aos reclamos da realidade social moderna, consagrou amplamente a reparabilidade do dano moral, tal como o fez o art. 5º, incisos V e X, não é mais possível negar essa reparação, ou restringi-la pelo enfoque de leis ordinárias anteriores, o que constituiria total inversão de princípios e valores.

10. As situações de colisão, também denominadas de conflitos de direitos, surgem quando se encontrarem dois valores ou bens regularmente e simultaneamente tutelados pela norma constitucional, numa situação concreta.

11. Sempre que direitos constitucionalmente protegidos são colocados em confronto, um condiciona o outro, atuando como limites para impedir excessos e arbítrios.

12. A liberdade de manifestação do pensamento ou de comunicação não inclui a ofensa aos direitos subjetivos privados de outrem.

13. A Constituição Federal tutela a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

14. O arbitramento do dano moral baseia-se na equidade, cabendo ao julgador a fixação do valor, analisando as situações do caso concreto.

15. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.

16. A publicação de retratação pública visa informar que a notícia injuriosa veiculou fato inverídico ou errôneo.

17. Rejeição da preliminar de decadência.

18. Desprovimento do recurso, com a manutenção da sentença."

(Apelação Cível 0002267-35.1999.8.19.0014 [2003.001.26352] – Oitava Câmata Cível – Rel.: Desª. LETICIA SARDAS – Julgamento: 04/05/2004).

E ainda mais especificamente:

ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR. LESÃO DO DIREITO A IMAGEM. PROGRAMA DE TELEVISÃO. VEICULAÇÃO DE NOME E IMAGEM. ABSOLVIÇÃO CRIMINAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Apelação. Autor que, acusado de envolvimento na Chacina da Candelária, vem a ser absolvido pelo Tribunal do Júri por unanimidade. Posterior veiculação do episódio, contra sua vontade expressa, no programa Linha Direta, que declinou seu nome verdadeiro e reacendeu na comunidade em que vivia o autor o interesse e a desconfiança de todos. Conflito de valores constitucionais. Direito de Informar e Direito de Ser Esquecido, derivado da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal. I - O dever de informar, consagrado no art. 220 da Carta de 1988, faz-se no interesse do cidadão e do país, em particular para a formação da identidade cultural deste último. II - Constituindo os episódios históricos patrimônio de um povo, reconhece-se à imprensa o direito/dever de recontá-los indefinidamente, bem como rediscuti-los, em diálogo com a sociedade civil. III - Do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, e do direito que tem todo cidadão de alcançar a felicidade, restringe-se a informação, contudo, no que toca àqueles que, antes anônimos, foram absolvidos em processos criminais e retornaram ao esquecimento. IV - Por isto, se o autor, antes réu, viu-se envolvido em caráter meramente lateral e acessório, em processo

do qual foi absolvido, e se após este voltou ao anonimato, e ainda sendo possível contar a estória da Chacina da Candelária sem a menção de seu nome, constitui abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão e a edição de programa jornalístico contra a vontade expressamente manifestada de quem deseja prosseguir no esquecimento. V - Precedentes dos tribunais estrangeiros. Recurso ao qual se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de R$ 50.000,00 a título de indenização. (Apelação Cível 0029569-97.2007.8.19.0001 [2008.001.48862] – Décima Sexta Câmara Cível – Rel.: Des. EDUARDO GUSMÃO ALVES DE BRITO - Julgamento: 11/11/2008).

Extrai-se do voto do nobre relator, citando CARNELUTTI:

"Vem a calhar um trecho de CARNELUTTI, contido no seu "As Misérias do Processo Penal". Dizia a propósito o professor italiano: "O homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos como alimento às feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão. O artigo da Constituição, que se ilude de garantir a incolumidade do acusado, é praticamente inconciliável com aquele outro que sanciona a liberdade de imprensa. Logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despidos na presença de todos. O indivíduo, assim, é feito em pedaços. E o indivíduo, assim, relembremo-nos, é o único valor da civilização que deveria ser protegido."

Forçoso é realçar-se que a questão de fato suscita debates intensos, inclusive no STF, como o noticiado pelo jornal "O Globo", em 06/04/2016, veiculando a posição do ministro ROBERTO BARROSO em circunstância assemelhada, mas não específica[3]:

BRASÍLIA - O ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, do Supremo Tribunal Federal (STF), defendeu nesta terça-feira que o chamado direito ao esquecimento não pode ser usado como desculpa para retirar do ar uma matéria jornalística publicada na internet. Segundo ele, isso é censura. O ministro é relator de uma ação da editora Abril, contra uma decisão da 7ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, mantida pelo Tribunal de Justiça (TJ) do estado, determinando a exclusão de uma matéria no site da revista "Veja Rio". Em dezembro, ele deu uma liminar favorável à editora e, nesta terça-feira, a Primeira Turma do STF começou a discutir a questão.

BARROSO fez uma referência à decisão tomada em 2014 pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, determinando que os cidadãos do continente podem pedir aos *sites* de buscas que removam *links* sobre si considerados "irrelevantes, inadequados ou desatualizados". BARROSO lembrou, porém, que a ação na Europa diz respeito aos *sites* de busca, e não aos *sites* onde as matérias foram publicadas.

— Retirar matéria é censura. Matéria foi escrita e vai existir sempre. A discussão que ocorreu na Corte de Justiça europeia foi a de retirar a referência em *site* de busca. A referência era movida contra o Google. E a referência e o pedido não era para retirar matéria, porque retirar matéria sempre será censura — disse BARROSO.

O ministro destacou que não viu erros no texto publicado e que os questionamentos de Pierre Constâncio Mello Mattos Thomé de Souza, retratado na matéria intitulada "Um bicão na alta-roda", ocorreram pelo enfoque dado pela revista, com comentários críticos.

— Aqui, nesse fato concreto, é uma matéria que descreve uma personalidade e faz co-

3(http://oglobo.globo.com/brasil/barroso-defende-que-direito-ao-esquecimento-nao-seja-usado-para-retirar-materiada-*internet*-19127602):

mentários críticos. Acho até que não são ofensivos. Então você achar que pode suprimir a matéria que foi escrita, isso é censura. Isso não é nem direito ao esquecimento.

Direito ao esquecimento é uma postulação de retirar do *site* de busca — afirmou o ministro.

BARROSO acrescentou que, caso haja algum erro, a pessoa pode pedir a retificação.

— A censura virtual ou a censura de papel é a mesma coisa. Agora, se tiver um erro, você tem direito à retificação, você tem o direito de resposta — afirmou BARROSO.

O julgamento na Primeira Turma foi suspenso por um pedido de vista do ministro LUIZ FUX. Em fevereiro, o Ministério Público Federal (MPF) tinha se posicionado pela rejeição do recurso da Abril. Em parecer, o subprocurador-geral da República PAULO GUSTAVO GONET BRANCO destacou que a decisão da Justiça do Rio não se baseou na Lei de Imprensa, revogada pelo próprio STF em 2009.

"Diferentemente, cingiu-se a reconhecer que a matéria jornalística, publicada em junho de 2013, teria exaurido seu papel de informação, não sendo razoável a manutenção da divulgação no sítio eletrônico da empresa reclamante. Reconheceu, ainda, ser aplicável ao caso o chamado 'direito ao esquecimento', para preservação da honra e imagem do ora interessado", escreveu o subprocurador.

A questão a que se refere a notícia deriva do julgamento de medida cautelar em reclamação, cuja ementa é a seguir transcrita:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINOU A RETIRADA DE MATÉRIA JORNALÍSTICA DE SÍTIO ELETRÔNICO. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. 1. O Supremo Tribunal Federal tem sido mais flexível na admissão de reclamação em matéria de liberdade de expressão, em razão da persistente vulneração desse direito na cultura brasileira, inclusive por via judicial. 2. No julgamento da ADPF 130, o STF proibiu enfaticamente a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões. 3. A liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades. 4. Eventual uso abusivo da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização. Ao determinar a retirada de matéria de sítio eletrônico de meio de comunicação, a decisão reclamada violou essa orientação. 5. Deferimento do pedido liminar.

(MC Rcl 22328 RJ – Medida Cautelar na Reclamação 22.328 – Rio de Janeiro - 0007915-89.2015.1.00.0000 – Rel.: Min. ROBERTO BARROSO – Julgamento: 20/11/2015).

Como se vê, há aqui uma diferença, embora sutil, nas variantes apontadas.

Pois bem. Feita a digressão restam definidos, portanto, os limites da lide, tem-se como insofismável conceder que tenha o nobre sentenciante bem perquirido os direitos em cotejo e assim decidido de forma incontroversamente justa.

Acresce ponderar que o fato de a empresa ré ter sido condenada a pagar originariamente vultosa indenização não lhe dá o direito de disponibilizar, novamente, a matéria tida como ilícita, como se isso lhe servisse como uma espécie de "salvo-conduto" para a reprise das ilicitudes.

A conclusão vale também para o que concerne ao arbitramento dos danos morais, certamente levando-se em conta o fato de a reportagem originária haver implicado no arbitramento de uma indenização e sua majoração ao ponto de a mesma alcançar o expressivo va-

lor de R$ 100.000,00 (cem mil reais) no início da década passada. Não seria o caso, pondere-se, de repetição da mesma indenização, como pretende o autor, devendo incidir, como incide o princípio da razoabilidade.

Vê-se que com relação à fixação dos danos morais, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA ensina que:

"O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. Sem a noção de equivalência, que é própria da indenização do dano material, corresponderá à função compensatória pelo que tiver sofrido. Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescer que na reparação do dano moral insere-se uma atitude de solidariedade à vítima." (*in* **Responsabilidade Civil**, 6ª edição, Editora Forense, 1995, p. 60).

E é nessa vertente que se tem como justa a nova condenação, destacando-se que seja necessário para o acolhimento de nova indenização, se levar em conta a intensidade do sofrimento da vítima, a reprovabilidade do ato do causador do dano e o caráter punitivo da reparação, o que implique na constatação hábil a dissuadir a ré de igual e novo descuido.

Nesse sentido, colhe-se do magistério de SERGIO CAVALLERI FILHO o seguinte co-mentário:

"Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo como o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do do sofrimento experimentado pela vitima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes." (*in* **Programa de Responsabilidade Civil**, Malheiros Editores, 4ª edição, 2003, p. 108)

A quantificação do dano moral não envolve matéria nova ou pacífica, constituindo, todavia, entendimento assentado que sua reparação objetiva, de um lado, oferecer compensação ao lesado a fim de atenuar o constrangimento sofrido e, de outro lado, inibir a prática de atos lesivos à personalidade de outrem. Assim, devem ser levadas em conta às condições das partes, a gravidade da lesão e sua repercussão e as circunstâncias fáticas do caso concreto, não se devendo cair em generalização ou fixações desmedidas, ou, ao contrário, em atribuições aleatórias.

Por fim, oportuno se torna lembrar a lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, quando observa que:

"Nunca poderá, o juiz, arbitrar a indenização do dano moral, tomando por base tão-somente o patrimônio do devedor. Sendo, a dor moral, insuscetível de uma equivalência com qualquer padrão financeiro, há uma universal recomendação, nos ensinamentos dos doutos e nos arestos dos tribunais, no sentido de que 'o montante da indenização será fixado equitativamente pelo Tribunal' (Código Civil Português, art. 496, inc. 3). Por isso, lembra, R. LIMONGI FRANÇA, a advertência segundo a qual 'muito importante é o juiz na matéria, pois a equilibrada fixação do *quantum* da indenização muito depende de sua ponderação e critério'. (*in* Reparação do Dano Moral", RT 631/36)" (*in* **Dano Moral**, Ed. Oliveira Mendes, 1998, São Paulo, p. 44).

Certo que o escopo da condenação no presente feito foi decorrente do entendimento de que não terá havido uma intenção precon-

cebida de ofender direitos personalíssimos do autor, mas, na verdade, punir a ré em razão da evidente negligência de seus prepostos, não se podendo perder de vista os inestimáveis serviços prestados à sociedade brasileira pela prestigiosa revista editada, propiciando que a reportagem publicada no fim do século passado e que lhe causou a obrigação indenizatória de um *quantum* elevado, fosse uma vez mais trazida à luz através da disponibilização da sua biblioteca virtual (ou acervo digitalizado das edições da revista "Veja").

Daí porque tenho como harmonizado com o princípio da razoabilidade o valor arbitrado.

Por fim, no que tange aos honorários advocatícios, não se vislumbra a necessidade de majoração do índice aplicado — 10% (dez por cento) — exacerbando-o para os pretendidos 20% (vinte por cento).

Por conta de tais fundamentos, voto no sentido de conhecer, mas negar provimento a ambos os recursos, mantendo íntegra a douta sentença hostilizada.

Rio de Janeiro, 29 de junho de 2016.

DES. MARIO ASSIS GONÇALVES
Relator

RESPONSABILIDADE CIVIL. PUBLICAÇÃO DE LIVRO. NOME DO AUTOR VEICULADO EM LISTA DE TORTURADORES DA ÉPOCA DA DITADURA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA EDITORA. DANO MORAL.

Apelação Cível. Indenizatória. Autor que alega a inserção de seu nome como torturador na época da ditadura, em livro publicado pela ré. Responsabilidade civil. Súmula nº 221 do STJ. São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação. Inversão dos ônus sucumbenciais. recuso provido.

Vistos, relatados e discutidos nestes autos de Apelação Cível nº 0013343-31.2014.8.19.0208 em que figura como Apelante Sergio Libano Garcia e como Apelado Editora Achimé.

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e dar provimento ao mesmo, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Trata-se de recurso de Apelação contra sentença de f. 243/245 (doc 242), proferida pelo Juízo da 5° Vara Cível da Regional do Méier, que julgou assim a respeitos das verbas honorárias, *verbis*:

"Isto posto, julgo improcedentes os pedidos do autor. Condeno o autor nas custas e honorários advocatícios em R$ 800,00. PRI. Com o trânsito, dê-se baixa e arquivem-se os autos."

Inconformado, apelou Sergio Libano Garcia, a f. 246/258 (doc 245), requerendo que o presente recurso seja reconhecido e dado provimento ao mesmo, determinando a reforma da sentença *a quo*, para que seja julgado procedente os pedidos iniciais.

Sem contrarrazões, conforme certidão a f. 262 (doc 262).

VOTO

O recurso é tempestivo, estando presentes os demais requisitos de admissibilidade.

Inicialmente, cumpre destacar, que o hodierno Código de Processo Civil adota, como regra, a teoria do isolamento dos atos processuais, nos termos do seu art. 14. Em razão disso, e do princípio geral da irretroatividade da lei contemplado no art. 6 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o CPC de 2015 somente será aplicado aos atos processuais praticados sob sua vigência, o que não se verifica na presente hipótese.

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada. (Lei n° 13.105, de 16 de Março de 2015).

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Decreto-lei n° 4.657, de 4 de Setembro de 1942).

O caso concreto em análise trata-se de ação de Responsabilidade Civil, na qual o autor alega ter tido seu nome veiculado em uma lista de torturadores na época do regime militar feita por Rubim Santos Leão, autor de um livro publicado pela Editora ré e Coletivo A. Com base nisso, requereu: antecipação de tutela para abster os réus de publicarem lista onde o nome do autor se encontre como torturador, expedição de ofícios a sites de busca e *blogs* para que excluam o nome autoral das listas divulgadas e recolhimento dos livros que relacionem o autor como torturador em livrarias e indenização por danos morais.

Em contestação a Editora Achiamé aduz que não foi a responsável pela edição, publicação ou divulgação do livro, que apenas emprestou sua marca - Achiamé, e que a impressão foi feita pela Coletivo A, e a divulgação e venda foi feita pela Editora Mauad, sem qualquer participação ou intervenção da Editora Achiamé, não cabendo desta forma qualquer tipo de indenização em face da mesma.

Pois bem.

A controvérsia cinge-se a respeito da questão da ré, no caso, a Editora do livro, ter ou não responsabilidade sobre o conteúdo do livro no qual o autor aduz que teve sua honra abalada por ter sido chamado de torturador à época da ditadura.

Embora alegue que apenas emprestou a sua marca para a publicação do material do livro e que a responsabilidade pelo conteúdo gráfico pertence ao autor da obra, sendo, assim, parte ilegítima para figurar em juízo, entendo que tal fato merece melhor análise.

Ab initio, deve ser ressaltado que se trata de hipótese de responsabilidade subjetiva extracontratual, que exige para a sua configuração a presença de dolo ou culpa, do dano e do nexo causal.

Constata-se, ainda, *in casu*, o confronto das normas, insculpidas nos incisos V e X do artigo 5.º da Constituição Federal, ou seja, entre a inviolabilidade da imagem e da honra do autor e a liberdade de informação, previstas nos incisos IX e XIV do referido artigo.

Em cada caso concreto, no entanto, quando em choque os princípios que informam os direitos fundamentais, outra opção não há que a de aplicar a técnica da ponderação de interesses.

Trata-se, pois, do princípio da unidade constitucional, que estimula o intérprete a buscar o equilíbrio das normas e afastar os aparentes conflitos.

Deve-se promover uma coesa interpretação desses princípios, direitos e garantias, contemplados na Carta Magna. A esse respeito, lembra o eminente Des. SERGIO CAVALIE-RI FILHO (**Programa de Responsabilidade Civil**, Atlas, 8.ª ed.: 109) que "O que deve se

entender por liberdade de comunicação ou de informação? É o direito de informar e de receber livremente informações, agora sobre fatos, acontecimentos, dados objetivamente apurados. (...) Quem divulga uma informação, dizem os autores, divulga a existência de um fato, a ocorrência de um acontecimento, de um trecho da realidade, dados objetivamente, por isso está vinculado à veracidade e à imparcialidade. Em suma, quem divulga um fato fica responsável pela demonstração de sua existência objetiva, despida de qualquer apreciação pessoal. (LUIS GUSTAVO GRANDINETTE CASTANHO DE CARVALHO, **Direito de informação e liberdade de expressão**, Renovar, p. 24-25)".

Os fatos ocorridos durante a vigência do governo militar no Brasil são de interesse público, interessando a toda a coletividade conhecer de sua história e avaliar, cada um, a veracidade dos depoimentos sobre o assunto.

No caso concreto em analise não há nenhuma razão para que a ré seja considerada fiadora dos conteúdos publicados na Internet, o que aconteceria se fosse hipoteticamente incumbida de autorizar as publicações virtuais com o nome do apelante. Uma vez que ao se analisar os documentos apresentados pelo apelante, o seu nome somente foi inserido na Internet por diversos *blogs* e *sites* de sindicatos porque fora citado pelo autor Rubim Santos Leão como torturador, e não por conduta da apelada. Não foi a ré quem inseriu seu nome na Internet, não podendo ser responsabilizada por conduta que não praticou. Nessa linha de pensamento, não há como se ter por ilícita a conduta da ré.

Entretanto, no que diz respeito `a publicação do livro, como explicar o fato de se "emprestar sua marca"? Não parece comum emprestar uma marca para que essa seja usada por terceiros sem saber como se dará esse uso.

A súmula nº 221 do STJ diz que:

São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.

O Supremo Tribunal de Justiça também proferiu a seguinte decisão em caso semelhante:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PUBLICAÇÃO DE LIVRO COM CONTEÚDO CONSIDERADO OFENSIVO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA EDITORA. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. Hipótese em que não configurado caso de nulidade da sentença pelo reconhecimento da legitimidade de um dos demandados. Desconstituição da sentença no tópico. Desnecessária remessa dos autos ao primeiro grau, tendo em vista o disposto no art. 515, § 3º, do CPC. Verificada, no caso dos autos, a responsabilidade solidária da editora, juntamente com o autor do livro. Súmula nº 221 do E. STJ. Verba indenizatória mantida. Conversão do valor fixado em salários mínimos. Sucumbência modificada. Preliminar acerca da legitimidade da ré Sociedade Vicente Palotti acolhida em parte, rejeitadas as demais. Apelo improvido em parte:. (Apelação Cível n° 70004073185, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: JOSÉ CONRADO DE SOUZA JÚNIOR, Julgado em 23/06/2006) .

Com isso tem-se que tanto o autor da obra quanto a editora são partes passivas legítimas. Todo o ocorrido é suficiente a configurar ofensa a dignidade do apelante, o que basta ao reconhecimento do dano moral.

Sobre o instituto do Dano Moral, alguns doutrinadores possuem o seguinte entendimento sobre o tema:

Na visão de CARLOS ROBERTO GONÇALVES "Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1°, III, e 5°, V e X, da Cons-tituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação" (GONÇALVES, 2009, p. 359).

Para o Desembargador SERGIO CAVALIERI FILHO, "(...) só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psi-cológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar". (CAVALIERI, 2000, p.78).

No arbitramento do dano moral, busca se fixar um valor que seja suficiente para restaurar o dano na forma mais completa possível, sem proporcionar o enriquecimento sem causa por parte do ofendido, deve se fixar o *quantum debeatur* de forma proporcional, moderada, razoável, compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado, a capacidade econômica do causador do dano e as condições sociais, dentre outras circunstâncias relevantes.

Relativamente aos danos morais, tem-se que estes restaram caracterizados diante da situação vivenciada pelo autor, que ultrapassou a esfera do mero dissabor cotidiano, tendo em vista que o mesmo teve sua honra maculada, visto que seu nome restou citado em uma publicação, fazendo com que vários *sites* ao divulgarem o livro em questão acabassem por divulgar o nome do mesmo associado a tortura do período militar.

Assim, a sentença deve ser reformada no sentido de deferir os danos morais, devendo estes serem arbitrados no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), pois em conformidade com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e adequado para o caso em exame, salientando-se o fato de que essa condenação deve ostentar o caráter educativo, de modo a se evitar a prática reiterada desse tipo de ato.

Dessa forma, voto no sentido de dar provimento ao recurso, para condenar a ré -apelada nos danos morais no valor fixado de R$ 10.000,00 (dez mil reais) invertendo-se os ônus sucumbenciais, e, consequentemente, condenar a parte ré ao pagamento das custas e honorários advocatícios que ora arbitro no percentual de 10% sobre o valor da condenação.

Rio de Janeiro, 07 de outubro de 2016.

DES. PLÍNIO PINTO COELHO FILHO
Relator

RESPONSABILIDADE CIVIL. PUBLICAÇÃO DE NOTÍCIA TENDENCIOSA EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO. REPERCUSSÃO NEGATIVA. CAMPANHA DE CANDIDATOS AO GOVERNO DO ESTADO DO RIO. MATÉRIA QUE SE ATEVE AO TEOR DA INICIAL E DA DECISÃO PROFERIDA PELA JUSTIÇA ELEITORAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. DIREITO DE INFORMAR.

Responsabilidade civil. Imprensa. Alegação de divulgação de notícia inverídica consubstanciada na conduta de denegrir a imagem de candidatos ao governo do Estado do Rio de Janeiro. Publicação que se ateve ao teor da inicial de processo cautelar distribuído perante o TRE. Liberdade de expressão e direito de informar que não poderá sofrer restrições que não sejam razoáveis, sob pena de se caracterizar censura, inconcebível no estado democrático de direito.

Matéria publicada que não destoa do teor do processo cautelar, em que foi deferido pedido liminar constritivo contra a autora. Não caracterização do alegado ilícito.

Desprovimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0315765-42.2014.8.19.0001, em que é Apelante o Alog Soluções de Tecnologia em Informática S.A. e Apelada Infoglobo Comunicação e Participações S.A.

Acordam os Desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

A hipótese dos autos versa sobre ação de rito ordinário proposta por Alog Soluções de Tecnologia em Informática S.A. contra Infoglobo Comunicação e Participações S.A. visando compelir a ré a se retratar, em razão da publicação de matéria publica em jornal de grande circulação, que trouxe repercussão negativa a sua imagem e, por conseguinte, os danos morais decorrentes do fato.

A sentença houve por bem julgar improcedente o pedido, condenando a autora a pagar as despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Apelou a autora, sustentando, em síntese, que a publicação efetuada pela ré caracteriza ilícito gerador de dano a ser indenizado e a obrigação de retratação.

O recurso é tempestivo e foi devidamente contrarrazoado.

VOTO

Trata-se de ação de rito ordinário proposta por Alog Soluções de Tecnologia em Informática S.A., contra Infoglobo Comunicação e Participações S.A., com o fim de haver a indenização por dano moral, em decorrência da publicação na imprensa de notícia tendenciosa a denegrir a sua imagem, além do comando judicial necessário a impor à ré a publicação da devida retratação.

Alega a autora que a ré divulgou notícia inverídica acerca da prática de ilícito, consubstanciado na conduta de prejudicar a campanha dos candidatos ao governo do Estado do Rio de Janeiro Marcelo Crivella e Lindbergh Farias.

A ré, por sua vez, afirmou que apenas se limitou a transcrever e divulgar as informações relativas aos autos do processo cautelar nº 6947- 48.2014.6.19.0000.

Caracterizada a lide, sendo a matéria controversa objeto de divulgação ao público, necessário se faz o exame da publicação realizada pela imprensa, para a solução adequada da controvérsia:

"A firma tem central em Botafogo

No último domingo, o TRE-RJ notificou a Alog Soluções de Tecnologia em Informatica S.A, com sede na Rua Voluntários da Pátria, em Botafogo, para que a empresa também suspenda os ataques aos candidatos Marcelo Crivella e Lindbergh Farias. Segundo a decisão do desembargador eleitoral ALEXANDRE CHINI, a empresa também participaria do esquema de *telemarketing* e seria "responsável pela prática das condutas, sendo inclusive a mantenedora do equipamento utilizado para a prática do ilícito."

Se a decisão não for cumprida, a empresa pode ser lacrada pela Justiça Eleitoral.

A ALOG, a Falkland, a Ipcorp, a Talk Telekom e a FFFX empresas citadas na ação e seus sócios devem apresentar ao TRE os nomes de quem contratou a pesquisa e os valores

pagos.

Segundo o pedido de liminar feito pelos advogados dos candidatos, "as empresas operacionalizavam milhares de ligações, geralmente pelo sistema *Voip*, o que dificulta a sua localização presencial, visto que a maioria de seus equipamentos esta alocada fora do território nacional".

Da leitura da notícia divulgada, abstrai-se que a autora, em razão de figurar no polo passivo de ação cautelar, foi compelida a cessar a atividade voltada a minorar as intenções de votos direcionadas a dois candidatos que disputavam, à época, as eleições para Governador do Estado do Rio de Janeiro.

Da prova documental colacionada aos autos, que não foi impugnada, em especial os elementos que integram a referida ação cautelar, objeto da notícia publicação pela imprensa, abstrai-se que sociedades ligadas à atividade de telecomunicações e informática, entre elas a presente autora, montaram um estrutura assemelhada a uma central de *telemarketing*, voltada à divulgação de informações de conotação negativa acerca dos candidatos Luiz Lindberg Farias Filho e Marcelo Bezerra Crivella (f. 145).

Proferida a decisão liminar, nos autos do processo cautelar nº 6947- 48.2014.6.19.0000, houve por bem declarar o juízo eleitoral o seguinte (l. 164):

"(...) presente o *fumus boni iuris* necessário ao deferimento do pedido de liminar requerido, como forma de cessar a prática da conduta ilícita e, ainda, para que seja possível o futuro ajuizamento da ação eleitoral cabível, identificando-se a pessoa que contratou o serviço de *telemarketing* indevidamente utilizado para realizar propaganda eleitoral negativa, assim como os valores gastos nessa contratação, que podem, inclusive, configurar a ocorrência de abuso de poder econômico, na forma do disposto no artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90 (...) defiro o pedido de liminar nos termos requeridos(...)".

Constata-se, da simples leitura da matéria publicada e dos demais elementos probatórios contidos nos autos, que a ré se ateve ao teor da inicial e da decisão proferida nos autos da cautelar distribuída à Justiça Eleitoral, tomando, inclusive, o cuidado necessário de fazer o uso correto das aspas, destacando as citações formuladas no referido feito e em virtude dele.

Como se observa, a publicação objeto da presente demanda destaca que a decisão contra a apelante foi proferida em sede de processo cautelar, o que, por certo, não concretiza juízo de valor negativo acerca da pessoa jurídica ora autora, tendo em vista que foi proferida em razão da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, devendo a matéria ser esgotada, tão somente, em sede de cognição exauriente.

Todavia, mesmo se porventura ocorresse a publicação de dados constantes de processo de conhecimento, não se tratando de segredo de justiça, óbice não haveria à divulgação na imprensa.

Contudo, embora registrada a irresignação autoral quanto à vinculação na imprensa do seu nome e do local do seu estabelecimento, não restou comprovado nos autos dano, o que não se presume.

Cabe frisar que a liberdade de expressão e o direito de informar, não podem sofrer restrições que não sejam razoáveis, sob pena de se caracterizar censura, inconcebível no Estado Democrático de Direito, onde a regra é a liberdade.

O nosso Tribunal vem enfrentando o

tema, como se destaca:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. RESPONSABILIDADE CIVIL. VEICULAÇÃO DE NOTÍCIA JORNALÍSTICA. ALEGAÇÃO DE DANO À IMAGEM. PONDERAÇÃO DE INTERESSES, DO QUAL RESSALTA A PREVALÊNCIA DO DIREITO DE INFORMAR, DADA SUA CARGA AXIOLÓGICA. NÃO ESTABELECIMENTO DE NEXO DE CAUSALIDADE A ENSEJAR A REPARAÇÃO DE ÍNDOLE MORAL, NEM AO EXERCÍCIO DE DIREITO DE RESPOSTA, DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE LESÃO A DIREITOS DA PERSONALIDADE COM A VEICULAÇÃO DOS ALEGADOS FATOS INVERÍDICOS OU CALUNIOSOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 0009970- 65.2009.8.19.0014 - Apelação. DES. LUIZ FELIPE FRANCISCO - Julgamento: 29/05/2012 - Oitava Câmara Cível.

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA POR ALEGADO DANO MORAL. FOTO VEICULADA EM JORNAL EDITADO PELA RÉ. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO AUTORAL. DIREITO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO QUE NÃO SE CONTRAPÕE, *IN CASU*, AO DIREITO À IMAGEM. AUSÊNCIA DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTABELECIDOS NO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE QUALQUER CONTEÚDO OFENSIVO OU PEJORATIVO. MERA VEICULAÇÃO DE FATO DE INTERESSE DA SOCIEDADE. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO QUE SE IMPÕE. 0176902-48.2010.8.19.0001 - Apelação. DES. PLINIO PINTO C. FILHO - Julgamento: 30/01/2012 – Décima Quarta Câmara Cível. RESPONSABILIDADE CIVIL.PRETENSÃO INDENIZATÓRIA POR ALEGADO DANO MORAL. FOTO VEICULADA EM JORNAL EDITADO PELA RÉ COM SUPOSTO CONTEÚDO OFENSIVO À IMAGEM DA AUTORA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO AUTORAL. DIREITO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO QUE NÃO SE CONTRAPÕE, *IN CASU*, AO DIREITO À HONRA, PRIVACIDADE E IMAGEM. AUSÊNCIA DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTABELECIDOS NO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE QUALQUER CONTEÚDO OFENSIVO OU PEJORATIVO. MERA VEICULAÇÃO DE FATO DE INTERESSE COLETIVO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO QUE SE IMPÕE. PRECEDENTES DO E. STJ E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO, NA FORMA DO ART. 557, *CAPUT*, DO CPC C/C ART. 31, VIII DO REGIMENTO INTERNO DESTA COLENDA CORTE. 0168719-25.2009.8.19.0001 - APELAÇAO DES. CLEBER GHELFENSTEIN - Julgamento: 07/11/2011 – Décima Quarta Câmara Cível.

Por derradeiro, trouxe a apelante a alegação de que, além do arrazoado publicado, consta na foto estampada no jornal, a imagem da portaria do edifício em que mantém a sua atividade empresarial, e, em destaque, a expressão “jogo sujo”.

Verifica-se que o fundamento que constitui a causa de pedir versa, apenas, sobre a publicação da matéria transcrita na inicial e também reproduzida neste voto, portanto, delimitada a lide, não poderia a autora inovar, em sede recursal, de forma ampliativa, considerando os princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

Assim, considerando que a matéria publi-

cada, objeto da presente demanda, não destoa do teor do processo cautelar, em que foi deferido pedido liminar constritivo contra a autora, não poderá prosperar a pretensão deduzida em juízo.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 12 de julho de 2016.

DES. CUSTÓDIO DE BARROS TOSTES
Relator

SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Órgão Especial

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DIREITO DO CONSUMIDOR *VERSUS* DIREITO CIVIL. CONTRATO DE SEGURO DE SAÚDE COLETIVO ENTRE BANCO E PESSOA JURÍDICA. EMPRESA CONTRATANTE NÃO É DESTINATÁRIA FINAL E NEM VULNERÁVEL TÉCNICA, ECONÔMICA OU JURIDICAMENTE. DECLARAÇÃO DE COMPETÊNCIA DE CÂMARA CÍVEL.

Conflito Negativo de Competência. Pessoa jurídica. Contrato de seguro saúde coletivo. Ausência de utilização do serviço em benefício próprio. Vulnerabilidade inexistente. Não submissão ao regramento consumerista. Aviso TJRJ nº 15/2015, Enunciado nº 27: Compete às câmaras cíveis o julgamento dos feitos referentes a contrato de seguro saúde coletivo, uma vez que a empresa contratante do seguro não é destinatária final, nem vulnerável técnica, econômica ou juridicamente. Procedência do conflito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência de n° 0012649-36.2016.8.19.0000, em que é Suscitante a egrégia 26ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça e Suscitado a egrégia 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça.

Acordam os Desembargadores que compõem o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em julgar procedente o conflito, para declarar competente a egrégia 14ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela 26ª Câmara Cível nos autos da Apelação Cível nº 0276828-94.2013.8.19.0001, na qual figura como suscitada a 14ª Câmara Cível que, resumidamente, declinou da sua competência para processar e julgar o feito, por entender que a relação entabulada entre as partes é de consumo, tendo em vista que a apelante é a destinatária final dos serviços prestados pelo apelado, enquadrando-se aquele no conceito de consumidor previsto no artigo 2º do CPDC, e este último no de fornecedor, como assim prevê o artigo 3º do mesmo diploma legal.

Sustenta o Juízo suscitante, em breve síntese, que a controvérsia gira em torno da pretensão da pessoa jurídica ré em ver reconhecida sua adimplência em contrato de seguro saúde; que a parte autora narra que a ré deixou de adimplir duas parcelas do contrato de seguro saúde, alegando a ré, em contrapartida, que o pagamento era anterior à utilização do serviço, sendo certo que sempre realizou em dia o pagamento de todas as faturas de cobrança enviadas pela empresa autora; que não restou demonstrada quaisquer das hipóteses da vulnerabilidade, tanto da autora (sociedade empresária anônima), como do réu (sociedade empresária limitada); que a relação estabelecida, portanto, não tem qualquer relação com o direito do consumidor; que se trata de relação regida exclusivamente pelo Direito Civil, afastando-se, assim, a competência da Colenda Câmara especializada, para processamento e julgamento da presente apelação.

O ilustre Desembargador suscitado presta informações a f. 259/261, esclarecendo que vislumbra-se o caráter consumerista da relação jurídica entabulada entre as partes, sobretudo diante da vulnerabilidade da demandada frente à pujança econômico-financeira da autora, como assim reconhecido pelo juízo de primeiro grau; que a teoria finalista mitigada vem sendo adotada em vários julgados do STJ, através da qual se admite a aplicação das regras protetivas da Lei nº 8.078/90 ao consumidor intermediário, desde que demonstrada sua vulnerabilidade; que a mesma teoria foi igualmente encampada por este Tribunal de Justiça por ocasião da edição do verbete nº 310, nos

seguintes termos: "Incluem-se na competência das Câmaras Cíveis Especializadas as demandas em que litigarem microempresa ou empresa individual contra concessionária de serviços públicos, em razão da vulnerabilidade".

A douta Procuradoria de Justiça, a f. 263/267, opina pela procedência do incidente, declarando-se competente a 14ª Câmara Cível para julgar o respectivo recurso, já que a ação foi ajuizada por banco em face de pessoa jurídica, tendo como objeto contrato de seguro de saúde coletivo, a denotar a ausência de utilização do serviço em benefício próprio, incidindo, portanto, o verbete nº 27, do Aviso TJRJ nº 103/14, a saber: "Compete às Câmaras Cíveis o julgamento dos feitos referentes a contrato de seguro saúde coletivo, uma vez que a empresa contratante do seguro não é destinatária final, nem vulnerável técnica, econômica ou juridicamente." (Referência: Conflito de Competência nº 000702829.2014.8.19.0000. Julgamento em 25/08/14. Relator Des. ROBERTO DE ABREU E SILVA).

Como é cediço, o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor abarca expressamente a possibilidade de as pessoas jurídicas figurarem como consumidores, não havendo, portanto, critério pessoal de definição de tal conceito.

Nesse passo, o STJ, interpretando a regra do artigo 2º do CDC, reconhece, em um primeiro momento, que esta qualidade é obtida mediante aplicação da teoria finalista, que, num viés restritivo, considera como consumidor final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

Todavia, a jurisprudência daquela Corte Superior, alargando o campo de incidência da legislação consumerista, passou a admitir que a caracterização do consumidor deve partir do exame da sua vulnerabilidade frente ao fornecedor de produtos ou serviços.

Assim, na linha doutrinária de JOSÉ GERALDO DE BRITO FILOMENO, "a pedra de toque para que se considere que uma dada relação jurídica é ou não de consumo é a destinação final (de caráter prevalente) e a vulnerabilidade (de caráter secundário)".[1]

É nesse mesmo sentido, aliás, a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, como se vê a seguir:

"PROCESSUAL CIVIL. SOCIEDADE ESTRANGEIRA SEM IMÓVEIS, MAS COM FILIAL NO PAÍS. DESNECESSIDADE DE CAUÇÃO PARA LITIGAR EM JUÍZO. MITIGAÇÃO DA EXIGÊNCIA LEGAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PESSOA JURÍDICA. TEORIA FINALISTA. (...). 4.- A jurisprudência desta Corte, no tocante à matéria relativa ao consumidor, tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade. 5.- O Acórdão recorrido destaca com propriedade, porém, que a recorrente é uma sociedade de médio porte e que não se vislumbra, no caso concreto, a vulnerabilidade que inspira e permeia o Código de Defesa do Consumidor. 6.- Recurso especial a que se nega provimento" (REsp nº 1.027.165/ES, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, julgado em 07/06/2011, DJe 14/06/2011)

Por conseguinte, a vulnerabilidade técnica-econômica do consumidor pessoa jurídica em relação ao fornecedor deverá ser verificada

1 FILOMENO, José Geraldo de Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado** pelos autores do anteprojeto / ADA PELLEGRINI GRINOVER (*et al.*). ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material, p. 37.

de forma casuística, mitigando-se os rigores da teoria finalista, com fincas no artigo 4º, inciso I, do CDC.

Aliás, no REsp nº 1176019/RS, o Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, assim arremata: "A jurisprudência consolidada pela 2ª Seção deste STJ entende que, a rigor, a efetiva incidência do CDC a uma relação de consumo está pautada na existência de destinação final fática e econômica do produto ou serviço, isto é, exige-se total desvinculação entre o destino do produto ou serviço consumido e qualquer atividade produtiva desempenhada pelo utente ou adquirente. Entretanto, o próprio STJ tem admitido o temperamento desta regra, com fulcro no art. 4º, I, do CDC, fazendo a lei consumerista incidir sobre situações em que, apesar do produto ou serviço ser adquirido no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, haja vulnerabilidade de uma parte frente à outra".

Na verdade, e ainda na linha jurisprudencial da Corte Superior, "Uma interpretação sistemática e teleológica do CDC aponta para a existência de uma vulnerabilidade presumida do consumidor, inclusive pessoas jurídicas, visto que a imposição de limites à presunção de vulnerabilidade implicaria restrição excessiva, incompatível com o próprio espírito de facilitação da defesa do consumidor e do reconhecimento de sua hipossuficiência, circunstância que não se coaduna com o princípio constitucional de defesa do consumidor, previsto nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF. Em suma, prevalece a regra geral de que a caracterização da condição de consumidor exige destinação final fática e econômica do bem ou serviço, mas a presunção de vulnerabilidade do consumidor dá margem à incidência excepcional do CDC às atividades empresariais, que só serão privadas da proteção da lei consumerista quando comprovada, pelo fornecedor, a não vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica".

Fácil é concluir, pois, que ao encampar a pessoa jurídica no conceito de consumidor, a intenção do legislador foi conferir proteção à empresa nas hipóteses em que, participando de uma relação jurídica na qualidade de consumidora, sua condição ordinária de fornecedora não lhe proporcione uma posição de igualdade frente à parte contrária. Em outras palavras, a pessoa jurídica deve contar com o mesmo grau de vulnerabilidade que qualquer pessoa comum se encontraria ao celebrar aquele negócio, de sorte a manter o desequilíbrio da relação de consumo. A "paridade de armas" entre a empresa fornecedora e a empresa-consumidora afasta a presunção de fragilidade desta. Tal consideração se mostra de extrema relevância, pois uma mesma pessoa jurídica, enquanto consumidora, pode se mostrar vulnerável em determinadas relações de consumo e em outras não".[2]

E no caso em exame, vê-se que a ação de cobrança foi ajuizada pelo Banco Bradesco Saúde S.A. em face de Rioman Engenharia e Manutenção Ltda., sob a alegação de que firmara com a ré contrato de seguro saúde suplementar, que tem por objeto o reembolso de despesas médico-hospitalares realizadas por empregados da estipulante, mas que, no entanto, a ré se encontra inadimplente com o pagamento do prêmio mensal, a despeito da manutenção da cobertura prestada pela autora no mesmo período.

De fato, extrai-se dos autos que a ré – sociedade simples limitada, tem como atividade econômica principal a prestação de serviços de engenharia, cujo capital social é de R$ 105.000,00 (f. 117 e 166), tendo contratado seguro-saúde para seus empregados.

2 RMS 27.512/BA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 20/08/2009, DJe 23/09/2009.

Aliás, e como destacado pela Procuradoria de Justiça, "Cuida-se de ação ajuizada por banco em face de pessoa jurídica, tendo como objeto contrato de seguro de saúde coletivo, a denotar a ausência de utilização do serviço em benefício próprio" (f. 265).

Na verdade, a empresa contratante do seguro saúde coletivo não é a destinatária final do serviço, inexistindo na espécie, pois, vulnerabilidade (técnica, econômica, jurídica) a permitir a aplicação da Teoria Finalista Mitigada, e, consequentemente, a incidência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, razão pela qual a discussão acerca da legalidade, ou ilegalidade, do reajuste contratual deve ser travada à luz das normas do Código Civil.

Incide, pois, na hipótese o disposto no Aviso TJRJ nº 15/2015, enunciado 27: Compete às Câmaras Cíveis o julgamento dos feitos referentes a contrato de seguro saúde coletivo, uma vez que a empresa contratante do seguro não é destinatária final, nem vulnerável técnica, econômica ou juridicamente. Referência: Conflito de Competência nº 0007028-29.2014.8.19.0000. Julgamento em 25/08/14. Relator Des. ROBERTO DE ABREU E SILVA".

À vista do exposto, julga-se procedente o conflito para declarar a competência da egrégia 14ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, nos termos da fundamentação supra.

Rio de Janeiro, 18 de julho de 2016.

DES. MALDONADO DE CARVALHO
Relator

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. PENHORA DO IMÓVEL. O POSSUIDOR RESPONDERÁ COM SEU PATRIMÔNIO, NÃO COM OS BENS QUE NÃO LHE PERTENCEM. NECESSIDADE DE CITAÇÃO DAQUELE EM NOME DE QUEM O BEM ESTÁ REGISTRADO. VOTO VENCIDO.

Incidente de uniformização de jurisprudência. Cobrança de cotas condominiais ajuizada contra mero possuidor. Fase de cumprimento de sentença. Penhora do imóvel. Impossibilidade jurídica. Efeitos *inter* partes da sentença. 1. O fato de o possuidor do imóvel — com ou sem justo título — ser considerado parte legítima para responder à ação de cobrança de cotas condominiais não se confunde com a questão jurídica totalmente diversa, que é saber se o próprio imóvel, do qual o réu não é dono, pode ser penhorado na ulterior fase de cumprimento da sentença condenatória.

2. A natureza *propter rem* da obrigação indica que o devedor pode ser facilmente encontrado por força da relação jurídica que tem com a própria coisa (propriedade, direito real de aquisição, posse, direito pessoal de aquisição, etc.). Daí não segue que a coisa sirva necessariamente de garantia natural e automática dessa mesma obrigação.

3. Tratando-se de clássico processo civil subjetivo, a sentença só gera efeitos *inter partes*, jamais prejudicando terceiros (art. 472 do CPC-73; art. 506 do NCPC), que ademais, não podem ser privados de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal).

Para fins de aprovação de verbete sumular: "A penhora do imóvel, nas ações de cobrança de cotas condominiais, requer a citação daquele em nome de quem o bem está registrado".

Optando o condomínio por não incluir o dono do imóvel no polo passivo da demanda, o que por vezes pode fazer em litisconsórcio, não pode voltar-se contra o seu patrimônio.

4. A penhora só pode recair sobre o

patrimônio do próprio executado, isto é, daquele que participou da fase cognitiva e foi condenado na sentença. Se for titular de direito pessoal ou real à aquisição (por usucapião, compromisso de compra e venda registrado ou não, etc.), é sobre esse direito que o exequente deverá buscar a satisfação do seu crédito.

5. Acolhimento do incidente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 0065479-81.2013.8.19.0000, requerido pela Egrégia 6ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, sendo interessados: Condomínio do Edifício Gold Star e Katiane dos Santos.

Acordam os Desembargadores que compõem o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em acolher o incidente e aprovar enunciado sumular sobre o tema, nos termos do voto do Des. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES, vencido o relator, Des. NAGIB SLAIBI FILHO.

Cuida-se de Incidente de Uniformização de Jurisprudência, suscitado pela colenda Sexta Câmara Cível desta Corte, a requerimento do condomínio ora primeiro interessado, em autos de agravo de instrumento contra decisão que, em ação de cobrança de cotas condominiais determinou o levantamento de penhora realizada sobre o imóvel, cujo dono não integra o processo.

Discute-se, portanto, a possibilidade de penhora nesses casos, tendo o ilustre relator sustentado o cabimento da providência, em razão seja da natureza *propter rem* da obrigação, seja ainda da legitimidade passiva do possuidor do imóvel — máxime quando promitente-comprador — para responder à cobrança ajuizada pelo condomínio, nos termos do entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.345.331-RS, representativo de controvérsia repetitiva.

Ouso divergir do eminente relator, todavia.

Em primeiro lugar, cuida-se de duas questões jurídico processuais inteiramente diversas: (i) se o possuidor do imóvel (quer por promessa de compra e venda, quer por qualquer outro título, ou mesmo sem justo título) pode ou não figurar como réu na ação de cobrança de cotas condominiais, isto é, responder à pretensão; e (ii) se o próprio imóvel, quando o seu dono não tenha sido réu na fase cognitiva, pode ser atingido pela execução da sentença condenatória.

A decisão do STJ no REsp nº 1.345.331-RS diz respeito apenas ao primeiro tema, não ao segundo. Não se pode estender o sentido daquele julgado até o ponto de entender-se o que nele não se decidiu.

O presente incidente foi suscitado a pedido de um condomínio da vizinha cidade de Niterói, notório dos operadores de Direito naquela comarca, e que este signatário conhece muito bem, pelas inúmeras ações de cobrança com que me deparei quando juiz de vara cível daquele foro.

O próprio agravante reconhece que cerca de um terço de seus moradores são possuidores sem título algum, presumivelmente invasores. A situação do condomínio em relação aos devedores envolve as seguintes opções, que são necessariamente excludentes:

1 – ajuíza a ação de cobrança contra aquele que figura como proprietário no RGI, ainda que ausente, hipótese em que deverá ser citado por edital; nesta ação, exceto hipótese de promessa de compra e venda com imissão na posse do adquirente (de que tratou o REsp nº 1.345.331-RS), pode o condomínio, facultativamente, incluir também no polo passivo o

possuidor (locatário, comodatário, possuidor por intercessão da posse, etc.); ou

2 – ajuíza a ação apenas contra o possuidor, que é facilmente encontradiço, mas que não é dono do imóvel, e que pode ser, a seu turno:

(a) promitente-comprador, com título registrado ou não, seja por escritura pública ou instrumento particular, com preço quitado ou não (situações jurídicas que implicam diferentes níveis de segurança quanto ao direito que o possuidor tem sobre o imóvel);

(b) locatário ou comodatário, o que é mais raro, pois nessas hipóteses é natural que se prefira litigar contra o dono, seja locador ou comodante;

(c) possuidor por invasão; ou

(d) possuidor por interversão da posse (locatário, comodatário, que em determinado momento passa a se comportar como dono e deixa de reconhecer a propriedade do antigo locador ou comodante).

Todas essas situações, exceto a do mero locatário ou comodatário sem interversão da posse, apresentam um conteúdo jurídico-econômico passível de penhora e leilão.

Noutras palavras, os réus, nas demais hipóteses, possuem um direito patrimonial que pode satisfazer a dívida. Todas essas hipóteses constituem direito de aquisição — seja pela execução do contrato de promessa de compra e venda, ou do contrato preliminar, seja ainda por usucapião.

São esses direitos aquisitivos que o condomínio pode penhorar e levar a leilão, na hipótese de não incluir o dono no polo passivo.

Se alguém adquirir esses direitos aquisitivos, ou se o condomínio os adjudicar, sub-rogar-se-á nos direitos do possuidor e assim poderá buscar obter o direito de propriedade — seja por substituição do polo ativo numa ação de usucapião já proposta; por sua propositura com base na longevidade da posse do novo e do antigo possuidor; seja por execução do contrato.

Repita-se: se só o possuidor foi réu na fase de conhecimento, só é possível recair a execução sobre o seu patrimônio, seja qual for o direito que ele tenha sobre o imóvel — pessoal ou real, sujeito a condição ou não, etc. Mas para atingir a propriedade mesma do imóvel, é forçoso que o dono tenha sido réu na fase de conhecimento.

A natureza *propter rem* não significa que a coisa seja obrigada, no sentido de ser garantia da obrigação, mas apenas que o devedor é facilmente localizável em razão de um direito real que possui sobre a coisa (propriedade, posse, direito de aquisição, etc.).

O bem não é, todavia, uma garantia natural e automática do pagamento, mas pode ser penhorado porque a Lei nº 8.009/90 assim permite, excepcionando a proteção ao bem de família.

Ora, nos termos do art. 265 do Código Civil, não há solidariedade sem manifestação de vontade ou lei que a estabeleça. Assim, não há solidariedade entre um possuidor e o proprietário para que o direito deste último seja expropriado por dívida daquele.

Preceitua o art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, em garantia fundamental integrante de capítulo imutável da Carta Política, que "ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal".

O devido processo legal é aquele que observa as normas legais do processo civil, informado, a seu turno, pelos princípios constitucionais aplicáveis à espécie.

O art. 472 do CPC 73 (que rege o caso originário, considerada a data da sentença; mas

que, em todo caso, corresponde quase literalmente ao art. 506 do NCPC) dispõe a regra geral do processo civil, aplicável a todos os processos subjetivos: sua sentença somente deita efeitos *inter partes*, não prejudicando terceiros.

Se não prejudica terceiros estranhos à relação jurídico-processual, é porque — passe o truísmo — não pode atingir seu patrimônio, sob pena de violação reflexa ao art. 5º, LIV, da Carta de 1988.

Ora, o proprietário do imóvel penhorado, se não tiver participado da fase de conhecimento na condição de réu, estará sendo expropriado de seu bem sem o devido processo legal, porque não foi citado, não pôde se defender, não exerceu o contraditório.

Não se duvida, é preciso repetir, que o possuidor possa ser cobrado das cotas, entendimento que comungo por contar-me entre aqueles que entendem ser a posse um direito real.

Mas se o possuidor responde, é com o seu patrimônio, não com os bens que não lhe pertencem. Não pode responder com a propriedade, que não é sua, mas apenas com eventual direito aquisitivo, como já exposto.

Sendo assim, com as vênias do douto relator, abro divergência e encaminho meu voto no sentido de acolher o incidente de uniformização de jurisprudência e propor enunciado sumular com a seguinte redação: "A penhora do imóvel, nas ações de cobrança de cotas condominiais, requer a citação daquele em nome de quem o bem está registrado".

É como voto.

Rio de Janeiro, 15 de fevereiro de 2016.

Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres
Relator

Voto Vencido

Debate-se, em Incidente de Uniformização de Jurisprudência, sobre a possibilidade de se fazer a penhora de imóvel cuja propriedade não seja do devedor, em sede de cobrança de cota condominial.

Diante das diversas interpretações possíveis, tanto no sentido de se admitir o referido gravame, quanto em sentido contrário, suscitou-se o presente incidente.

Edição do Aviso nº 86/2014 da Egrégia Presidência do Tribunal, que determinou a suspensão de recursos que versem sobre "a legitimidade para responder por dívidas condominiais na hipótese de alienação da unidade, notadamente quando se tratar de compromisso de compra e venda não levado a registro.".

Promoção ministerial reiterando seu parecer anterior, no sentido de que se faz necessária a pacificação da controvérsia jurídica admitindo-se a penhora de bens do devedor, ainda que figure como executado o atual possuidor do imóvel.

É o relatório.

Ousei dissentir do entendimento da douta maioria, em razão dos seguintes fatos e fundamentos:

Preliminarmente entendi que, não obstante o Aviso nº 86/2014 da Egrégia Presidência, comunicando decisão no Resp. nº 1.345.331-RS, que determinou a suspensão de recursos que versem sobre "a legitimidade para responder por dívidas condominiais na hipótese de alienação da unidade, notadamente quando se tratar de compromisso de compra e venda não levado a registro", tal determinação não se aplica ao presente caso, uma vez que se refere, especificamente, aos casos em que o com-

promisso de compra e venda não se encontra devidamente registrado no Registro Geral de Imóveis.

O referido Aviso TJ nº 86/2014 refere-se ao que foi decidido no Resp. nº 1.345.331-RS, relator o insigne Ministro LUIZ FELIPE SALOMÃO, do seguinte teor:

"RECURSO ESPECIAL Nº 1.345.331 - RS (2012/0199276-4). RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. RECORRENTE: ROSMAR RESENDE DOS SANTOS E OUTRO. ADVOGADO: ANDRÉ DE ALEXANDRI. RECORRIDO: CONDOMÍNIO EDIFÍCIO DONA ANITA. ADVOGADO: MÁRIO JÚLIO KRYNSKI E OUTRO(S). INTERES: ROGÉRIO OLIVEIRA FIM.

Decisão.

1. Cuida-se de recurso especial interposto por Rosmar Resende dos Santos, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal de 1988, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

Embargos de terceiro ajuizados por adquirentes de imóvel. Execução de sentença condenatória em ação de cobrança de cotas condominais ajuizada contra o proprietário conforme o registro, que resultou na penhora do imóvel.

Sentença de improcedência dos embargos de terceiro. Recurso de apelação dos embargantes.

Consoante a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a ação de cobrança de cotas condominiais pode ser promovida contra o proprietário conforme o Registro, contra o adquirente do imóvel, ou, ainda, contra ambos. Com relação às cotas condominiais, quem responde é o imóvel, independentemente da demanda ser promovida contra o proprietário ou o adquirente.

Hipótese em que os embargantes, na petição inicial, em momento algum negam ou impugnam a existência do débito, sendo que o débito é posterior a promessa de compra e venda.

As despesas condominiais são contribuições devidas em função do próprio imóvel familiar, circunstância que afasta a regra da impenhorabilidade, fazendo-se incidir a ressalva do artigo 3º, inciso IV, da Lei n.º 8.009/90, de modo que o bem pode ser objeto de constrição, a fim de responder pelas dívidas que dele se originaram.

Apelação desprovida (l. 240).

Nas razões do recurso especial, o recorrente sustenta ilegitimidade passiva pelas dívidas condominiais referentes à unidade onde reside, haja vista que, muito embora tenha sido objeto de instrumento de promessa não registrado, a ação de conhecimento fora ajuizada contra o promitente vendedor.

Dessa forma, não poderia o imóvel, somente em sede de execução, sofrer penhora para a solvência de débito reconhecido em ação da qual não foi parte.

É o relatório.

Decido.

2. Verifico haver multiplicidade de recursos que ascendem a esta Corte a versar controvérsia sobre quem tem legitimidade – vendedor ou adquirente – para responder por dívidas condominiais na hipótese de alienação da unidade, notadamente quando se tratar de compromisso de compra e venda não levado a registro.

Por isso, afeto o julgamento do tema em destaque à e. Segunda Seção, nos termos do art. 543-C do CPC, bem como da Resolução nº 8/2008.

Oficie-se aos Presidentes dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais, comunicando-lhes a instauração deste procedimento, para que suspendam o processamento de recursos em que a controvérsia ora destacada tenha sido estabelecida.

Comunique-se, com cópia deste despa-

cho, aos e. Ministros integrantes da Segunda Seção para os procedimentos previstos no art. 2º, § 2º, da Resolução nº 08/2008.

Após, vista ao Ministério Público Federal para, querendo, oferecer manifestação em quinze dias (art. 3º, II, da Resolução nº 08/2008).

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 05 de setembro de 2014.

Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO - Relator"

Veja-se, no entanto, que nestes autos o *thema decidendum* não adentra na seara registral, mas, sim, na responsabilidade para o pagamento da cota condominial, de forma a se prestigiar o interesse da coletividade de receber os recursos para o pagamento de despesas indispensáveis e inadiáveis, ressaltando a quem cumprir a obrigação exercer o direito regressivo contra quem entenda responsável.

Quanto à essência do presente pleito, votei no seguinte sentido:

O incidente de uniformização de jurisprudência instaura-se quando se verifica a ocorrência de divergência ou de interpretação diversa entre os diversos órgãos fracionários sobre objeto do julgamento – artigo 119 e 120 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e artigo 476 e seguintes do Código de Processo Civil.

Existem sobre o tema dois entendimentos, havendo, tal qual alegado, necessidade de pacificação da controvérsia:

I - no sentido de que é cabível a penhora do imóvel no caso de o executado não ser o proprietário do imóvel constrito, como, no caso em que foi suscitado este incidente, nas diversas ações em que litiga o Condomínio Gold Star, em relação à cobrança de cotas condominiais de diversas unidades, sendo que 1/3 das 487 unidades é habitado por pessoas sem justo título, na maioria, simples possuidores ou ocupantes;

Nesses termos, os seguintes precedentes:

0008982-47.2013.8.19.0000 AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. NAGIB SLAIBI - Julgamento: 26/02/2013 – Sexta Câmara Cível.

Direito Civil. Cobrança de cota condominial. Cumprimento de sentença. Substituição do polo passivo com a indicação dos adquirentes. Obrigação de natureza *propter rem*. Cabimento. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento de que no polo passivo das ações de cobrança de cotas condominiais poderá figurar tanto o proprietário como o possuidor ante a natureza *propter rem*, no sentido de privilegiar o interesse dos condôminos. O interesse prevalente é o da coletividade de receber os recursos para o pagamento de despesas indispensáveis e inadiáveis, ressaltando a quem cumprir a obrigação exercer o direito regressivo contra quem entenda responsável. (Recurso Especial nº 627.652 - SP 2004/0013871-9) Recurso a que se dá provimento, com fulcro no § 1º-A, do art. 557, do Código de Processo Civil, para o fim de reformar a decisão agravada, admitindo-se a substituição pretendida. Precedente: Processo: 0058470-05.2012.8.19.0000 1ª Ementa - Agravo de Instrumento Des. NAGIB SLAIBI Julgamento: 17/12/2012 - Sexta Câmara Cível Direito Civil. Cobrança de cota condominial. Cumprimento de sentença. Indicação de bem para penhora. Obrigação de natureza *propter rem*. Possibilidade de penhora do imóvel gerador da dívida objeto do cumprimento de sentença em ação de cobrança de condomínio, ainda que ele não esteja registrado em nome da parte executada. Recurso a que se dá provimento, com fulcro no § 1º-A, do art. 557, do Código de Processo Civil, para o fim de reformar a decisão agravada, admitindo-se a penhora do imóvel indicado. Provimento de plano do

recurso. Decisão Monocrática - Data de Julgamento: 17/12/2012. Provimento de plano do recurso.

0042014-14.2011.8.19.0000 AGRAVO DE INSTRUMENTO Des. CLEBER GHELFENSTEIN - Julgamento: 04/10/2011 – Décima Quarta Câmara Cível. DECISÃO MONOCRÁTICA AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. COTAS CONDOMINIAIS. OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*. PENHORA. IMÓVEL EM NOME DE TERCEIRO. VIABILIDADE. Possível a penhora do imóvel gerador da dívida objeto do cumprimento de sentença em ação de cobrança de condomínio, ainda que ele não esteja registrado em nome da parte executada. Nas ações de cobrança de cotas condominiais a garantia do condomínio está na possibilidade de a execução recair sobre o próprio imóvel que originou a dívida. A existência de dívida condominial relativa à própria unidade penhorada torna certa a obrigação de pagamento de quem quer que seja o titular do imóvel.

0023040-55.2013.8.19.0000 AGRAVO DE INSTRUMENTO Des. MALDONADO DE CARVALHO - Julgamento: 05/08/2013 – Primeira Câmara Cível. PROCESSUAL CIVIL. COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. AÇÃO AFORADA EM FACE DA POSSUIDORA. TRÂNSITO EM JULGADO. PENHORA DO IMÓVEL OBJETO DA AÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. A cota condominial atribuível a cada unidade é considerada obrigação *propter rem*, sendo legitimado passivo para a ação o proprietário do imóvel, promissário comprador ou possuidor, aferível de acordo com as peculiaridades do caso concreto. 2. A agravada, na qualidade de possuidora, é quem, por conseguinte, assume a condição de legitimada passiva para a ação de cobrança das cotas condominiais vencidas após a data em que passou a ocupar o imóvel, não tendo em sede de contestação, como deveria, refutado tal condição. 3. O imóvel objeto da ação responde, portanto, pela dívida decorrente do não pagamento das cotas condominiais desde março de 2001. 4. Ainda que o instrumento contratual não se encontrasse registrado no ofício competente, tal fato, por si só, não descaracteriza a obrigação do possuidor perante o condomínio em pagar as cotas condominiais. 5. Precedentes do STJ. 6. Decisão que se reforma.

Provimento do recurso.

II - no sentido de não ser cabível a penhora do imóvel em tais casos, vejam-se os seguintes julgados:

0050302-14.2012.8.19.0000 AGRAVO DE INSTRUMENTO Des. MARCOS ALCINO A TORRES - Julgamento: 15/10/2012 – Décima Nona Câmara Cível.

Trata-se de agravo de instrumento manejado contra decisão que indeferiu a penhora sobre a unidade condominial constante de sobreloja nº 49-A, e respectiva fração ideal, do Edifício Gold Star, situado na Rua da Conceição nº 101/121, Niterói - RJ. Sustenta o agravante, em síntese, que o juízo monocrático analisou a questão apenas pelo prisma processual, nada obstando que pelo fato de o proprietário do imóvel em vias de constrição não ter participado da relação processual, que o imóvel em seu nome possa ser objeto de penhora, em razão da solidariedade passiva entre o devedor das cotas condominiais (possuidor direto) e o proprietário, em cujo nome está registrado o imóvel. O agravo foi instruído com os documentos de f. 16/176. É o relatório. Decido: Não assiste razão ao agravante. Como bem asseverou o juízo de primeiro grau, não se nega a responsabilidade pelo débito condominial reclamado, contudo, o condomínio, ora agravante, ao promover a cobrança exclusivamente em face do possuidor direto, que não detém a propriedade do imóvel, não pode pretender que a penhora recaia sobre a unidade condominial. Poderá fazer a constrição em outros bens ou

direitos que detenha o referido possuidor, caso pretenda prosseguir com relação ao ora agravado. Assim, não assiste razão ao agravante, devendo a decisão guerreada ser mantida integralmente, por seus próprios fundamentos. Ante o exposto, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC, nego seguimento ao presente recurso. Rio de Janeiro, 04 de outubro de 2012.

0058831-22.2012.8.19.0000 AGRAVO DE INSTRUMENTO Des. LUCIANO RINALDI - Julgamento: 20/03/2013 – Sétima Câmara Cível.

Agravo Interno em Agravo de instrumento. Ação de cobrança de cotas condominiais, em fase de execução, movida contra mero possuidor do imóvel. Pedido de penhora rejeitado em primeiro grau. Em que pese se tratar de dívida *propter rem*, só se admite a penhora do imóvel objeto da dívida quando o seu proprietário, ou promitente comprador, integraram o polo passivo da ação de conhecimento, porquanto a sentença só produz efeitos entre as partes. Respeito ao devido processo legal e aos limites subjetivos da coisa julgada. Rejeitado o pedido de uniformização de jurisprudência. Precedentes desta Corte. Desprovimento do recurso.

O *Parquet* reitera o seu posicionamento da possibilidade penhora de bens do devedor, ainda que figure como executado o atual possuidor do imóvel, e traz a lume o julgado da Superior Corte de Justiça, Recurso Especial nº 1.345.331 - RS (2012/0199276-4) Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONDOMÍNIO. DESPESAS COMUNS. AÇÃO DE COBRANÇA. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NÃO LEVADO A REGISTRO. LEGITIMIDADE PASSIVA. PROMITENTE VENDEDOR OU PROMISSÁRIO COMPRADOR. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. IMISSÃO NA POSSE. CIÊNCIA INEQUÍVOCA.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firmam-se as seguintes teses: a) O que define a responsabilidade pelo pagamento das obrigações condominiais não é o registro do compromisso de compra e venda, mas a relação jurídica material com o imóvel, representada pela imissão na posse pelo promissário comprador e pela ciência inequívoca do condomínio acerca da transação. b) Havendo compromisso de compra e venda não levado a registro, a responsabilidade pelas despesas de condomínio pode recair tanto sobre o promitente vendedor quanto sobre o promissário comprador, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto. c) Se ficar comprovado: (i) que o promissário comprador se imitira na posse; e (ii) o condomínio teve ciência inequívoca da transação, afasta-se a legitimidade passiva do promitente vendedor para responder por despesas condominiais relativas a período em que a posse foi exercida pelo promissário comprador. 2. No caso concreto, recurso especial não provido"

Conforme bem observou o Ministério Público, segundo o entendimento consagrado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a cobrança de cotas condominiais não tem conteúdo obrigacional, mas de direito real, introduzindo obrigação *propter rem*, eis que decorrente da própria conservação do bem e intrinsecamente vinculada à coisa.

O Art. 1.336 do Código Civil de 2002, em seu inciso I, dispõe que "São deveres do condômino contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção".

Em que pese o fato de a referida norma não detalhar quem deve ser o responsável pelo cumprimento da obrigação supramencionada, vem prevalecendo o entendimento de que, por

"condômino", não se entende somente aquele que figura no RGI como proprietário do imóvel, mas também todo aquele que possui uma relação direta com este, como é o caso do possuidor direto.

Segundo a obra **Vocabulário Jurídico**, 29ª Ed., Editora Forense, de Plácido e Silva, atualizado por este Relator e por PRISCILA PEREIRA VASQUES GOMES, p. 338, eis a definição do termo "condômino":

"Condômino. Assim se designa a pessoa que com outra exerce o direito de propriedade sobre um imóvel.

É, assim, o co-proprietário da coisa em comum, podendo mesmo alhear a parte ideal, que no condomínio lhe cabe, guardado, no entanto, o direito de preferência que compete aos demais condôminos.

É também direito do condômino exigir a divisão da coisa, salvo se esta se mostra incômoda, por ser a coisa indivisa.

Em tal caso, somente lhe cabe pedir a venda da coisa, a fim de que, pela distribuição do preço, se ponha fim à comunhão".

A jurisprudência vem sedimentando o posicionamento de que no polo passivo das ações de cobrança de cotas condominiais poderá figurar tanto o proprietário, como o possuidor lato sensu, diante da natureza *propter rem* da relação e visando a privilegiar o legítimo interesse dos condôminos.

A propósito, eis o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso Especial Nº 627.652 - SP (2004/0013871-9)

Relator: Ministro PAULO FURTADO (Desembargador convocado do TJ/BA)

Recorrente: João Carlos Paulo Pesce e cônjuge

Advogado: João Coiradas e outro

Recorrido: Condomínio Edifício Porto Príncipe

Advogado: Maria Sebastiana Braga e outro

Decisão: Cuida-se de recurso especial interposto do acórdão de f. 123/134, cuja ementa restou consignada nos seguintes termos: "Condomínio. Cobrança. Compromisso de compra e venda. Ilegitimidade passiva de parte.

Dívida *propter rem*. Prevalência do interesse da coletividade condominial.

Propositura da demanda em face de quem for mais conveniente, ou seja, contra quem poderá cumprir mais prontamente a obrigação.

Como o condomínio elegeu o titular do domínio (nome constante do álbum imobiliário), como o responsável pelo débito referente ao imóvel em questão, apoiando-se nos termos do que dispõe a lei, e amparado ainda, em v. Precedentes jurisprudenciais, nesse sentido, a sua opção deve ser respeitada, pois o interesse prevalente é o da coletividade de receber os recursos para o pagamento de despesas indispensáveis e inadiáveis, ressaltando a quem cumprir a obrigação exercer o direito regressivo contra quem entenda responsável. Recurso provido."

O recorrente alega violação do art. 9º, da Lei nº 4.591/64 e dissídio jurisprudencial. Em síntese, sustenta não ser parte legítima para compor o polo passivo da ação, pois o condomínio tinha ciência que o apartamento se encontra ocupado por terceiro.

Decido:

Segundo a orientação firmada na jurisprudência desta Corte, por se tratar de uma obrigação *propter rem*, a responsabilidade pelo pagamento das despesas do condomínio pode recair tanto sobre o promitente comprador quanto sobre o promissário vendedor, conforme as circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido: "na linha da orientação adotada por este Tribunal, a responsabilidade pelas despesas de condomínio ante a existência de promessa de compra e venda, pode recair tanto sobre o

promitente comprador quanto sobre o promissário vendedor, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto. Sob esse prisma, pois, a questão relacionada à posse do imóvel, e não só a propriedade, é relevante para a aferição da responsabilidade por tais encargos." (AgRg no Ag 660.515/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, DJe 23/09/2008).

Aquele que se encontra na posse direta do imóvel é parte legitima para arcar com as cotas condominiais que estejam em atraso. Como o condomínio recorrido constatou, mediante diligência realizada, que o possuidor do imóvel não é o mesmo que figura como proprietário no cartório de registro de imóveis, e que tinha conhecimento do contrato particular de compra e venda, fica nítido que o recorrente não é parte legítima para figurar no polo passivo da ação. Nesse sentido:

"Condomínio. Cobrança de taxas condominiais. Execução extrajudicial. Arrematação posterior. Precedentes da Corte. 1. A nossa jurisprudência está orientada no sentido de que a "responsabilidade pelas despesas de condomínio pode recair tanto sobre o promitente vendedor quanto sobre o promissário comprador, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto" (EREsp n° 138.389/MG, Segunda Seção, Relator o Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 13/09/99).

2. (...)

3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp nº 651.060/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Terceira Turma, julgado em14/12/2006, DJ 23/04/2007 p. 255)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença de mérito e declarar a ilegitimidade passiva do recorrente.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2009.

Ministro PAULO FURTADO (Desembargador convocado do TJ/BA - 08/02/2010).

De se concluir, portanto, que não obstante o condômino deva responder pelas despesas condominiais da unidade durante o período em que ocupou o imóvel, é certo que sua responsabilidade não exclui a do proprietário pelo pagamento, cabendo ao Condomínio escolher em face de quem pretenderá demandar e ressalvando-se, no caso, eventual direito de regresso.

O que deve prevalecer é o interesse da coletividade de receber os recursos para o pagamento de despesas indispensáveis e inadiáveis, ressaltando a quem cumprir a obrigação exercer o direito regressivo contra quem entenda responsável.

Logo, não existe qualquer óbice a que a penhora recaia sobre a própria unidade condominial devedora das cotas condominiais, ainda que o bem a ser constrito esteja registrado em nome de terceira pessoa, porque a execução se funda em dívida proveniente justamente de inadimplemento das cotas condominiais.

Precedente deste Tribunal de Justiça especificamente sobre o tema:

"Apelação Cível. Embargos de Terceiro. Cobrança de cotas condominiais relativas a período anterior à aquisição do imóvel. Obrigação *propter rem*. Possibilidade de penhora do bem independente de quem era o proprietário ao tempo dos encargos cobrados. Recurso manifestamente improcedente. Negativa de seguimento" (0008776-10.2007.8.19.0205 - Apelação – Des. ANTÔNIO CARLOS ESTEVES TORRES - Julgamento: 08/08/2012 - Décima Segunda Câmara Cível).

"Decisão monocrática agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Cotas condominiais. Obrigação *propter rem*. Penhora. Imóvel em nome de terceiro. Viabilidade. Possível a penhora do imóvel gerador da dívida objeto do cumprimento de sentença em ação de cobrança de condomínio, ainda que ele não esteja registrado em nome da parte executada.

Nas ações de cobrança de cotas condominiais a garantia do condomínio está na possibilidade de a execução recair sobre o próprio imóvel que originou a dívida. A existência de dívida condominial relativa à própria unidade penhorada torna certa a obrigação de pagamento de quem quer que seja o titular do imóvel" (0042014-14.2011.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des. CLEBER GHELFENSTEIN - Julgamento: 04/10/2011 - Décima Quarta Câmara Cível).

Diante de tais considerações, acompanhei o Ministério Público votando pela Uniformização da Jurisprudência no sentido de se admitir que na cobrança de cotas condominiais, fosse cabível, a escolha do condomínio, a cobrança das quotas em face do proprietário, do promitente comprador, do cessionário e até mesmo do ocupante, ainda que este não seja o efetivo morador do condomínio, assim, como do possuidor, do promitente comprador ou do cessionário.

Proposta de Enunciado de Súmula:

"Nas demandas de cobrança de cota condominial, poderão figurar no polo passivo o proprietário e eventual possuidor direto, promitente comprador ou cessionário, em razão da natureza *propter rem* da obrigação e do legítimo interesse dos condôminos em receber os recursos na coletividade".

DES. NAGIB SLAIBI
Relator vencido

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUPERLOTAÇÃO EM PRESÍDIO. POPULAÇÃO CARCERÁRIA EM SITUAÇÃO CALAMITOSA. CRFB. DEVER DO ESTADO GARANTIR SOBREVIVÊNCIA AOS DETENTOS. TUTELA ANTECIPATÓRIA. PROIBIÇÃO DE INGRESSO DE NOVOS PRESOS. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Agravo de Instrumento. Ação civil Pública. Ação de obrigação de fazer. Superlotação da população carcerária. Deferimento parcial de tutela de urgência antecipatória para determinar a proibição de ingresso de novos presos no Instituto Penal Vicente Piragibe, até que, em razão da liberação paulatina de liberdade daqueles que lá estão pelo juízo da execução, retome a unidade o efetivo máximo de sua lotação. Possibilidade de decisão *in audita altera pars*. Inexistência de violação ao contraditório e ampla defesa, que será realizado de forma diferida, conforme permite a lei. Art. 300, § 2º, do Código de Processo Civil. Documentos juntados aos autos que demonstram a presença indiscutível dos requisitos que ensejam a concessão da medida de urgência antecipatória, na forma do artigo 300, *caput,* do CPC. Ausência de demonstração concreta da presença de perigo de dano inverso, conforme, inclusive, asseverou o Exmo. Presidente desse egrégio Tribunal de Justiça, ao decidir a suspensão de segurança nº 0029032- 89.2016.8.19.0000, nos autos desta Ação Civil Pública, também interposta pelo ora agravante, contra a decisão aqui agravada, que rechaçou a concessão da medida de suspensão, justamente por ausência de lesão à ordem, à saúde, à segurança, à economia públicas. Necessidade de observância dos direitos fundamentais. Respeito a integridade física e moral da população carcerária, como dever do estado de garantia a vida em condições mínimas de dignidade e sobrevivência. art. 5º, *caput* e inciso XLIX c/c 1º, III da CR/88. Desprovimento do recurso do Estado do Rio de Janeiro.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0032479-85.2016.8.19.0000 em que é Agravante Estado do Rio De Janeiro e Agravada Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Acordam os Desembargadores que in-

tegram a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão constante do indexador nº 25 – Anexo 1, prolatada nos autos da Ação Civil Pública proposta pela Agravada Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em face do Agravante Estado do Rio de Janeiro, que repristinou decisão que deferiu a tutela antecipada pleiteada, para determinar a proibição de ingresso de novos presos no Instituto Penal Vicente Piragibe, até que se retome a efetivo máximo de lotação, com a liberação paulatina de liberdade daqueles que lá estão, conforme decisão do juízo da execução.

Na inicial narra a autora a ocorrência de superlotação carcerária no estabelecimento, bem como as péssimas condições de salubridade do local dos presos em cumprimento de sua pena criminal, visando a tutela da garantia constitucional dos direitos fundamentais, em condições dignas de sobrevivência.

Aduz a que o Instituto Penal Vicente Piragibe possui capacidade máxima de 1.178 presos, mas possuía em 2011 uma população carcerária de 2.268 presos.

Desta forma pleiteou em sede liminar e principal a condenação do réu ao cumprimento da obrigação de fazer consistente na transferência para unidades prisionais da Secretaria do Estado de Administração Penitenciária do contingente prisional excedente à capacidade máxima, no prazo de 10 dias, sob pena de multa, instalação de camas em todas as celas e fornecimento de colchão, travesseiro e roupa de cama, bem como instalação de dispositivo de aquecimento de água para o banho e obrigação de não fazer, consistente na proibição de novos ingressos até que que volte a possuir o efetivo carcerários máximo.

Dos autos principais, f. 103/105, verifica-se que o Juízo de primeiro grau concedeu em parte a antecipação de tutela, para determinar a proibição de ingresso de novos presos no Instituto Penal Vicente Piragibe, até que a unidade retome o efetivo de internos com a lotação adequada, em razão do deferimento de liberdade pelo juízo da execução, mas declarada sem efeito a f. 117 dos autos principais (índex 121 dos autos principais).

Na decisão do índex 121 dos autos principais o Juízo da 6ª Vara de Fazenda declinou de sua competência ao Juízo da VEP, decisão que foi objeto do Agravo de Instrumento 0059606-37.2012.8.19.0000, que em acórdão dessa e. Câmara manteve a competência da 6ª Vara de Fazenda.

Com o retorno dos autos para a 6ª Vara de Fazenda Pública, a Defensoria Pública pugnou pela repristinação da decisão que deferiu a medida liminar (index nº 469 dos autos principais), o que foi deferido na decisão ora Agravada, que repristinou a decisão de antecipação da tutela, para determinar a proibição de ingresso de novos presos no Instituto Penal Vicente Piragibe, até que a unidade retome o efetivo de internos com a lotação adequada, em razão do deferimento de liberdade pelo juízo da execução e, ainda, para que sejam fornecidos novos colchões e roupas de capa para todos os presos.

Contra essa decisão se volta o Estado do Rio de Janeiro, no presente Agravo de Instrumento, sustentando a nulidade da decisão proferida em ofensa ao contraditório, já que sem sua oitiva, bem como a ausência de urgência da medida e a ocorrência de perigo de dano inverso, ante suas limitações econômicas, aduzindo o sistema carcerário é um "barril de pólvora", de forma que a decisão traz graves consequências para a ordem e segurança pública.

A f. 21 foi indeferido o efeito suspensivo. A f. 30 consta resposta do juízo *a quo* mantendo a decisão agravada.

Contrarrazões da Defensoria Pública a f. 34/43 pela manutenção da decisão, aduzindo a necessidade de proteção dos direitos dos presos violados em afronta aos pactos internacionais sobre a matéria, não havendo que se falar em nulidade por falta de intimação do Estado, já que possível a tutela sem oitiva da parte contrária.

Parecer da D. Procuradoria de Justiça, a f. 46/61, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O recurso é tempestivo e estão presentes os seus requisitos de admissibilidade.

Cuida-se de Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública, ora agravada, em face do Estado do Rio de Janeiro, ora agravante, para tutela da garantia constitucional de direitos fundamentais da população carcerária do Instituto Penal Vicente Piragibe, em razão da superlotação e das condições de vida no presídio.

Com base em inspeção fiscalizatória realizada em 20/07/2011 no Instituto Penal Vicente Piragibe, no Complexo de Gericinó, para presos no regime semiaberto, verificou a Defensoria a superlotação prisional no estabelecimento, gerando os relatórios formulados pelo NUSPEN e pelo NUDEDH, com excedente de mais de mil presos e em condições gerais de insuficiência de água, iluminação, colchões, roupa de cama e outras irregularidades.

Promoveu, então a Defensoria Pública, Ação Civil Pública pugnando pela concessão de tutela antecipada, conforme acima relatado, que fora deferida em parte na decisão de f. 103/105 dos autos principais (index 105 dos autos principais) e repristinada na decisão ora agravada (índex 535 dos autos principais), com a fundamentação que abaixo reproduzo, *in verbis*:

"Trata-se de pedido de repristinação da medida liminar concedida *initio litis*, conforme pdf 105, na qual foi determinada a adequação do efetivo carcerário ao número de vagas ofertadas, nos seguintes termos:

´Por tais considerações, defiro parcialmente o pleito liminar, para o fim de determinar a proibição de ingresso de novos presos no Instituto Penal Vicente Piragibe, a contar da intimação desta decisão, até que, em razão de deferimento de liberdade pelo competente juízo da execução, retome a unidade prisional o efetivo de 1.444 internos, lotação esta atestada pela SEAP como adequada conforme documento constante dos autos.´

Esta decisão foi declarada sem efetividade, conforme pdf 121, em razão de reconhecimento pelo Juízo fazendário de que seria da competência da VEP tratar da matéria apresentada na presente ação, efetivando declínio em favor deste juízo.

A questão foi submetida ao nosso Tribunal de Justiça, mediante o Agravo de Instrumento nº 0059606- 37.2012.8.19.0000, sendo fixada a competência deste juízo fazendário. Dito isto, importa analisar o pleito antecipatório, tendo em vista o pedido formulado de repristinação daquela decisão.

Conforme comprova o autor, nos pdf 473/533, a população carcerária do Instituto Penal Vicente Piragibi totaliza 3.539 (três mil quinhentos e trinta e nove) pessoas privadas de liberdade em um espaço físico que possui capacidade ocupacional máxima de 1.444 (um mil quatrocentos e quarenta e quatro) detentos.

O Ministério Público, em sua manifestação constante do pdf 388, defende a concessão da liminar, nos mesmos parâmetros apresentados pelo autor, trazendo à colação, no pdf

420/422, decisão da Vara de Execuções Penais em que fica comprovada a situação calamitosa e indigna com que são tratados os detentos.

Articula, ainda, o *parquet* na petição do pdf 420, que tramita na 7ª Vara de Fazen-da Pública desta Comarca ação civil pública, tombada sob o nº 0017123-96.2006.8.19.0001, proposta pela OAB-RJ, com o objetivo idêntico ao desta ação, relativamente a três unidades prisionais, Esmeraldino Bandeira, Milton Dias Moreira e Vicente Piragibe, sustentando nesse viés que ´(...) estão em parte contidos ou são conexos àqueles formulados na referida ação civil pública, (...) razão pela qual requer o Ministério Público seja o presente feito encaminhado àquele Juízo, que está prevento, com vistas à reunião dos processos, nos termos dos arts. 105 e 106, do Código de Processo Civil. (CPC/1973)

É o relatório. Decido.

O Estado brasileiro foi instituído, conforme consta no preâmbulo da Constituição da Republica Federativa do Brasil, com base em ´supremos valores´ para uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. São elencados como dois desses valores a igualdade e a justiça, e eleito, como um de seus fundamentos, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O quadro trazido pelo autor e corroborado pelo Ministério Público é estarrecedor, não restam dúvidas que a igualdade e a justiça não podem ser afastadas, nem podem ser suprimidas daqueles que estão no sistema penitenciário, mercê de uma sociedade que os segrega para recuperá-los.

Igualdade e justiça, como os demais valores elencados no preâmbulo da CRFB, não podem ser negados a detento algum, sob pena de se estar criando uma categoria de pena, que embora não prevista no estatuto penal, é imposta pela negligência e descaso do Estado em uma de suas principais missões, que é impedir o tratamento cruel no cumprimento das penas, notadamente as privativas de liberdade.

O óbice constitucional previsto no artigo 5º, inciso XLVII, alínea "e", de que não haverá penas cruéis, não está observado pelo réu. Dessa forma, o detento não está amparado pelo princípio da dignidade humana, nem lhe é conferida a garantia constitucional de que, no sistema prisional, lhe seria assegurado o respeito à integridade física e moral, *ex vi*, art. 5º, XLIX.

Em que pese as intercorrências que levaram a definição da competência no trâmite deste processo, a superlotação do presídio é incontroversa desde o início da ação, e, com o decorrer do tempo, o réu não procurou solucionar ou minorar a situação constrangedora e desumana; ao contrário, a população carcerária no aludido estabelecido cresceu vertiginosamente. Independentemente de qual seja o desfecho do presente processo, deveria o réu, responsável pela ´recuperação e ressocialização´ dos detentos, ter se imbuído dos princípios que informam o Estado brasileiro e com base na moralidade e eficiência revertido o quadro caótico que se apresenta.

Não basta estar escrito, não bastar constar nos discursos, imprescindível que se exercitem os valores constantes do preâmbulo constitucional, respeitando as garantias constitucionais que diferenciam a nossa sociedade das que não são civilizadas.

Dessa forma, defiro parcialmente o pedido formulado pelo autor, com base nas argumentações do Ministério Público no pdf 388, para determinar a proibição de ingresso de novos presos no Instituto Penal Vicente Piragibe, a partir da intimação desta, a fim de que seja alcançada, conforme a liberação paulatina dos que encerrarem seu tempo de cumprimento de pena, atinja-se a lotação de 1444 (um mil quatrocentos e quarenta e quatro) detentos, informada na inicial, sob pena de responsabilidade, criminal e administrativa; determino, ainda, que sejam adquiridos colchões e roupas de cama e distribuídos para todos os presos que se encontram na unidade, mediante regime de

excepcionalidade e urgência, informando-se ao juízo, no prazo de 10 (dez) dias, acerca das providências efetivadas para adquirir o referido material. Intime-se o réu, por oficial de justiça, com cópia da presente. Intime-se, também, por oficial de justiça, o Diretor do Instituto Penal Vicente Piragibe, para que se abstenha de receber novos detentos, sob pena de responder penal e administrativamente pela desobediência, se não cumprir as determinações acima, no prazo estipulado.

Oficie-se ao Juiz Titular da VEP, à Presidência deste Tribunal de Justiça e ao Secretário de Estado de Administração Penitenciária, com cópia desta decisão.

Após a juntada dos mandados de intimação cumpridos, manifeste-se o autor sobre o declínio de competência ao Juízo da 7ª Vara de Fazenda Pública, em razão da prevenção informada pelo Ministério Público. Retornem conclusos com o cumprimento de todas as etapas acima."

O agravante em suas razões sustenta, inicialmente, a nulidade da decisão porque deferida sem sua oitiva, em violação ao Princípio do Contraditório.

Dispõe o art. 300 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia."

Da simples leitura do texto seco da lei processual verifica-se que a tutela de urgência pode ser concedida sem a oitiva prévia da parte contrária, que não terá seu direito de defesa tolhido ou suprimido, mas apenas diferido para o momento posterior, podendo combater a decisão que conceder a tutela nesses moldes e até mesmo requerer sua revisão.

Isso significa, que no plano legal o próprio legislador deferiu a possibilidade se sopesar entre os princípios aparentemente colidentes, a celeridade e eficácia da tutela jurisdicional e o contraditório, permitindo dar-se primazia aos dois primeiros, sem que se sacrifique o último, que fica apenas colocado para momento diverso, após a concessão da medida.

Além disso, a decisão que antecipa os efeitos da tutela, ainda que em parte, tem natureza provisória e, segundo a melhor doutrina, está sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que o juiz está autorizado, a qualquer tempo, modificá-la ou revogá-la, caso os elementos dos autos venham a direcionar neste sentido, conforme art. 296 do Código de Processo Civil, abaixo:

"Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada."

Note-se que a tutela de urgência concedida pelo Juízo de primeiro grau sequer se enquadra nas hipóteses previstas nas Leis nº 8.437/92 e nº 9.494/97, que tratam das vedações à concessão de tutelas de urgência em face da Fazenda Pública.

Nesse sentido a jurisprudência desse e. Tribunal de Justiça, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE DETERMINOU A INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU PARA CUMPRIMENTO DE TUTELA ANTECIPATÓRIA DEFERIDA APÓS RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA AUTORA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE DE

CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA *INAUDITA ALTERA PARS*. DECISÃO AGRAVADA E RECURSO INTERPOSTO PELA AUTORA NA VIGÊNCIA DO CPC/73. OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ARTIGO 14, NCPC. HABILITAÇÃO DE PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRA. POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONTRA O PODER PÚBLICO NAS HIPÓTESES NÃO ALCANÇADAS PELA VEDAÇÃO PREVISTA NAS LEIS Nº 8.437/92, Nº 9.494/97 E LEI Nº 12.016/2009, QUE DEVEM SER INTERPRETADAS RESTRITIVAMENTE. INTELIGÊNCIA DOS VERBETES SUMULARES Nº 729, DO STF, E Nº 60, DESTE TRIBUNAL. PACIFICADO ENTENDIMENTO DO STJ QUANTO À POSSIBILIDADE DE TUTELA ANTECIPADA EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA, COMO É O CASO DOS AUTOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS 273 DO CPC/73, TANTO EM RELAÇÃO À VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES, QUANTO AO *PERICULUM IN MORA*. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR, SENDO A AUTORA, ORA AGRAVADA, PESSOA IDOSA. INDÍCIOS CATEGÓRICOS QUANTO À CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE CONCEDEU A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. RECURSO DESPROVIDO. 0037254-46.2016.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO Des(a). ODETE KNAACK DE SOUZA - Julgamento: 08/11/2016 – Vigésima Segunda Câmara Cível.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. DEFERIMENTO *INAUDITA ALTERA PARTE*. POSSIBILIDADE. SOPESAMENTO ENTRE O DIREITO À AMPLA DEFESA E À PRESERVAÇÃO DA VIABILIDADE DO PROCESSO QUE PENDE PARA O POSTERGAMENTO DO CONTRADITÓRIO. MAGISTÉRIO DA DOUTRINA. (...) 1. A antecipação dos efeitos da tutela *inaudita altera pars* se concilia às premissas do devido processo legal, na medida em que, no sopesamento da ampla defesa com o direito à viabilidade do processo, apenas posterga o contraditório; 2. Fica suprido eventual prejuízo à ampla defesa quando, pelo advento do recurso, a parte pode promover a dialética processual em ambas as instâncias, considerando que o agravo de instrumento possui efeito regressivo; (...) 8. Recurso conhecido e parcialmente provido. 0011347-69.2016.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO Des. LUIZ FERNANDO DE ANDRADE PINTO - Julgamento: 27/04/2016 – Vigésima Quinta Câmara Cível Consumidor.

Não há que se falar em nulidade da decisão dada em sede de tutela de urgência *inaudita altera pars.*

Pois bem.

Sem dúvida, o mérito da demanda será apreciado pelo Juízo *a quo*, após a instrução, devendo a análise, neste momento, se restringir à presença, ou não, dos requisitos autorizadores da tutela pretendida.

A tutela de urgência antecipatória busca garantir, durante o curso do processo, o bem da vida que se pretende ao final da ação, sendo o meio processual adequado para a efetivação e garantia de determinados direitos que se encontram sujeitos à deterioração ou violação e, por isso, necessitam de uma tutela prévia, sob pena de restar ineficaz a prestação jurisdicional ao final, quando preenchidos os requisitos relacionados no art. 300, *caput,* do CPC, *in verbis:*

"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo."

Com efeito, a concessão da tutela de urgência antecipada está condicionada à presen-

ça da probabilidade do direito invocado pela parte, além do perigo de dano.

Sobre o tema a Súmula nº 60 deste e. Tribunal de Justiça:

"Admissível a antecipação de tutela de mérito, mesmo contra a fazenda pública, desde que presente os seus pressupostos."

No caso dos autos verifico a presença indiscutível dos requisitos legais para concessão da tutela.

Como já ressaltado, na presente lide a Defensoria Pública pretende a tutela da garantia constitucional dos direitos fundamentais da população carcerária do Instituto Penal Vicente Piragibe, em razão da superlotação e das péssimas condições de vida no presídio, conforme verificado em inspeção realizada em 20/07/2001.

O art. 5º, XLIX, da CR/88 assegura aos presos o respeito à integridade físico-moral, cabendo ao Estado garantir à população carcerária sob sua responsabilidade condições mínimas e dignas de sobrevivência, realizando ao menos o núcleo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, na forma do art. 1º, III, da CR/88, o que demanda do Ente prestações positivas para assegurar sua função.

O Estado em seu recurso argumenta a ausência de urgência da medida e a ocorrência de perigo de dano inverso, em razão de sua falta de recursos e aduz que o sistema carcerário semiaberto é um "barril de pólvora", trazendo a decisão graves consequências para a ordem e segurança públicas.

Desta forma, o agravante não nega a superlotação carcerária e a falta de condições dignas de tratamento dos custodiados a seus cuidados na unidade prisional Instituto Penal Vicente Piragibe.

Na verdade, o documento da própria Secretaria de Estado de Administração Penitenciária constante do índex 473 dos autos principais aponte em sentido diverso, pois comprova que naquela unidade prisional, com capacidade para 1.444 (hum mil quatrocentos e quarenta e quatro) presos, a população carcerária, em maio de 2016 encontrava-se já em 3.539 (três mil quinhentos e trinta e nove).

Observo que na ocasião da realização da inspeção, em 2011, que propiciou a propositura da presente demanda, a população carcerária era de 2.268 presos e, repito, segundo o documento da SEAP constante do index 473 dos autos principais, em maio de 2016, já estava em 3.539 (três mil quinhentos e trinta e nove).

Assim, é clara a urgência da medida pleiteada e deferida ante o aumento da população carcerária na unidade carcerária, que desde o início do processo já se encontrava superpopulosa.

Ao contrário do sustentado pelo Estado, a urgência é premente e o dano aos bens tutelados vem ocorrendo desde antes do início do processo, que já dura mais de 5 anos, sem notícias nos autos de qualquer atuação estatal para minimizar a situação desenhada.

Por fim, quanto as alegadas insuficiência de recursos, consequências para a ordem e segurança públicas, verifico que embora o Estado assim sustente, o faz de forma genérica, sem demonstrar concretamente a que risco se refere.

Aliás, repito aqui o que dito na decisão constante do index 21 desse Agravo, quando indeferi o efeito suspensivo, no sentido de que "As questões orçamentárias e burocráticas enfrentadas pelo Estado não podem servir para redução, não efetivação e descumprimento de

direitos fundamentais mínimos assegurados constitucionalmente, uma vez que, como afirmado pelo Min. GILMAR MENDES no RE nº 641320/RS, em recente julgado, "Ainda que privados de liberdade e dos direitos políticos, os condenados não se tornariam simples objetos de direito", para que se possa relativizar seus direitos quanto a segurança, salubridade, saúde e integridade".

Vale, ainda, reproduzir abaixo a decisão do Exmo. Pres. Des. LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO, ao decidir a Suspensão de Segurança nº 0029032-89.2016.8.19.0000, nos autos desta Ação Civil Pública, também contra a decisão aqui agravada, que rechaçou a concessão da medida de suspensão, justamente por ausência de lesão à ordem, à saúde, à segurança, à economia públicas, conforme os seguintes fundamentos:

Trata-se de pedido de suspensão formulado pelo Estado do Rio de Janeiro em face de decisão nos autos da ação civil pública nº. 0358308- 65.2011.8.19.0001, em trâmite no Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, proferida nos seguintes termos:

(...)

A possibilidade de intervenção que a Lei nº 8.437/92 outorga à Presidência dos Tribunais, por meio da suspensão de liminares deferidas contra atos do Poder Público, tem caráter excepcional, somente se justificando nas hipóteses nela explicitadas, ou seja, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas e nos casos de manifesto interesse público ou ilegitimidade, consoante a dicção do seu artigo 4º.

(...)

Os pressupostos legais estão normativamente formulados por cláusulas abertas, conceitos indeterminados como o são 'grave lesão à ordem, à saúde, à segurança, à economia públicas e manifesto interesse público'. É neste sentido que se diz que é 'política' a decisão, mas deve-se colocar a máxima atenção ao pressuposto comum já consagrado pelo STF, o *fumus boni iuris*.

(...)

Como é cediço, o sistema carcerário brasileiro ainda não atingiu seus objetivos pedagógicos, porquanto as precariedades dos estabelecimentos geram condições subumanas para os detentos, devido à superlotação e à inércia daqueles órgãos que deveriam sanar tal problema.

A inobservância, pelo Poder Executivo, de direitos fundamentais dos segregados sob os seus cuidados – sobretudo do direito à dignidade da pessoa humana –, impõe ao Poder Judiciário, forte no sistema de freios e contrapesos – que a Constituição adota, porque democrático e de direito o Estado – atuar de modo a lhes corrigir as faltas, com vistas ao equilíbrio e ao alcance dos fins sociais a que referido sistema almeja, adotando as medidas necessárias à restauração dos direitos violados.

(...)

Ademais, constata-se a existência de um núcleo essencial de direitos fundamentais que não permite ser atingido por qualquer tipo de interpretação, e o princípio orientador desse núcleo será justamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, somente será possível limitar um direito fundamental até o ponto de o princípio da dignidade da pessoa humana não ser agredido, porquanto existem direitos fundamentais considerados absolutos.

O art. 5º, XLIX, da Constituição da República, por sua vez, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, sendo dever do Estado garantir a vida dos detentos, sob sua guarda, cabendo-lhe para tanto adotar todas as providências necessárias para conferir condições mínimas de dignidade a estes.

Na hipótese em tela, conforme comprovado nos autos da ação civil pública promovida pela Defensoria Pública, nos pdf 473/533, a

população carcerária do Instituto Penal Vicente Piragibi totaliza 3.539 (três mil quinhentos e trinta e nove) pessoas privadas de liberdade, em um espaço físico com capacidade ocupacional máxima de 1.444 (um mil quatrocentos e quarenta e quatro) detentos.

Segundo assevera a culta magistrada prolatora da decisão questionada, "o quadro trazido pelo autor e corroborado pelo Ministério Público é estarrecedor, não restam dúvidas que a igualdade e a justiça não podem ser afastadas, nem podem ser suprimidas daqueles que estão no sistema penitenciário, mercê de uma sociedade que os segrega para recuperá-los.

Igualdade e justiça, como os demais valores elencados no preâmbulo da CRFB, não podem ser negados a detento algum, sob pena de se estar criando uma categoria de pena, que embora não prevista no estatuto penal, é imposta pela negligência e descaso do Estado em uma de suas principais missões, que é impedir o tratamento cruel no cumprimento das penas, notadamente as privativas de liberdade. O óbice constitucional previsto no artigo 5º, inciso XLVII, alínea "e", de que não haverá penas cruéis, não está observado pelo réu. Dessa forma, o detento não está amparado pelo princípio da dignidade humana, nem lhe é conferida a garantia constitucional de que, no sistema prisional, lhe seria assegurado o respeito à integridade física e moral, *ex vi*, art. 5º, XLIX. Em que pese as intercorrências que levaram a definição da competência no trâmite deste processo, a superlotação do presídio é incontroversa desde o início da ação, e, com o decorrer do tempo, o réu não procurou solucionar ou minorar a situação constrangedora e desumana; ao contrário, a população carcerária no aludido estabelecido cresceu vertiginosamente. Independentemente de qual seja o desfecho do presente processo, deveria o réu, responsável pela ´recuperação e ressocialização´ dos detentos, ter se imbuído dos princípios que informam o Estado brasileiro e com base na moralidade e eficiência revertido o quadro caótico que se apresenta. Não basta estar escrito, não bastar constar nos discursos, imprescindível que se exercitem os valores constantes do preâmbulo constitucional, respeitando as garantias constitucionais que diferenciam a nossa sociedade das que não são civilizadas. "

Pelos elementos coligidos aos autos da suspensão de segurança, constata-se a necessidade urgente de implementação de políticas públicas que garantam o mínimo necessário à dignidade dos presos. É inadmissível a omissão governamental na efetivação de direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição da República e disciplinados pela Lei de Execuções Penais. As medidas essenciais não podem ficar subordinadas, em seu processo de concretização, à avaliação meramente discricionária da Administração Pública, afastando-se do dever constitucional que lhe foi imposto. O juízo de conveniência e oportunidade não pode comprometer direitos básicos e de índole social.

(...)

Ademais, não basta a mera asserção de potencialidade lesiva à ordem e à segurança públicas, sendo indispensável sua comprovação. A Lei nº 8.437/1992 estabelece que compete ao Presidente do eg. Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em decisão fundamentada , a execução de liminar – ou de qualquer outra decisão – em caso de manifesto interesse público e para evitar grave lesão à ordem, saúde, segurança e economia públicas. Contudo, mais que a mera alegação da ocorrência de cada uma dessas situações, é necessária a efetiva comprovação do dano apontado (*v.g.* AgRg na SLS 1.100/PR, Corte Especial, Rel. Min. CÉSAR ASFOR ROCHA, DJe de 04/03/2010).

(...)

Portanto, não está esta Presidência emitindo qualquer juízo de valor a respeito da solução do litígio. Pretende-se nesta via tão somente, evitar riscos de lesão à ordem, economia, segurança e saúde públicas, os quais, na

espécie, não foram comprovados.

Ante o exposto, indefiro o pedido de suspensão".

Destarte, estão presentes os requisitos do art. 300 do CPC, portanto, além da probabilidade do direito invocado é patente o risco de dano ao direito invocado, não merecendo qualquer reforma a decisão agravada.

Ademais, a decisão não determina a transferência dos presos excedentes atuais, mas apenas que não ingressem novos detentos até que, pela liberação do juízo da execução penal, se chegue ao nível de lotação adequado conforme atestado pela SEAP.

Nesse sentido já se pronunciou esse e. Tribunal de Justiça, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESTABELECIMENTO PRISIONAL. SUPERLOTAÇÃO. PLEITO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DEFERIDO PARA DETERMINAR A TRANSFERÊNCIA DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA DA CADEIA PÚBLICA ROMEIRO NETO, LOCALIZADA NO MUNICÍPIO DE MAGÉ, COM COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA NO VALOR DE R$ 2.000,00 (DOIS MIL REAIS), ALÉM DE OUTRAS MEDIDAS. GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL. TUTELA DE URGÊNCIA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Ausência de nulidade do procedimento por inobservância do comando insculpido no artigo 2º da Lei nº 8.437/92. Norma cuja aplicação não tem caráter absoluto. Mitigação em casos de evidente urgência no comando perseguido. Prova pré-constituída da alegada superlotação carcerária e da falta de condições mínimas de habitabilidade com salubridade e segurança. Alegação de ocorrência de *error in judicando* face a antecipação dos efeitos da tutela, sem que houvesse pedido do agravado nesse sentido. O disposto no artigo 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92 c/c o artigo 1º da Lei nº 9.494 /97, no sentido da proibição do deferimento de medida liminar que seja satisfativa ou esgote o objeto do processo, no todo ou em parte, não importa na proibição do deferimento de antecipação da tutela em demandas onde postulado o fornecimento de prestações de saúde e é defendida a dignidade da pessoa humana. Referida proibição deve ser interpretada conforme a Constituição, admitindo-se seja deferida liminar satisfativa, ou antecipação de tutela parcialmente irreversível, nos termos do artigo 273, § 2º, do CPC, quando tal providência seja imprescindível para evitar perecimento de direito, como ocorre no caso em tela. Precedentes desta egrégia Corte de Justiça. Aplicação do Verbete nº 59 da Súmula do TJRJ. Recurso ao qual se nega provimento. 0025892-18.2014.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO Des. AUGUSTO ALVES MOREIRA JUNIOR - Julgamento: 26/01/2016 – Oitava Câmara Cível.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS PRESENÇA. DECISÃO NÃO TERATOLÓGICA. MANUTENÇÃO. 1. Não prospera a alegação de nulidade da decisão por ausência de prévia oitiva da Fazenda Pública à concessão da antecipação dos efeitos da tutela pretendida. 2. Embora o artigo 2º da Lei nº 8.437/92 exija a audiência do representante da pessoa jurídica de direito público, antes que concedida medida liminar ou antecipação dos efeitos da tutela, 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. 3. Trata-se da segurança de menores internados no CENSE-Volta Redonda que, em razão da superlotação da instituição, encontram-se em permanente exposição a risco de morte, questão apartada do interesse patrimonial fazendário, pois presente o perigo

de dano irreparável na demora da resolução do impasse decorrente da superlotação da entidade, sobretudo por conta da iminência de rebeliões. 4. Também não merece guarida a alegação de nulidade do *decisum* por ausência de fundamentação, uma vez que o magistrado de piso fundamentou a antecipação dos efeitos da tutela na premência de uma atitude do Estado, ora agravante, em face da situação perigosa em que se encontram os menores internos, apontando a superlotação da unidade, que deu causa à amplamente divulgada rebelião ali ocorrida, além da necessidade de adequação das instalações do local à demanda social naquela localidade. 5. Quanto à alegação de ausência de interesse processual, por força da execução de Termo de Ajustamento de Conduta firmado pelas partes para a construção de unidade de ressocialização no município de Volta Redonda, melhor sorte não socorre o agravante. 6. O que se perquiria era a construção de unidade de ressocialização, ao passo que na presente ação o que pretende o *parquet* é a adequação da unidade construída à legislação vigente e à demanda social de Volta Redonda. 7. No tocante à suposta violação da separação dos poderes, também sem razão o agravante. 8. A destinação de recursos públicos é matéria de competência do Poder Executivo, não cabendo, em regra, ao Poder Judiciário se imiscuir em tais pontos, sob pena de afronta à separação dos poderes. Entretanto, considerando-se princípios de envergadura constitucional, fato é que, ponderando-se os valores envolvidos nesta demanda, deve prevalecer a proteção à integridade física e psíquica dos internos, projeções da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República, nos termos do artigo 1º, III, da CRFB/88, a ser resguardado, *in casu*, através da disponibilização de condições adequadas à reinserção do menor apreendido em sociedade. 9. O artigo 273 do Código de Processo Civil elenca os requisitos que autorizam a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pela autor: prova inequívoca da verossimilhança das alegações autorais, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, além da reversibilidade da medida pretendida. 10. A verossimilhança dos fatos narrados pelo *parquet*, sobretudo quanto à superlotação da unidade, restou evidenciada pela documentação acostada aos autos. 11. Presença do perigo de dano irreparável, ou de difícil reparação, consistente no risco constante a que os internos encontram-se expostos, sobretudo no que se refere ao perigo de rebeliões, haja vista a recentemente ocorrida na unidade no último mês de setembro. 12. A decisão atacada encontra-se de acordo com a prova dos autos, não se mostrando teratológica e nem contrária à lei, motivo pelo qual será mantida. Verbete nº 59 da súmula de jurisprudência do TJRJ. 13. Agravo que não segue. 0056800- 58.2014.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO Des. JOSÉ CARLOS PAES - Julgamento: 26/11/2014 - Décima Quarta Câmara Cível.

Por fim, segundo o verbete nº 59 da súmula deste Tribunal, a concessão ou o indeferimento de tutela antecipada se insere no poder discricionário que a lei confere ao julgador, de modo que a sua reforma só se justifica se teratológica a decisão ou manifestamente contrária à prova dos autos ou à lei, o que não restou comprovado.

Com base em todo o exposto, voto pelo desprovimento ao recurso, para manter a decisão agravada.

Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 2016.

Des. Inês da Trindade Chaves de Melo
Relatora

AÇÃO DE REGRESSO. ACIDENTE EM MALHA RODOVIÁRIA. ANIMAIS NA PISTA. CONTRATO DE SEGURO. SEGURADORA QUE PRETENDE REAVER INDENIZAÇÃO PAGA PELOS DANOS EM AUTOMÓVEL. NEGLIGÊNCIA DA CONCESSIONÁRIA. DEVER DE ZELAR

PELO EFICIENTE SERVIÇO PÚBLICO. PROVIMENTO DO RECURSO.

Apelação Cível. Ação de regresso ajuizada por seguradora em face de concessionária exploradora de malha rodoviária. Pedido de reembolso de quantia despendida com a finalidade de reparação de dano em veículo automotor de segurado. Acidente ocasionado por animais na pista. Alegação de negligência da parte ré. Processo extinto em razão da aplicação do prazo prescricional trienal. Sentença que se anula para prosseguimento da instrução. Tratando-se de responsabilização de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, incide à hipótese a regra insculpida no art. 1º-c da Lei nº 9.494/97 em detrimento das regras gerais contidas no Código Civil, devendo ser observado o lapso quinquenal. Princípio da especialidade. Prazo não consumado. Prescrição afastada. Precedentes jurisprudenciais. Sentença que se anula para prosseguimento do feito. Provimento ao recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0075185-25.2013.8.19.0021, no qual é Apelante Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais e Apelado, CONCER Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora-Rio.

Acordam os Desembargadores da Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em votação unânime, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de ação regressiva proposta por Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais em face de CONCER- Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora - Rio.

Alegou o autor que, em razão de contrato de seguro, teve que arcar com indenização decorrente de danos em automóvel, ocasionados por acidente ocorrido em trecho da Rodovia BR-40, sob a concessão da ré.

Declarou ter o infortúnio ocorrido em razão da presença de animais no interior da pista, fato que caracterizou negligência por parte da concessionária, que deve zelar pela eficiente prestação do serviço público para a qual foi contratada.

Assim, requereu o reembolso dos valores pagos ao segurado.

Contestação apresentada a f. 88/109 (índice 90).

Sentença prolatada a f. 110/111 (índice 116) em que decretou o douto magistrado a extinção da pretensão com base no transcurso do lapso prescricional trienal previsto no art 206, § 3º, V, do Código Civil.

Recorreu a seguradora a f. 112/135 (índice 119). Requereu a anulação da decisão. Defendeu ser aplicável à espécie o prazo prescricional quinquenal, com base na lei nº 9494/97, uma vez que se trata de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. Subsidiariamente, sustentou a incidência do lapso previsto no Código de Defesa do Consumidor, que também é de cinco anos. Afirmou dever predominar a lei especial sobre o Código Civil, que ostenta natureza de lei geral.

Contrarrazões apresentadas a f. 143/149 (índice 150) em prestígio à sentença prolatada.

VOTO

O recurso interposto é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade de forma a trazer o seu conhecimento.

Assiste razão ao apelante.

Trata-se de ação de regresso em que pretende a seguradora reaver valores despendidos com a indenização paga por danos em veículo,

ocasionados por acidente de trânsito provocado pela presença de animais em rodovia explorada pela concessionária ré.

Pontua-se ter sido o feito extinto, entendendo o magistrado de primeiro grau pelo advento do lapso prescricional trienal contido no art 206, § 3º, V, do Código Civil, que assim dispõe: Art 206 – Prescreve ; § 3º - em três anos; V- a pretensão de reparação civil.

Entretanto, impende ser anulado o *decisum*.

Ressalta-se que, em casos como o presente, a seguradora, ao indenizar o dano, sub-roga-se nos direitos do segurado, podendo cobrar do verdadeiro responsável a quantia despendida, nos limites contratados.

Assim reza o artigo 786 do Código Civil/2002: Paga a indenização, o segurado sub -roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano.

Confira-se a jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE AÉREO DE MERCADORIA. EXTRAVIO. LEGITIMIDADE ATIVA DA SEGURADORA. SUB -ROGAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. INDENIZAÇÃO AMPLA. 1. A SEGURADORA, AO RESSARCIR A SUA SEGURADA PELOS PREJUÍZOS DECORRENTES DE EXTRAVIO DE MERCADORIA, SUBROGA-SE NOS DIREITOS DESSA, PODENDO AJUIZAR AÇÃO CONTRA A EMPRESA RESPONSÁVEL PELO TRANSPORTE AÉREO. PRECEDENTES. 2. A SUBROGAÇÃO NÃO RESTRINGE OS DIREITOS SUB -ROGADOS (ART. 988 DO CC/1916), DE MODO QUE O PRAZO PRESCRICIONAL A SER APLICADO DEVE SER O MESMO PREVISTO PARA A SEGURADA. 3. INCABÍVEL A LIMITAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PREVISTA NA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (AGRG NO RESP 773250/RJ, REL. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, JULGADO EM 19/08/2010, DJE 28/09/2010).

No caso sob exame, verifica-se lançar a seguradora sua pretensão em face de "CONCER – Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora – Rio", Pessoa Jurídica de direito privado prestadora de serviço público que atua na qualidade de exploradora da malha rodoviária na qual ocorreu o acidente.

Em razão de sua peculiar atuação, utiliza-se, quanto ao prazo prescricional, a norma especial insculpida na Lei nº 9.494/97, art 1º, C, em detrimento das regras gerais do Código Civil, que seriam adequadas aos casos em que a cobrança fosse dirigida a meros particulares.

Confira-se o referido preceito legal:

Art. 1º- C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

.

No mesmo sentido foi editado o Enunciado nº 101 do Aviso 100/2011 desta Corte de Justiça: Prescreve em cinco anos a pretensão de reparação civil aquiliana deduzida contra a Fazenda Pública e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

No mesmo sentido se posiciona o STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE

SERVIÇO PÚBLICO PRAZO PRESCRICIONAL. PRECEDENTES. ART. 1º-C DA LEI Nº 9.494/97. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SÚMULA VINCULANTE Nº 10/STF. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. 1. O PRAZO DE PRESCRIÇÃO DAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS MOVIDAS EM DESFAVOR DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE É QUINQUENAL, CONSOANTE O DISPOSTO NO ART. 1º-C DA LEI N. 9.494/97. APLICAÇÃO DA REGRA DA ESPECIALIDADE DECORRENTE DA INTERPRETAÇÃO DO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 DO STF, QUE VEDAM AO JULGADOR NEGAR A APLICAÇÃO DE NORMA QUE NÃO FOI DECLARADA INCONSTITUCIONAL. 2. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO (AGRG NO ARESP 724.448/SP, RELATOR MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira Turma, DATA DO JULGAMENTO: 01/12/2015, DJE 11/12/2015)

O entendimento é acompanhado por esta Corte Estadual de Justiça:

0024533-67.2013.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. DES. FERDINALDO DO NASCIMENTO - JULGAMENTO: 14/05/2013 - Décima Nona Câmara Cível. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DO JUÍZO *A QUO* QUE REJEITOU A PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO. MANUTENÇÃO. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL MOVIDA EM RAZÃO DO ATROPELAMENTO DO FILHO DA AUTORA EM VIA FÉRREA POR TREM DE PROPRIEDADE DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO RÉ, ORA RECORRENTE. REGRAMENTO PRÓPRIO APLICÁVEL AO CASO. ART. 1º-C DA LEI Nº 9.494/97 QUE É EXPLÍCITO AO ESTABELECER QUE O PRAZO PRESCRICIONAL PARA OBTENÇÃO INDENIZAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS POR PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS É DE 5 ANOS. ENUNCIADO DESTA CORTE DE JUSTIÇA, Nº 101 DO AVISO 100/2011 NO MESMO SENTIDO. CONSIDERANDO QUE O ACIDENTE OCORREU EM 25/09/2009 E A DEMANDA FOI AJUIZADA EM 07/01/2013, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM PRESCRIÇÃO NA HIPÓTESE. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

0106860-37.2011.8.19.0001 – APELAÇÃO - DES. MARILIA DE CASTRO NEVES - JULGAMENTO: 11/12/2013 - Vigésima Câmara Cível. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COLISÃO ENTRE AUTOMÓVEL E ÔNIBUS QUE RESULTOU EM MORTE. SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO RECONHECENDO A PRESCRIÇÃO TRIENAL. COLETIVO DE PROPRIEDADE DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 1º-C DA LEI Nº 9494/07. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NO ENUNCIADO 101 DO AVISO TJRJ Nº 100/2011. *ERROR IN JUDICANDO*. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. PROVIMENTO DO RECURSO. ART. 557-A, §1º-A, do CPC.

0242221-60.2010.8.19.0001 – APELAÇÃO - DES. ALEXANDRE CÂMARA - JULGAMENTO: 31/03/2011 – Segunda Câmara Cível. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO PRESTADOR DE SERVIÇOS PÚBLICOS. TRANSPORTE COLETIVO. AUTOR QUE PLEITEIA COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS EM RAZÃO DO FALECIMENTO DE SEU IRMÃO EM ACIDENTE SUPOSTAMENTE PROVOCADO POR MOTO-

RISTA DE VEÍCULO DE PROPRIEDADE DA CONCESSIONÁRIA RÉ. AUTOR E SEU IRMÃO QUE OCUPAVAM VEÍCULO ABALROADO PELO ÔNIBUS. SENTENÇA QUE RECONHECEU A CONSUMAÇÃO DE PRESCRIÇÃO TRIENAL, TOMANDO A DATA DO ACIDENTE COMO TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. CAUSA DE PEDIR CONSISTENTE NO FALECIMENTO DO IRMÃO DO AUTOR, FATO GERADOR DA PRETENSÃO AUTORAL E QUE SERVE COMO TERMO *A QUO* DO PRAZO PRESCRICIONAL. RECENTE APROVAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 11 DO AVISO N° 27/2011, EM QUE SE CONSOLIDOU O ENTENDIMENTO DE QUE PRESCREVE EM CINCO ANOS A PRETENSÃO DE REPARAÇÃO CIVIL AQUILIANA DEDUZIDA CONTRA AS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.494/97. NÃO CONSUMAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL, AINDA QUE APLICÁVEL O PRAZO TRIENAL. *ERROR IN IUDICANDO*. REFORMA DA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DA CAUSA NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. PROVIMENTO DO RECURSO.

Assim, tendo o pagamento ao segurado se dado em 13/12/2008 (índice 75), data em que nasceu o direito à perseguição do regresso, caracterizando, portanto, o dies a quo para a contagem do prazo, e tendo a ação recebido distribuição em 05/11/2013, afasta-se a caracterização da prescrição.

Pelo exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso para fins de anular a sentença, determinando-se o prosseguimento da instrução processual.

Rio de Janeiro, 26 de outubro de 2016.

DES. EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA
Relator

CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. INADIMPLÊNCIA DAS PRESTAÇÕES. LEILÃO EXTRAJUDICIAL. TUTELA ANTECIPADA PARA IMPEDIR REALIZAÇÃO DO LEILÃO. DEFERIMENTO.

Agravo de Instrumento. Leilão. Atraso na entrega do imóvel. Inadimplência. Tutela antecipada. Decisão agravada que indeferiu a antecipação de tutela pleiteada. Irresignação que se sustenta. O exame sobre a possibilidade de concessão da tutela antecipada não exige análise sobre a existência ou inexistência do direito posto em causa, mas, tão somente, que a prova deva ser suficiente para o surgimento do verossímil. Presentes nos autos a verossimilhança do direito invocado (*fumus boni iuris*) e o receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*). Defiro efeito suspensivo.

DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de Agravo de Instrumento n° 0043271-98.2016.8.19.0000 em que são Agravantes: Marcos Kac e Gisella Ramos Kac e Agravada: SPE Grand Midas Empreendimento Imobiliário Ltda.

Os Agravantes em suas razões, e-f. 002 (f. 2/10), pleiteiam a reforma da decisão que indeferiu a tutela antecipada, e-f. 018/020 (f. 19/20) do anexo 1, e, por conseguinte, não suspendeu o leilão extrajudicial promovido pela Agravada:

Defiro a alteração do polo passivo. Anote-se. Pretende a parte autora a antecipação dos efeitos da tutela que na verdade está descrita no artigo 300 do CPC/2015 que assim dispõe: Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou

o risco ao resultado útil do processo. § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. A concessão de tutela provisória é fundada em juízo de probabilidade, ou seja, há a aparência de que o direito exista. Tal aparência é apurada através da existência de elementos que evidenciem a veracidade das alegações de fato. No caso dos autos, não há elementos capazes de demonstrar o aparente direito do autor. Por outro lado, não se verifica que a espera pela tutela definitiva resulte em grave prejuízo ao direito a ser tutelado ou ao resultado útil do processo em razão do decurso do tempo. Assim, ausentes os requisitos do artigo 300 do CPC/2015 indefiro a tutela provisória de urgência pretendida. Designo para o dia 17 de novembro de 2016, às 14:20 horas audiência de conciliação na forma do artigo 334 do CPC/2015. Cite-se o réu, com urgência e antecedência mínima de vinte dias, determinando o comparecimento das partes sob a advertência prevista no artigo art. 334, § 8º, do CPC/2015. Não obtida a conciliação, fica ciente a parte ré de que, deverá oferecer contestação, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contados da data da audiência de conciliação (artigo 335, I, do Novo Código de Processo Civil). Publique-se e intimem-se.

A agravada não apresentou contrarrazões.

É o relatório. Decido.

O exame sobre a possibilidade de concessão da tutela antecipada não exige análise sobre a existência ou inexistência do Direito posto em causa, mas, tão somente, que a prova deva ser suficiente para o surgimento do verossímil.

Sobre o tema, LUIZ GUILHERME MARINONI menciona na obra **Antecipação da Tutela**. 10ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 171/172, o seguinte:

"Quando o art. 273 do Código de Processo Civil faz referência à convicção de verossimilhança obviamente não pretende indicar a verossimilhança própria à filosofia ou a convicção de verossimilhança suficiente para o julgamento de procedência quando presentes determinadas situações de direito material – como acima explicado, lesões pré-natais; relações de consumo etc. –, mas sim a convicção de verossimilhança característica às decisões que antecipam a participação em contraditório ou são fundadas em cognição sumária. Trata-se, desse modo, de uma expressa autorização para o juiz decidir com base em convicção de verossimilhança, que evidentemente não se confunde com a convicção excepcionalmente aceita ao final do procedimento em determinadas situações de direito material. Nesse caso, a convicção de verossimilhança não decorre das necessidades do direito material e do caso concreto, mas sim de uma regra processual que parte da premissa de que ao juiz basta, para conceder a tutela antecipatória, a convicção de verossimilhança. Diante do art. 273, portanto, o juiz está autorizado a decidir com base na convicção de verossimilhança preponderante. Decidir com base na verossimilhança preponderante, quando da tutela antecipatória, significa sacrificar o improvável em benefício do provável. E nem poderia ser diferente, mesmo que não houvesse tal expressa autorização, pois não há racionalidade em negar tutela a um direito que corre o risco de ser lesado sob o argumento de que não há convicção de verdade."

Portanto, para fins de exame da verossimilhança, os documentos juntados ao processo

devem ser de tal ordem, que sejam capazes de permitir a configuração de um elevado grau de probabilidade de acolhimento da pretensão posta em Juízo.

Saliente-se, ainda, que a apreciação, em sede de Agravo de Instrumento, se dá em cognição sumária, fundada em juízo de verossimilhança, e não de certeza, pelo que não há que se falar em valoração definitiva do conteúdo probatório.

Assim, o direito à prova é um conjunto de oportunidades oferecidas à parte para demonstrar a veracidade do que alega no processo, trazendo, dessa forma, a representação da realidade para os autos.

No caso dos autos ficou demonstrado que o indeferimento da antecipação de tutela pode ocasionar lesão grave a direito dos agravantes, no período em que mediar o julgamento, implicando em prejuízo de tal ordem que o eventual resultado favorável do processo, quando da decisão de mérito, tenha pouca ou nenhuma relevância.

Dessa forma, estão presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, devendo ser reformada a decisão que indeferiu a antecipação de tutela, *in verbis*:

ACÓRDÃO – 0023507-83.2003.8.19.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO – Des. CÁSSIA MEDEIROS – Décima Oitava Câmara Cível – Oitava Câmara Cível – AGRAVO DE INSTRUMENTO ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Decisão que, em Ação Revisional de Relação Contratual Creditícia, indeferiu o pedido de antecipação parcial dos efeitos da tutela, no sentido, de ser determinada a exclusão do lançamento do nome do autor nos cadastros de devedores (SPC e SERASA). De acordo com o entendimento jurisprudencial dominante, inclusive no Egrégio Superior Tribunal de justiça, enquanto discutida a dívida em Juízo não se justifica a manutenção do nome do devedor em cadastros de restrição ao crédito. Ante a verossimilhança das alegações do autor e sendo evidente o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, justifica-se o deferimento da antecipação parcial da tutela de mérito requerida. Provimento parcial do recurso para, reformando a decisão agravada, deferir a antecipação parcial da tutela de mérito, no sentido de ser determinado à agravada que se abstenha de lançar ou suspenda o lançamento do nome do agravante nos cadastros do SPC e do SERASA, relativamente ao débito objeto da lide, até o julgamento final da mesma.

ACÓRDÃO – 0027081-17.2003.8.19.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO – JOSÉ PIMENTEL MARQUES – Décima Quinta Câmara Cível – Agravo de Instrumento. Processual Civil. Antecipação de tutela. Decisão que, em Ação Revisional de Relação Contratual Creditícia, indeferiu o pedido de antecipação parcial dos efeitos da tutela, no sentido de ser determinada a exclusão do lançamento do nome do autor nos cadastros de devedores (SPC e SERASA.) De acordo com o entendimento jurisprudências dominante, inclusive no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, enquanto discutida a divida em Juízo, não se justifica a manutenção do nome do devedor em cadastros de restrição ao crédito. Ante a verossimilhança das alegações do autor e sendo evidente o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, justifica-se o deferimento da antecipação parcial da tutela requerida. Provimento do recurso para, reformando a decisão agravada, deferir a antecipação parcial da tutela, no sentido de ser determinado ao agravado que se abstenha de lançar ou retire o lançamento do nome do agravante nos cadastros do SPC e do SERASA, relativamente ao débito objeto da lide, até o julgamento final da mesma. Recurso provido.

Quanto ao leilão extrajudicial, verifica-se que as partes firmaram contrato de promessa de compra e venda para aquisição de um imóvel, que não foi entregue no prazo contratual.

E devido ao atraso na entrega do imóvel os agravantes inadimpliram as prestações, tendo em vista que tinha uma programação financeira que foi modificada em função da dissidia da agravada, conforme e-f. 022 (f. 22/36) do Anexo 1.

Portanto, considerando que o prazo de entrega do imóvel não foi obedecido pela agravada, não é crível que os agravantes, que paralisaram o pagamento forçados pela inadimplência contratual da agravada, sejam penalizados com o leilão extrajudicial do imóvel, com fulcro no artigo 39, V, 47, 51, IV, do CDC, 422, 476 e 477, do CC.

Ante o exposto, decido em deferir o efeito suspensivo, concedendo o pleito de tutela antecipada para determinar que a agravada se abstenha de efetuar o leilão extrajudicial da unidade 1.107 do imóvel sito na Estrada dos Bandeirantes n° 6.265, do empreendimento denominado "*Grand Midas Convention Suites*" até o trânsito em julgado da demanda judicial, processo nº 0015457-03.2015.8.19.0209, em trâmite na 3ª vara Cível do Fórum Regional da Barra da Tijuca da Comarca da Capital.

Outrossim, determino que seja expedido imediatamente mandado de intimação para que a agravada tenha ciência da presente decisão, para, querendo, apresentar contrarrazões no prazo de 15 dias, assim como que seja oficiado o juízo monocrático comunicando tal decisão.

Rio de Janeiro, 30 de agosto de 2016.

Des. Andréa Fortuna
Relatora

DIREITO DE RESPOSTA. POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. LIVRO PUBLICADO RESULTANTE DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO. CITAÇÃO DE METÁFORA. MATÉRIA PUBLICADA EM BOLETIM INFORMATIVO DA ASSOCIAÇÃO DE OFICIAIS MILITARES SOBRE O LIVRO. CRÍTICAS CONSIDERADAS OFENSI-VAS. PERIÓDICO DE PEQUENA CIRCULAÇÃO. CARÁTER INFORMATIVO. SENTENÇA MANTIDA. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS.

Apelação Cível. Ação de direito de resposta cumulada com indenizatória. Chefe do Estado-Maior Geral da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. Publicação de artigo em boletim informativo da AME/RJ - Associação de Oficiais Militares Estaduais do RJ pelos réus, o qual teve como título "a AMER/RJ e a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro". Alegação do autor de que, na publicação, teriam os réus distorcido seus argumentos e pesquisas feitas em seu livro "entre a caserna e a rua: o dilema do 'pato'. Uma análise antropológica da instituição policial militar a partir da Academia de Polícia Militar D. João VI", com atribuição de adjetivos pejorativos em ofensa à sua imagem e imputação de atividade de má fé e militância contra a corporação. sentença de improcedência. Manutenção. Regular exercício do direito de crítica, corolário da liberdade de imprensa. Precedentes do STF. Desprovimento do recurso. 1. Se por um lado o texto publicado pelos réus tece severa crítica ao livro do ora apelante, com frontal discordância à comparação da Polícia Militar com o pato, por outro, é preciso considerar que a comparação do policial militar com a imagem do pato, pelo sentido pejorativo atribuído ao animal, ainda que não tenha partido do autor, como ele afirma, tomou muito maiores proporções em razão de

sua divulgação no livro por ele publicado. 2. Não poderia o apelante, autor de obra literária publicada e posta ao público em geral, esperar e tolerar o recebimento tão somente de elogios, eis que a crítica é esperável de todo aquele que publica obra escrita ou assemelhada. 3. No cotejo entre o direito constitucional à proteção à honra e à imagem individual e o princípio constitucional da liberdade de expressão, do pensamento e da informação jornalística, no qual se inclui o direito de crítica, há que se buscar um ponto de equilíbrio, uma vez que há um interesse social que move a liberdade de imprensa e que também merece agasalho constitucional. 4. Acerto da sentença de improcedência. 5. Desprovimento do recurso , com majoração da verba honorária para 12% sobre o valor da causa, em cumprimento a art. 85, §11, do NCPC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0374757- 59.2015.8.19.0001, em que figura como Apelante Robson Rodrigues da Silva e Apelados Dilson Ferreira de Anaide e Carlos Fernando Ferreira Belo.

Acordam os Desembargadores da Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso e majorar a verba honorária para 12% (doze por cento) sobre o valor da causa, em cumprimento ao art. 85, §11, do NCPC.

Cuida-se de ação de conhecimento ajuizada por Robson Rodrigues da Silva em face de Carlos Fernando Ferreira Belo e Dilson Ferreira de Anaide, em que alega, em suma, que: a) é chefe do Estado-Maior Geral da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro e possui vasta vida acadêmica; b) com base em sua dissertação de mestrado em Antropologia, foi publicado o livro "Entre a caserna e a rua: o dilema do 'pato'. Uma análise antropológica da instituição policial militar a partir da Academia de Polícia Militar D. João VI", em que constam diversos relatos de policiais militares, dentre os quais um, sobre um professor do curso de formação, que teria dito que "A PM é um pato" no contexto descrito na inicial; c) propôs-se a buscar elementos dentro da PMERJ que tenham sido responsáveis pelo surgimento de tal metáfora do pato; d) apesar do caráter puramente acadêmico de sua dissertação de mestrado, foi alvo de publicação em boletim informativo da AME/RJ - Associação de Oficiais Militares Estaduais do RJ, de artigo da autoria do primeiro réu em sua coluna denominada "Reflexão", o qual teve como título "A AME/RJ e a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro", em que o primeiro réu fez análise da citação da metáfora do pato, e classificou o trabalho do autor como "sandice" e "desiderato", além de reputar ao demandante a autoria da metáfora; e) na publicação, os réus buscaram a todo momento distorcer os argumentos e pesquisas feitas pelo demandante em seu trabalho, a ele atribuindo adjetivos pejorativos em tentativa de ferir sua imagem, além de tentarem atribuir ao autor atividade de má fé e militância contra a corporação; f) sob pretexto de exercício de suposto direito fundamental da liberdade de expressão, os réus ofenderam direitos de sua personalidade, atacaram sua imagem, toda a corporação e seus superiores hierárquicos, o que comprometeu sua reputação pessoal perante a sociedade e lhe acarretou dano de ordem moral.

Pretende, assim, a concessão de direito de resposta à matéria publicada pelos réus, com destaque e tamanho equivalentes aos constantes da matéria dita ofensiva, bem como sua condenação ao pagamento de compensação pelo dano moral sofrido.

Foi proferida sentença, a f. 171/177, nos seguintes termos: "Pelo exposto, julgo improcedente a pretensão autoral e, em consequência, condeno o autor ao pagamento das despesas processuais e honorários de advogado da parte adversa, fixados em 10% sobre o valor da causa".

Inconformado, apela o autor, a f. 207/232, em renovação aos argumentos expendidos na inicial, e aduz, ainda, que: a) as críticas dos apelados ultrapassaram o âmbito profissional e não atingiram apenas a obra do apelante, mas também sua pessoa, em sua honra e integridade; b) a obra se baseou em pesquisa realizada com grupo social específico, pelo que não se justificam as ofensas pessoais que sofreu; c) é dispensável a comprovação do dolo para fins de responsabilização civil, sendo suficiente a verificação de que o material veiculado extrapola o exercício regular do direito de informar, como ocorreu *in casu*, do que resultou a difamação do apelante pela veiculação de fatos inverídicos; d) o direito de resposta é garantido pelo artigo 5º, V, da CR; e) aplica-se na hipótese o Código do Consumidor, com a inversão do ônus da prova nele prevista, pelo que caberia aos réus comprovarem de forma inequívoca que a publicação objeto destes autos se limitou ao direito à informação, o que não ocorreu; f) o dano moral sofrido pelo apelante é evidente.

Pede, assim, seja provido o recurso para deferir ao apelante o direito de resposta, como requerido na inicial, bem como condenar os apelados ao pagamento de indenização por dano moral.

Certidão de tempestividade, a f. 236.

Contrarrazões do réu Dilson, a f. 245/247, e de Carlos Fernando, a f. 249/258, em prestígio à r. Sentença.

VOTO

O recurso merece ser conhecido, eis que presentes seus requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Esclarece-se, inicialmente, que é de ser afastada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à hipótese, como pretendido pelo apelante, eis que o periódico em que publicado o texto mencionado na inicial, ao que tudo indica, é de distribuição gratuita, pelo que não há que se falar em prestação de serviço, nos termos do art. 3º, § 2º, do CDC.[3]

No mais, entende-se não assistir razão ao apelante.

Destacam-se os trechos da publicação objeto da presente ação, reputados ofensivos pelo autor:

"(...) Mas não posso concordar, com relação a minha Corporação, Polícia Militar, quando nós, policiais militares, somos comparados ao pato, no sentido de que fazemos tudo, mas tudo mal feito, como verbaliza o autor desse desiderato, o Coronel PMERJ Robson Rodrigues da Silva, hoje na função de Chefe do Estado Maior Geral da Instituição, portanto a segunda maior autoridade da Corporação, o que avalio como sandice. Sua afirmação encontra-se no livro de sua autoria, 'Entre a caserna e a rua: o dilema do 'pato' – uma análise antropológica da instituição policial militar a partir da Academia de Polícia Militar Dom João VI'.

Não sabe o autor, pelo que li, que o pato é um animal completo e faz muito bem aquilo a que se propõe: nadar, caminhar, voar. Não sabe que o pato, com seu exemplo de trabalho em

3 Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
(...)
§ 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária,
financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

equipe e de sinergia que transmite aos membros do grupo, é tão positivo que as grandes empresas divulgam a forma de trabalhar dessa espécie aos seus empregados, objetivando que todos sigam o exemplo de referido animal, no que se refere à ajuda mútua, à solidariedade sempre presente, ao incentivo para que continuem em atividade (...).

Não sabe, por exemplo, que a Esquadrilha da Fumaça segue os ensinamentos do pato quando voa em grupo, para fazer suas manobras aéreas.

Orgulha-me ser comparado ao pato por tudo o que ele representa e por tudo quanto nos ensina. Chego a pensar que, se o Coronel autor tem consciência do que diz, é porque se vê como um pato, mas um pato com as características delineadas por ele próprio: 'tudo o que faz é mal feito'.

(...)

A forma pejorativa pela qual fomos comparados ao pato está na proporção direta de quem não sabe o que diz em confronto com o que de positivo nos ensina quem nada, voa e anda: o pato.

Diante da sandice dessa visão distorcida há de se concluir que o autor do livro considera também como um pato o Tiradentes, uma vez que era Tenente PM. E, então, seus ideais de civismo e liberdade fazem parte das ações mal feitas pelo Patrono Cívico da Nação Brasileira e Patrono das Polícias Militares do Brasil.

Precisa-se de mais comentário???

Com fundamento na 'pseudo' verdade de que o pato faz tudo, porém mal feito, instaura-se o grande perigo: o desejo de querer mudar toda uma estrutura para satisfação pessoal, sem o compromisso com o futuro da Instituição, a qual, a todos nós, inclusive ao autor da dita obra, abraça como faz uma mãe e, como tal deve ser tratada.

(...)

A luta continua. Além do pato, outros animais entrarão no cenário conflitante, em busca de resultados: tigre, elefante, cascavel, onça (...).

(...)

Se ainda não comprou o livro, não compre. Não vale a pena. É perda de dinheiro, de tempo e de desgaste emocional. Cada página lida uma úlcera a mais. Dúvida? Então veja o *blog* do Coronel Wilton Soares Ribeiro, sobre o assunto do Pato. (...)".

Não há dúvida de que o texto, publicado no Informativo da Associação de Oficiais Militares Estaduais do RJ nº 82 -2015, tece severa crítica ao escrito do ora apelante, com frontal discordância à comparação da Polícia Militar com o pato.

Mas é certo, também, que se a comparação do policial militar com a imagem do pato, pelo sentido pejorativo atribuído ao animal, não partiu do autor, como ele afirma, tomou muito maiores proporções em razão de sua divulgação no livro por ele publicado, ainda que como resultado de um trabalho acadêmico.

Natural seria, assim, que o assunto virasse polêmica e não só trouxesse desagrado aos integrantes da Corporação, mas também desse ensejo a manifestações incandescentes e a suas divulgações, como ocorreu neste caso, através da publicação atribuída aos réus.

Conforme destacado na r. Sentença apelada:

"Quanto ao ponto releva salientar que não poderia o autor desta ação, autor de obra literária publicada e, desta forma, posta ao público em geral, esperar e tolerar o recebimento tão somente de elogios. A crítica é esperável de todo aquele que publica obra escrita ou assemelhada".

Resta saber se houve abuso ao direito de crítica por parte do primeiro réu ao redigir o texto, publicado no periódico que tem o segundo réu como editor jornalístico.

Entende-se que a resposta é negativa.

Veja-se que, no cotejo entre o direito

constitucional à proteção à honra e à imagem individual e o princípio constitucional da liberdade de expressão, do pensamento e da informação jornalística, no qual se inclui o direito de crítica, há que se buscar um ponto de equilíbrio, vez que há um interesse social que move a liberdade de imprensa e que também merece agasalho constitucional.

Confiram-se, a elucidar a afirmativa, os seguintes julgados do STF:

LIBERDADE DE INFORMAÇÃO - DIREITO DE CRÍTICA - PRERROGATIVA POLÍTICO-JURÍDICA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL - MATÉRIA JORNALÍSTICA QUE EXPÕE FATOS E VEICULA OPINIÃO EM TOM DE CRÍTICA - CIRCUNSTÂNCIA QUE EXCLUI O INTUITO DE OFENDER – AS EXCLUDENTES ANÍMICAS COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO DO *ANIMUS INJURIANDI VEL DIFFAMANDI* - AUSÊNCIA DE ILICITUDE NO COMPORTAMENTO DO PROFISSIONAL DE IMPRENSA - INOCORRÊNCIA DE ABUSO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO - CARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE, DO REGULAR EXERCÍCIO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO - O DIREITO DE CRÍTICA, QUANDO MOTIVADO POR RAZÕES DE INTERESSE COLETIVO, NÃO SE REDUZ, EM SUA EXPRESSÃO CONCRETA, À DIMENSÃO DO ABUSO DA LIBERDADE DE IMPRENSA - A QUESTÃO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO (E DO DIREITO DE CRÍTICA NELA FUNDADO) EM FACE DAS FIGURAS PÚBLICAS OU NOTÓRIAS - JURISPRUDÊNCIA - DOUTRINA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. - A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos oficiais. - A crítica que os meios de comunicação social dirigem a pessoas públicas (e a figuras notórias), por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. - Não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa, a quem tais observações forem dirigidas, ostentar a condição de figura notória ou pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. Jurisprudência. Doutrina. - O Supremo Tribunal Federal tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, verdadeira "garantia institucional da opinião pública" (VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR), por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material ao próprio regime democrático. - Mostra-se incompatível, com o pluralismo de ideias (que legitima a divergência de opiniões), a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as

críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado – inclusive seus Juízes e Tribunais – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa, não cabendo, ainda, ao Poder Público, estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição indevida aos *mass media*, que hão de ser permanentemente livres, em ordem a desempenhar, de modo pleno, o seu dever-poder de informar e de praticar, sem injustas limitações, a liberdade constitucional de comunicação e de manifestação do pensamento. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência comparada (Corte Europeia de Direitos Humanos e Tribunal Constitucional Espanhol) (AI 690841 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 21/06/2011, DJe-150, Divulg 04/08/2011, Public 05/08/2011, Ement vol-02560-03, PP-00295)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. REPARAÇÃO EM DANOS MORAIS. ALEGADO EXCESSO NO DIREITO DE CRÍTICA JORNALÍSTICA. NÃO OCORRÊNCIA. VERACIDADE DE INFORMAÇÕES VEICULADAS. LIBERDADE DE CRÍTICA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A crítica jornalística, ainda que elaborada em tom mordaz ou irônico, não transborda dos limites constitucionais da liberdade de imprensa. II – Agravo regimental a que se nega provimento (RE 652330 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 25/06/2014, Acórdão Eletrônico DJe-159, Divulg 18/08/2014, Public 19/08/2014)

Registre-se que o fato de o periódico em que publicada a crítica ora contestada pelo apelante não ser de grande circulação não retira de seu conteúdo o caráter jornalístico, eis que dirigido a certa coletividade e voltado à finalidade informativa, como aliás é afirmado pelo próprio apelante na inicial e neste recurso.

Correta, assim, a magistrada sentenciante, ao entender pela inexistência de qualquer ofensa à honra do autor, capaz de dar ensejo ao direito de resposta almejado ou à reparação por dano moral pretendida.

Pelo exposto, o voto é pelo desprovimento do apelo.

Em cumprimento ao que determina o art. 85, §11, do NCPC[4] , majora-se a verba honorária antes fixada para 12% (doze por cento) sobre o valor da causa, o que se afigura razoável diante do trabalho despendido pelos advogados dos apelados na fase recursal.

Rio de Janeiro, 27 de setembro de 2016.

DES. GILBERTO MATOS
Relator

EXIBIÇÃO DE DOCUMENOS. PROVEDOR. IDENTIFICAÇÃO DE USUÁRIOS (INTERNAUTAS) QUE SE PRONUNCIARAM SOBRE A REPORTAGEM. OFENSÀ A HONRA DO APELANTE. OBRIGAÇÃO CUMPRIDA PELA RÉ. RECURSO DESPROVIDO.

4 Art. 85.
(...)
§ 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.

Ação de Exibição de Documento. Extinção do processo sem resolução do mérito. "O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder". Liberdade de expressão assegurada pelo texto constitucional não é princípio absoluto, tendo a proteção referenciada no inc. IV, do art. 5º, da CR/88, vedado o anonimato. Ampla relação de usuários (internautas) que se pronunciaram sobre a reportagem, conforme f. 318 e seguintes. Tais documentos, informando dados dos usuários, são suficientes para o apelante identificá-los e, adotar as providências que entender necessárias. Obrigação da ré, no sentido de apresentar os dados que detenha, deve ater-se às informações que foram apresentadas pelos usuários para que tivessem condições de se manifestarem no referido *site*. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0213372-39.2014.8.19.0001, em que é Apelante João Batista Tancredo e Apelado Editora Abril S/A.

Acordam os Desembargadores da Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de Ação de Exibição de Documento proposta por João Batista Tancredo em face de Editora Abril S/A, objetivando a exibição de documentos e identificação dos usuários que se manifestaram com comentários na coluna escrita publicada pela ré, ofensivas a sua honra.

Devidamente citada, a ré manifestou-se a f. 215, arguindo inépcia da inicial e impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, sustentou a liberdade de expressão e manifestação do pensamento.

A sentença julgou extinto o feito sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI do CPC/73, condenando a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que foram fixadas em R$ 500,00, nos termos do artigo 20, parágrafo 4º do CPC/73.

Inconformado com o *decisum*, o autor apelou (doc. 00405), reiterando os termos da inicial.

O apelado ofertou contrarrazões (doc. 00416) prestigiando a sentença.

VOTO

Trata-se de Ação de Exibição de Documento proposta por João Batista Tancredo em face de Editora Abril S/A.

A sentença julgou extinto o processo sem resolução do mérito.

Com efeito, o objeto da demanda é a exibição de informações, que apenas o provedor da Editora Abril S/A tem acesso, no caso, os dados pessoais de seus internautas que comentaram a reportagem.

Convém ressaltar que se trata de cautelar de exibição, na hipótese em análise de documentos comuns às partes, sendo cabível como medida preparatória, com o objetivo de instruir uma ação principal de reparação de danos.

É verdade, que consoante dispõe o artigo 5º, IX, da Constituição Federal, a liberdade de expressão não pode sofrer nenhum tipo de censura de natureza política, ideológica e artística.

Nesse contexto, a imprensa se constitui em território livre, veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique amplitude de comunicação, funcio-

nando a liberdade de expressão por esta via como garantia à democracia.

Como veículos dessa liberdade de expressão, os meios de comunicação têm por objetivo informar corretamente, sem deturpações, e, sempre em prol do interesse público, não se olvidando que o exercício desse direito tem por limite o respeito à honra e à imagem das pessoas envolvidas.

Ressalte-se que Lei Maior elenca como garantias constitucionais o acesso à informação e a inviolabilidade da honra, das imagens das pessoas, constituindo-se ambas nas denominadas cláusulas pétreas, de forma a consolidar o princípio da unidade da Constituição, sendo mister a existência da ponderação de interesses com o escopo de dirimir qualquer aparente conflito de normas constitucionais.

Cumpre enfatizar que a liberdade de expressão assegurada pelo texto constitucional não é princípio absoluto, tendo a proteção referenciada no inc. IV, do art. 5º, da CR/88, vedado o anonimato, a fim de que responsabilidades pelos juízos emitidos possam ser apuradas e, se for o caso, gerar sua responsabilização civil ou penal.

Nesse passo, apelada tem o dever de identificar os usuários que fizeram os registros ora questionados, até porque, é solicitada a identificação do participante, assim como a sua concordância às regras de conduta impostas pela própria provedora de conteúdo.

Nessa linha de raciocínio, da análise dos documentos carreados aos autos, verifica-se que a apelada cumpriu com sua obrigação e carreou aos autos a relação de usuários (internautas), que se pronunciaram sobre a reportagem, conforme f. 318 e seguintes.

Tais documentos, informando os dados pessoais dos usuários, são suficientes para o apelante identificá-los e, adotar as providências que entender necessárias.

Ademais, a obrigação da ré, no sentido de apresentar os dados que detenha, deve ater-se às informações que foram apresentadas pelos usuários para que tivessem condições de se manifestarem no referido *site*, o que muitas vezes não se exige identidade, CPF, profissão ou endereço, como pretende o apelante.

Ante o exposto, voto no sentido do desprovimento do recurso.

Rio de Janeiro, 21 de junho de 2016.

DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA
Relator

INDENIZATÓRIA. COMENTÁRIOS PUBLICADOS POR INTERNAUTAS EM *BLOG*. MATÉRIAS CALUNIOSAS E DIFAMATÓRIAS. ALEGAÇÃO DE OFENSA À HONRA SUBJETIVA. NOTÍCIAS DE CUNHO INFORMATIVO E OPINATIVO SEM QUALQUER ABUSO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. RECURSO NEGADO.

Apelação Cível. Responsabilidade civil. Ação indenizatória. Dano moral. Matérias jornalísticas e comentários dos leitores. Ofensa à honra e imagem da autora. Ausência de controle prévio sobre o conteúdo dos comentários postados em *blogs* por terceiros não caracteriza falha na prestação do serviço. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Ausência de notificação para retirada dos comentários ditos ofensivos. Inexistência de lesão à imagem ou honra. Dano moral não caracterizado. Manutenção da sentença de improcedência.

1 – Publicações que, por si só, não

trazem qualquer conteúdo depreciativo à imagem da autora, resumindo-se à notícia de cunho informativo e opinativo, sem qualquer abuso à liberdade de expressão.

2 - A divulgação de atos ou decisões dos agentes públicos não pode ser considerada abuso da liberdade de imprensa, desde que não se trate de matéria reservada ou sigilosa e a crítica seja fundada no interesse público.

3 - A grande quantidade de comentários feitos nos *blogs*, por terceiros, torna inviável a realização de controle prévio sobre o conteúdo de todas as postagens, sem que haja o comprometimento do debate público, característico dessa moderna forma de comunicação.

4 - A responsabilidade sobre o teor dos comentários descritos na inicial somente passa a existir a partir do momento em que haja notificação para a retirada das postagens.

5 - Na hipótese dos autos, considerando que a parte autora manteve-se inerte, não há como ser imputada ao apelado qualquer responsabilidade sobre os comentários em questão.

6 - Ofensa à honra não configurada.

7 - Dano moral não caracterizado.

Negativa de provimento ao recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 0035937-39.2014.8.19.0014, em que é Apelante: Rosângela Rosinha Garotinho Barros Assed Matheus de Oliveira e Apelada: Plena Editora Gráfica Ltda.

Acordam os Desembargadores que integram a Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro por unanimidade de votos em negar provimento ao recurso.

Recorre tempestivamente Rosângela Rosinha Garotinho Barros Assed Matheus de Oliveira em face da sentença que, nos autos da Ação Indenizatória c/c Obrigação de Fazer ajuizada em face de Plena Editora Gráfica Ltda julgou improcedentes os pedidos sob o fundamento de inexistência de abuso de direito nas críticas e questionamentos realizados sobre a autora.

Pretende a recorrente a reforma total da sentença, sob o fundamento de que os comentários publicados por internautas nos *blogs*, sob controle da Plena Editora Gráfica Ltda, ultrapassam os limites do direito de informação e manifestação do pensamento, não se traduzindo em críticas, mas sim em agressões infundadas que ofendem sua honra subjetiva.

Sustenta que a crítica pela crítica, em tom puramente criminoso e sem base explícita, é ilícito objetivo, por abuso de direito (art. 187 do CC), revelando-se um desserviço ao direito de informar por ser impreciso e anticívico.

O recurso foi recebido nos seus regulares efeitos.

O apelado apresentou contrarrazões em prestígio à sentença recorrida.

Voto

O apelo é tempestivo e se encontra regularmente instruído. Há legitimidade e interesse recursal. Presentes os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido.

A hipótese é de Ação Indenizatória c/c Obrigação de Fazer ajuizada por Rosângela Rosinha Garotinho Barros Assed Matheus de Oliveira em face de plena Editora Gráfica Ltda, curadora e administradora do *site* do Jornal Folha da Manhã, que hospeda os blogs de Suzy Monteiro, Alexandre Bastos e Cristiano Abre Barbosa, sob a alegação de que foram publicadas matérias caluniosas e difamatórias contra a autora, notadamente com a publicação de comentários ofensivos por parte dos leitores.

Busca, assim: 1) indenização pelo danos morais sofridos em decorrência das ofensas sofridas; 2) a publicação da íntegra da sentença condenatória com o mesmo destaque dado às ofensas e acusações, que corresponde ao número de edição em que foram publicadas as matérias caluniosas, difamatórias e injuriosas citadas; 3) que seja inserido, em destaque, junto a cada comentário ofensivo à autora que conste no *site* da ré, o inteiro teor da sentença condenatória proferida na presente ação, de modo que dela tome ciência cada intemauta que acessou as notícias caluniosas, difamatórias e injuriosas.

A liberdade de expressão, como se sabe, é um dos princípios da democracia, e o direito de informar não pode sofrer restrições que não sejam razoáveis ou inevitáveis, sob pena de se caracterizar a censura indevida, inconcebível no Estado Democrático de Direito.

A limitação àqueles direitos, exercidos pela parte ré, se dá pelo respeito aos demais direitos fundamentais, que, igualmente, merecem do Estado a mesma proteção.

Em cada caso concreto, no entanto, quando em choque os princípios que informam os direitos fundamentais, outra opção não há que a de aplicar a técnica da ponderação de interesses.

Necessário, assim, analisar as publicações citadas pela autora, bem como os comentários dos leitores disponibilizados nos *blogs*, a fim de verificar a existência de abuso no direito de informação e manifestação do pensamento.

No dia 13/11/2014, foi publicado no *blog* de Suzy Monteiro (http://www.fmanha.com.br/blogs/nacurvadorio/) a seguinte notícia: "Rosinha parabeniza Pudim pela eleição".

Abaixo da notícia, o *blog* apenas reproduz publicação da autora em sua página na rede social Facebook parabenizando Geraldo Pudim pela eleição como Deputado Estadual.

Relata a autora que, nos comentários publicados pelos internautas abaixo da notícia, o leitor denominado Hugo Almeida escreveu o seguinte texto:

"Ela pode parabenizar, mas custou caro, não foi? Gastaram mais dinheiro do que o que ele vai ganhar no cargo! Vá entender esta "matemática", é por esta e outras que não há dinheiro que chegue, não é, Prefeita?"

Alega a apelante, assim, que ao permitir a manutenção do comentário na página virtual, a empresa ré calunia, injuria e difama a autora, tendo em vista que o leitor insinua que teriam sido praticados crimes contra a administração para facilitar a eleição de Geral Pudim como deputado estadual.

Já no dia 17/11/2014, no *blog* de Alexandre Bastos (http://www.blogs1.fmanhã.com.br/bastos/), foi publicada notícia nos seguintes termos: "Rosinha e Garotinho recebem Eike.

Abaixo do título, o autor do *blog* comenta a notícia da seguinte forma:

"Após diversas postagens em seu *blog* ironizando os calotes e a "quebradeira" do empresário Eike Batista, chegando a afirmar que ele está no "fundo do poço", (aqui e aqui), o deputado federal Anthony Garotinho (PR) recebeu em Campos, ao lado da prefeita Rosinha (PR), o ex-bilionário e ex-homem mais rico do Brasil. Ele esteve no gabinete da prefeita ao lado do executivo Gunnar Pimentel, da EBX, para uma reunião sobre as potencialidades de Campos no setor agrícola.

A prefeita Rosinha destaca que, no encontro, foram apresentadas as potencialidades do município, "que vive um momento de crescimento econômico sem precedentes nos últimos anos, com geração de empregos formais, atração

de novos empreendimentos. Campos cresce impulsionado pelas políticas públicas que esternos implantando, que preparam a Infraestrutura da cidade, aquecendo a economia local, e promovendo geração de renda e empregos com inclusão social'.

O empresário Eike Batista considerou o encontro positivo para a definição de caminhos 'que permitam agregar valor à economia de matriz agrícola, com aporte de novas tecnologias e insumos, tendo como base a operação dos modernos modais logísticos a partir do Porto do Açu, beneficiando o setor rural com a expansão de perspectivas".

A apelante, mais uma vez se refere aos comentários feitos pelos leitores e destaca que os internautas identificados como Almir Pinto e Fernando fazem, respectivamente, as seguintes acusações:

"Com certeza não saiu nada de bom para Campos e seus cidadãos. Eles fazem parte do mesmo tipo de gente. São farinha do mesmo saco. Todos quebrados e derrotados. Estão arrumando uma forma de roubar ainda mais do dinheiro público. São do tipo que não recusam uma 'ajuda' ".

"Os dois se notabilizaram (Ela é boneco de ventríloquo), por serem péssimos gestores. Tiveram recursos financeiros de sobra para fazerem bons projetos, mas a ganância e a incompetência, aliadas a grande necessidade de manterem seus bolsos cheios, deu no que deu e está dando. Mais um desastre anunciado(...)"

Em decorrência da disponibilização destes comentários, afirma a autora/apelante que novamente a ré extrapola os limites da informação, atribuindo à característica de ladra, representando mais uma vez crime de calúnia, injúria e difamação.

A terceira postagem ocorreu no dia 18/11/2014, no *blog* de Suzy Monteiro (http://www.fmanha.com.br/blogs/nacurvadorio/), com o título: "Marcão ´A prefeita está vendendo os *royalties* do petróleo".

Nesta reportagem, a blogueira informa sobre votação pela câmara dos vereadores de Campos do projeto 0123/2014, que autorizaria a prefeita a ceder a instituições públicas os recursos dos *royalties*, participações especiais e compensações oriundas do petróleo e gás natural até 31 e dezembro de 2016.

Suzy Monteiro, no texto, reproduz a justificativa do voto do vereador Marcão (PT) que teria afirmado que "a prefeita está 'vendendo os *royalties* do petróleo' e essa é mais uma prova de que existe rombo nas contas públicas. Nenhuma instituição financeira vai financiar a troco de nada. Rombo existe sim. A prefeita está correndo o risco de apropriação indébita"

O *blog* reproduziu também a fala do vereador Zé Carlos, nos seguintes termos: "Isso é um absurdo, um orçamento quando é feito deve ser com responsabilidade. Porque não pensou nisso antes. Por que o senhor Suledil, que manda e desmanda, que para mim é maléfico, não pensou nisso antes? A coisa que está sendo feita para tampar rombos".

Sustenta a apelante que "rombo" é desfalque, roubo, desvio de dinheiro público, de forma a parte ré, ao reproduzir as citadas falas, incorreu em conduta caluniosa, difamatória e injuriosa à honra da prefeita, já que a imunidade parlamentar dos vereadores não a alcançariam.

Em relação aos comentários dos leitores, destacou que ao exibir as opiniões dos internautas identificados como Alexsandro e Edi Cardoso, a ré novamente extrapola os limites da informação e livre manifestação, atingindo a honra da autora.

São os comentários:

"SE FOSSE NUMA EMPRESA SERIA ADIANTAMENTO DE RECEBÍVEIS(...) E AGORA TIVERAM A GRANDE IDEIA DE FAZER O MESMO COM O DINHEIRO PÚBLICO, PRA COBRIR O ROMBO ENORME DE MAIS DE R$ 800 MILHÕES(...)DINHEIRO ESSE QUE FOI INVESTIDO DE FORMA CRIMINOSA NUMA CAMPANHA MEGALOMANÍACA. MARCÃO CITOU UMA PEQUENA LISTA DE ERROS(...) QUANDO NA VERDADE ESSA GESTÃO VIVE DE FANTASIAS PARA BENEFICIO PRÓPRIO!!!SO PENSAM EM DINHEIRO... E A CIDADE Ó!!!! E ENTÃO POVÃO... MELHOROU OU PIOROU ???"

"ela acabou com as verbas que atinge até 2016?????? Muito, mas muito mais que R$ 600 milhões e pra onde foi a verba aprovada para 2014? e até a de 2016 já está comprometida???? Não é desvio, é apropriação indevida. Pegou até o que não tinha é "vamos dar um jeito depois". Polícias!! essa é a chance. Paguem pra crer."

Por fim, a última publicação citada pela autora se deu em 20/11/2014, no *blog* de Cristiano Abreu Barbosa (http://fmanha.com.br/blogs/pontodevista/), com o título de "Rombo confirmado".

Nela, o blogueiro publica o seguinte texto:

"A falta de dinheiro na Prefeitura de Campos já é tema nas principais rodas da cidade há algum tempo, tendo sido noticiada aqui e aqui no *blog*. Ela agora foi comprovada com a esdrúxula aprovação por parte da Câmara Municipal de Campos, amplamente governista, de um projeto de lei da prefeita Rosinha que a autoriza a contrair empréstimos com bancos dando os *royalties* como garantia.

Toda antecipação de receitas prevê um custo financeiro, um deságio, por antecipar algo que só será recebido pelo agente financeiro no futuro, por melhor que seja a garantia. Quem precisa usar *Factoring* e antecipar cheques sabe muito bem. A antecipação de receitas dos *royalties*, em negociação com o Banco do Brasil, trará custos para os cofres públicos e, consequentemente, para os campistas.

Se a Prefeitura de Campos, dona de orçamento bilionário, precisa antecipar receitas, é porque gastou toda a receita que linha, antes da hora, comprovando a má gestão dos múnus público e o rombo existente. Aliás, gastar tudo antes da hora parece ser a tônica deste modelo de gestão, pois a campanha derrotada de Garotinho ao governo do estado padeceu do mesmo problema".

Mais uma vez a autora/apelante sugere que "rombo" é desvio de verba, de forma que a ré ultrapassou o limite da crítica, caluniando, injuriando e ofendendo a honra da prefeita, utilizando como fonte "as principais rodas da cidade".

Insurge-se ainda contra a divulgação do comentário do leitor Alexsandro, neste termos:

"A antecipação de recebíveis é uma prática comum de empresários em todo Brasil, disse empresários, ou seja o setor privado, no entanto sabemos que quem recorre a esta modalidade está literalmente enforcado por dívidas(...).

A pergunta é pra onde for essa montanha de dinheiro público? Pq tá bem claro que esses recursos não foram usados para a cidade e para a população, tá bem nítido também as inúmeras dívidas com reclamações de todos os fornecedores, excluindo-se desses aqueles intimamente ligados ao Garotinho de modo oculto ou através de negociatas(...).

Depois de uma campanha milionária ao governo, algo surreal pra um partido pequeno como o PR e que se justifica somente pelos gordos *royalties* municipais(...).

Sera que precisa ser gênio pra entender o que houve?

Estamos diante de um grande esquema

montado para benefício próprio, um grande esquema ilegal!

Que saudades de Mocaiber, que Pedro dessa Gestão É disparado melhor(...).

O rombo tá pra lá de confirmado, pq ninguém pagaria esse juros altíssimos senão estivesse enforcado(...).

Alô polícia, o MP que não funciona e afins!

Denúncia grave!"

Neste texto, além do termo "rombo", a autora/apelante afirma que chamar "alô polícia" evidencia uma tentativa de imputar crime, traduzindo toda a tônica da ré, atingir a honra da prefeita de todos os meios e modos.

Em sua defesa, a parte ré afirma, em síntese, que o tom mordaz da crítica comentada pelos internautas não revela mácula à honra da autora, não passando de mera suscetibilidade exacerbada por se tratar de pessoa pública, devendo esta aceitar os apupos da opinião pública da mesma forma pela qual recebe os afagos de aliados e simpatizantes.

Sustenta ainda que é impossível o controle prévio dos comentários postados no *blog*, não tendo sido sequer notificada pela autora para as providências cabíveis.

Ao analisar cada uma das matérias publicadas pelos *blogs* hospedados no *site* da parte ré, não resta qualquer dúvida quanto à inexistência do dever de indenizar.

As publicações, por si só, não trazem qualquer conteúdo depreciativo à imagem da autora, resumindo-se à notícia de cunho informativo e opinativo, sem qualquer abuso à liberdade de expressão.

Ressalte-se que as três primeiras publicações trazem apenas fatos, não emitindo qualquer juízo de valor. Em relação à quarta publicação apontada, em que o blogueiro Cristiano Abreu Barbosa fala em "má gestão" e "rombo comprovado" nas contas do ente público, não existe qualquer intenção de denegrir a imagem da autora, limitando-se a expressar opinião quanto à administração da prefeita e indicar um déficit orçamentário.

Ao contrário do que sustenta a autora/apelante, a expressão "rombo" não tem qualquer indicação de desvio de verba pública, não podendo ser imputada tal intenção à parte ré.

Não se vislumbra, assim, infringência ao disposto nos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal que assegura a inviolabilidade da imagem e da honra.

O direito de informar assegurado no art. 220, § 1º, da Constituição da República tem maior proteção quando não expressa a apreciação pessoal, mas tem a ver com a pura a existência de um fato.

Sobre o tema, lembra o eminente Desembargador SÉRGIO CAVALIERI FILHO (**Programa de Responsabilidade Civil**, Atlas, 8ª ed.: 109) que "O que deve se entender por liberdade de comunicação ou de informação? É o direito de informar e de receber livremente informações, agora sobre fatos, acontecimentos, dados objetivamente apurados. (...) Quem divulga uma informação, dizem os autores, divulga a existência de um fato, a ocorrência de um acontecimento, de um trecho da realidade, dados objetivamente, por isso está vinculado à veracidade e à imparcialidade. Em suma, quem divulga um fato fica responsável pela demonstração de sua existência objetiva, despida de qualquer apreciação pessoal (LUIS GUSTAVO GRANDINETTE CASTANHO DE CARVALHO, **Direito de informação e liberdade de expressão**, Renovar, p. 24/25)".

Por isso é que, como bem ressaltado na douta sentença, a divulgação de atos ou decisões

dos agentes públicos não pode ser considerada um abuso da liberdade de imprensa, desde que não se trate de matéria reservada ou sigilosa e a crítica seja fundada no interesse público. Por óbvio, fatos concernentes à vida estritamente pessoal ou familiar do agente político estão alheios a essa liberdade, salvo ostentem relevância ou interesse do conhecimento público.

Em relação à responsabilidade da parte ré pelos comentários dos leitores, necessário esclarecer que a grande quantidade de comentários feitos nos *blogs*, por terceiros, torna inviável a realização de controle prévio sobre o conteúdo de todas as postagens, sem que haja o comprometimento do debate público, característico dessa moderna forma de comunicação.

Além disso, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a fiscalização prévia das informações postadas na internet não constitui atividade intrínseca dos provedores, não caracterizando, portanto, falha na prestação do serviço, conforme julgados das Terceira e Quarta Turmas, nos autos do Recurso Especial n.º 1.338.214/MT e no Agravo Regimental nos autos do Recurso Especial n.º 397.800/SP, em que foram Relatores os Ministros NANCY ANDRIGHI e ANTONIO CARLOS FERREIRA, respectivamente, cujas ementas ora se transcreve, na mesma ordem:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO CONTEÚDO POSTADO NO *SITE* PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CUNHO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA DO AR EM 24 HORAS. DEVER. SUBMISSÃO DO LITÍGIO DIRETAMENTE AO PODER JUDICIÁRIO. CONSEQUÊNCIAS. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 14 DO CDC E 927 DO CC/02.

1. Ação ajuizada em 26/02/2008. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 14/08/2012.

2. Recurso especial em que se discute os limites da responsabilidade de provedor de rede social de relacionamento via *Internet* pelo conteúdo das informações veiculadas no respectivo *sit*e.

3. A exploração comercial da *internet* sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.

4. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na *web* por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.

5. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.

6. Ao ser comunicado de que determinada postagem possui conteúdo potencialmente ilícito ou ofensivo, "deve o provedor removê-la preventivamente no prazo de 24 horas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações do denunciante, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o vídeo ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano em virtude da omissão praticada.

7. Embora o provedor esteja obrigado a remover conteúdo potencialmente ofensivo assim que tomar conhecimento do fato (mesmo que por via extrajudicial), ao optar por submeter a controvérsia diretamente ao Poder Judiciário, a parte induz a judicialização do litígio, sujeitando-o, a partir daí, ao que for deliberado

pela autoridade competente. A partir do momento em que o conflito se torna judicial, deve a parte agir de acordo com as determinações que estiverem vigentes no processo, ainda que, posteriormente, haja decisão em sentido contrário, implicando a adoção de comportamento diverso. Do contrário, surgiria para as partes uma situação de absoluta insegurança jurídica, uma incerteza sobre como se conduzir na pendência de trânsito em julgado na ação.

8. Recurso especial provido.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N° 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. O provedor de conteúdo da internet não tem como atividade intrínseca a fiscalização prévia do conteúdo inserido pelos usuários, de modo que não se considera defeituoso o serviço, nos termos do art. 14 do CDC, quando o *site* não examina nem filtra os dados e as imagens nele inseridos. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Assim, a responsabilidade sobre o teor dos comentários descritos na inicial somente passa a existir a partir do momento em que haja notificação para a retirada das postagens.

Na hipótese dos autos, considerando que a parte autora manteve-se inerte, não há como ser imputada ao apelado qualquer responsabilidade sobre os comentários em questão.

Neste sentido, é o precedente desta câmara:

Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada. Comentários ofensivos sobre a parte autora postados por leitores em *blog* titularizado pelo réu. Alegação de que este deveria ter impedido a publicação dos referidos comentários, sob pena de responsabilização pelos danos morais daí decorrentes. Sentença de procedência parcial do pedido. Inconformismo da parte autora. Entendimento desta Relatora quanto ao não conhecimento do agravo retido interposto em face da decisão interlocutória de rejeição da preliminar arguida na peça de bloqueio. O não conhecimento do mencionado recurso decorre do descumprimento da regra estabelecida no artigo 523, do CPC, que impõe ao agravante a obrigação de requerer expressamente que o Tribunal conheça do retido, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação. Quanto ao mérito do apelo, considerando-se que o apelado é pessoa pública do Município de Campos dos Goytacazes, sendo radialista, ex-prefeito e cônjuge da atual Chefe do Executivo da referida municipalidade, conclui-se que seu *blog*, naturalmente, possui grande número de acessos de seus leitores. Igualmente grande será a quantidade de comentários postados no *blog* por terceiros. Como consequência, pode-se afirmar que é inviável a realização de controle prévio sobre o conteúdo de todos os comentários postados sem que seja comprometido o debate público característico dessa moderna forma de comunicação. Assim, a responsabilidade sobre o teor dos comentários postados no *blog* do apelado apenas passa a existir a partir do momento em que o mesmo é notificado para a retirada de comentários ofensivos e mantém-se inerte. Precedentes do TJERJ. Como não há nos presentes autos qualquer indício de que a parte apelante tenha notificado o apelado para que este retirasse de seu *blog* os comentários que reputou ofensivos, não há como ser imputada ao apelado qualquer responsabilidade sobre os comentários em questão. Não conhecimento do Agravo Retido. Conhecimento e desprovimento do apelo.

0012948-15.2009.8.19.0014 - 1ª Ementa – APELAÇÃO - Des. CONCEICÃO MOUSNIER - Julgamento: 11/09/2013 – Vi-

gésima Câmara Cível

Nesta linha de pensamento, não há como se ter por ilícita a conduta da parte ré, impondo-se a manutenção da sentença, no que tange a este ponto, que julgou improcedente o pedido.

Por tais fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo na íntegra a sentença recorrida.

Rio de Janeiro, 27 de julho de 2016.

DESª. MÔNICA SARDAS
Relatora

INDENIZAÇÃO. PLANO DE SAÚDE DENTAL. CONSUMIDOR. ERRO DA CIRURGIÃ-DENTISTA. EXTRAÇÃO DE DENTE NÃO PREVISTA. AGULHA DEIXADA NO LOCAL DA SUTURA. NECESSIDADE DE CIRURGIA DE EMERGÊNCIA. PROVA PERICIAL RELEVANTE. DANO MORAL E MATERIAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Apelação Cível. Ação indenizatória. Contrato de plano de saúde. Profissional liberal. Erro da cirurgiã-dentista. Relação de consumo. Responsabilidade solidária. Arts. 2º, 3º e 7º do CDC. Profissional credenciada pela administradora de plano de saúde dental. Culpa *in eligendo*. Precedentes do eg. STJ. Extração não prevista de molar durante cirurgia dentária, sem prévio conhecimento do autor. Agulha semicircular deixada no local da sutura. Prova pericial que se coaduna com as alegações autorais. Sentença de procedência. Apelo da administradora do plano de saúde dental no sentido de inexistência de responsabilidade por ausência de falha na prestação do serviço. Descabimento. Danos morais configurados. Manutenção do *quantum* arbitrado, eis que se adequa aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Juros sobre a indenização a título de dano moral que devem incidir a contar da citação válida. Correção monetária incidente sobre o dano material que deve ser computada a contar do efetivo prejuízo. Pequeno reparo de ofício. Negado provimento ao recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0185965-29.2012.8.19.0001, em que é Apelante Odontoprev S/A e Apelados Gustavo Grosso Fleury e Terezinha Ramos Pereira da Silva.

Acordam os Desembargadores da Vigésima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça, em sessão nesta data, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Integra-se ao presente o relatório constante dos autos.

VOTO

Inicialmente, deve ser salientado que, tendo sido o presente recurso interposto anteriormente ao dia 18/03/2016, data do início de vigência do NCPC, aplicam-se à hipótese as regras do anterior CPC/73.

Alega o autor, ora apelado, que lhe foi prescrito por profissional cirurgião-dentista a remoção cirúrgica dos terceiros molares nºs 38 (trinta e oito) e 48 (quarenta e oito), cirurgia que deveria ser feita com especialista, tendo em vista o grau de dificuldade da mesma.

Aduz ainda que, conforme laudo radiográfico de sua arcada dentária, foi aconselhada a realização de tomografia computadorizada antes da realização da cirurgia.

Após verificação junto ao 1º réu, administrador de plano de saúde do qual é segurado, obteve a indicação do nome da profissional

Dra. Terezinha Ramos Pereira da Silva, ora 2ª ré, cirurgiã-dentista, que se declarou apta à realização da cirurgia, prescindindo, inclusive, da realização da tomografia aconselhada no exame radiográfico.

Contudo, quando da realização da cirurgia, afirma que a 2ª ré, além da remoção do molar 38 (trinta e oito), extraiu também o molar 37 (trinta e sete), que não tinha indicação de remoção.

Alega que nada lhe foi informado no momento da cirurgia, tendo a 2ª ré dito, em momento posterior, que omitiu o ocorrido para não lhe causar nervosismo e prejudicar ainda mais o desenrolar do procedimento.

Não obstante tal fato, o autor ainda descobriu, após a realização de novos exames, que havia sido deixado um artefato metálico em sua arcada dentária, o que ensejou a realização de uma cirurgia de emergência para retirada do corpo estranho.

Por fim, aduz o autor que os fatos prejudicaram sua assiduidade ao trabalho, além das dores e incômodos sofridos, bem como atenta para os gastos médico-hospitalares efetuados.

Com a peça vestibular, foram anexados: a indicação cirúrgica de remoção dos molares 38 e 48 (index 00026); o credenciamento da 2ª ré no portal de atendimento do 1º réu (index 00027); atestado da realização do procedimento cirúrgico (índex 00032); laudo atestando a ausência dos molares 37 e 38 (index 00034); laudo e atestado afirmando a presença de corpo metálico no local da cirurgia e sua posterior remoção (índex 00037), além de comprovantes de gastos efetuados (index 000044/000049).

Objetiva o 1º réu eximir-se da condenação sob alegação de inexistência de falha na prestação do serviço. Aduz que em nenhum momento o plano dentário ficou indisponível para o autor, que poderia utilizá-lo a qualquer tempo.

Cumpre, incialmente, analisar a culpa da profissional cirurgiã-dentista, com base nas considerações que se seguem.

É interessante destacar que o Código de Defesa do Consumidor, diante da fragilidade do consumidor frente ao fornecedor, adotou como regra geral a responsabilidade objetiva, sendo a responsabilidade subjetiva uma exceção à regra.

A responsabilidade subjetiva, conforme art. 14, § 4º, CDC, é cabível, todavia, para os profissionais liberais, considerando que essa prestação de serviço, usualmente, ocorre de forma pessoal, ou seja, *intuitu personae*, pautando-se as relações normalmente na confiança que o consumidor deposita no profissional escolhido.

Para aferição de tal responsabilidade, além de se demonstrar a ação ou omissão que ocasionou o dano e o nexo de causalidade, há a necessidade de comprovação da culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do profissional.

Por outro lado, a responsabilidade do plano de saúde é solidária com o profissional responsável pelo erro médico. Tal solidariedade decorre dos princípios inerentes à legislação consumerista, eis que o plano de saúde impõe ao associado um direito de opção restrito aos estabelecimentos e profissionais que integram a sua rede conveniada, fato que o torna corresponsável pelas falhas cometidas na prestação dos serviços.

Neste sentido, a jurisprudência do Eg. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

AgRg no AREsp 194955 / RJ - Ministro SIDNEI BENETI – Terceira Turma - DJe de

20/03/2013

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. ERRO MÉDICO. 1.- A operadora de plano da saúde responde por falhas nos serviços prestados por profissional médico credenciado. Precedentes desta Corte. 2.- Agravo Regimental improvido. REsp nº 866.371/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe de 20/08/2012

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. ERRO MÉDICO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL RECONHECIDO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. MAJORAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Se o contrato for fundado na livre escolha pelo beneficiário/segurado de médicos e hospitais com reembolso das despesas no limite da apólice, conforme ocorre, em regra, nos chamados seguros-saúde, não se poderá falar em responsabilidade da seguradora pela má prestação do serviço, na medida em que a eleição dos médicos ou hospitais aqui é feita pelo próprio paciente ou por pessoa de sua confiança, sem indicação de profissionais credenciados ou diretamente vinculados à referida seguradora. A responsabilidade será direta do médico e/ou hospital, se for o caso.

2. Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual a operadora de plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos ou indica um rol de conveniados, não há como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço.

3. A operadora do plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados, nos termos dos arts. 2º, 3º, 14 e 34 do Código de Defesa do Consumidor, art. 1.521, III, do Código Civil de 1916 e art. 932, III, do Código Civil de 2002. Essa responsabilidade é objetiva e solidária em relação ao consumidor, mas, na relação interna, respondem o hospital, o médico e a operadora do plano de saúde nos limites da sua culpa.

4. Tendo em vista as peculiaridades do caso, entende-se devida a alteração do montante indenizatório, com a devida incidência de correção monetária e juros moratórios. 5. Recurso especial provido.

No mesmo sentido, o seguinte julgado deste Tribunal:

0064463-68.2010.8.19.0042 - APELAÇÃO Des. AUGUSTO ALVES MOREIRA JUNIOR - Julgamento: 05/12/2013 - Vigésima Quinta Câmara Cível Consumidor

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. OPERADORA DE PLANO ODONTOLÓGICO. LEGITIMIDADE PASSIVA. CIRURGIA DE IMPLANTE DE PRÓTESE DENTÁRIA INICIADA MAS NÃO CONCLUÍDA. ERRO DE DIAGNÓSTICO REALIZADO POR CIRURGIÃO DENTISTA, EM CLÍNICA CREDENCIADA DA RÉ. PROVA PERICIAL CONCLUSIVA QUANTO A ADOÇÃO DE TRATAMENTO INADEQUADO NAS FASES ANTERIORES À REALIZAÇÃO DA CIRURGIA. DESCUMPRIMENTO DO PROTOCOLO RADIOLÓGICO, ESTUDO E PLANEJAMENTO CIRÚRGICO PROTÉTICO. INCONTROVERSA FALTA DE DEVER DE CUIDADO DO PRESTADOR DE SERVIÇO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA EMPRESA RÉ. DEVER DE INDENIZAR. APLICAÇÃO DO ARTIGO 14, DA LEI Nº 8.078/90 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR).

OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE QUE RESPONDE, SOLIDARIAMENTE, PELA REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS A SEUS ASSOCIADOS POR ATOS ILÍCITOS PRATICADOS PELA CLÍNICA QUE INTEGRA A SUA REDE CREDENCIADA. PRECEDENTES NESTA CORTE DE JUSTIÇA E NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DANO MORAL *IN RE IPSA* CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL FIXADA DE ACORDO COM O VIÉS PREVENTIVO-PEDAGÓGICO-PUNITIVO DO INSTITUTO. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, NOS TERMOS DO ART. 557, *CAPUT* DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, MODIFICANDO-SE A SENTENÇA TÃO SOMENTE PARA QUE OS JUROS DE MORA DE 1% AO MÊS INCIDENTES SOBRE A VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA A TÍTULO DE DANO MORAL SEJAM CONTADOS A PARTIR DA DATA DA CITAÇÃO INICIAL.

No caso, depreende-se que o autor comprovou fartamente o direito alegado, inclusive o fato de que a 2ª ré era profissional conveniada do 1º réu. Com efeito, nenhum dos réus, em sede de contestação, trouxe qualquer prova capaz de extinguir ou modificar o direito do consumidor.

Frise-se que a 2ª ré instruiu sua contestação com o documento de index 00075, demonstrando que tinha ciência da presença do fragmento de agulha deixado no local da sutura, e teria orientado ao paciente que retornasse dentro de alguns dias para a extração do mesmo. Contudo, conforme laudo pericial, tal intercorrência é altamente indesejada e o fato da profissional ter orientado ao paciente a permanecer com o fragmento durante dias até posterior extração não é recomendado, eis que favorece o risco de infecção.

Neste contexto, convém destacar que a prova pericial assume elevada importância, uma vez que a matéria discutida nos autos é de natureza eminentemente técnica, exigindo conhecimento particular sobre o assunto.

Neste sentido, dispõe o art. 145 do CPC/73, *in verbis*:

"Art. 145. Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no art. 421."

Ademais, na hipótese em exame, importante ressaltar que o laudo pericial foi elaborado de forma clara, por perito de confiança do Juízo e sob o crivo do contraditório.

Da leitura do laudo pericial (index 000215), constata-se que o *expert* corrobora as alegações autorais, como se vê adiante:

"(...)

No caso em questão, se durante a remoção cirúrgica do elemento 38 ocorresse algum dano severo ao elemento dentário 37, dano este que indicasse a sua remoção, a ré deveria comunicar ao autor das mudanças no plano cirúrgico, vez que o autor estava lúcido e deveria ser informado das possibilidades de tratamento. Isto é, se a remoção do elemento 37 era obrigatória ou se haveria alguma modalidade de tratamento para mantê-lo. O autor deveria saber e concordar com a opção de tratamento indicada pela ré. Neste caso, fica configurada a negligência da ré, vez que o autor, que estava lúcido, não foi informado, nem autorizou a exodontia do elemento 37."

Em relação à agulha de sutura que ficou no alvéolo do autor, também foi considerado erro, erro este que foi identificado na radiografia final ao procedimento cirúrgico, f. 70, e o autor novamente não foi informado. (...) Logo, configura imperícia e negligência da ré.

(...)

É comum ocorrer em cirurgias do porte sofrido pelo autor deixar oculta na gengiva do paciente a agulha semicircular de fio agulhado utilizado no procedimento?

Resposta — A resposta é negativa. A permanência de uma agulha semicircular de fio de sutura no sítio operado é totalmente indesejada.

(...)

Esclarecido pelo senhor perito o quesito anterior, queira o Il. expert esclarecer se, tendo sido deixada pelo cirurgião dentista a agulha sutura sob a área suturada do alvéolo em que ficavam os dentes extraídos, existiam riscos em que fosse procedida sua remoção (da agulha) em consulta a ser realizada sete dias após o ocorrido?

Resposta — A resposta é afirmativa. O fragmento deixado indevidamente no alvéolo do autor poderia favorecer um quadro de infecção, o que complicaria o seu pós-operatório."

Aferida a culpa da 2ª ré pelos fatos narrados, consoante claramente expressado pela prova técnica realizada, configura-se também a responsabilidade do 1º réu.

Isto porque, como já antes mencionado, depreende-se que a responsabilidade da operadora decorre do fato que foi ela quem credenciou, associou ou conveniou o profissional liberal em seus quadros, caracterizando nítido exemplo de culpa *in eligendo*.

Desta forma, não pairam dúvidas dessa responsabilização solidária pela indenização ao beneficiário lesado, pois este, ao contratar essa modalidade de prestação de serviços busca a segurança, a previsibilidade, a garantia e acima de tudo a confiança de se ter um serviço contratado realizado de maneira satisfatória.

Por essas razões, não merecem acolhida as alegações recursais de inexistência de falha na prestação do serviço. Outrossim, pelos mesmos motivos acima expostos, diante da responsabilidade do 2º réu e dos danos causados ao autor, também não deve ser acolhido o pleito recursal de inviabilidade do ressarcimento de despesas ante as limitações contratuais.

É evidente que o fato de ter um dente extraído durante cirurgia, sem que tal estivesse previsto e sem qualquer aviso prévio ao paciente, aliado à circunstância de este haver permanecido durante alguns dias com uma agulha no local da sutura (com elevado risco de infecção, conforme perícia), é situação que provoca insegurança, angústia e abalo psicológico, tendo o autor, inclusive, de se ausentar de sua atividade laborativa durante determinado período de tempo.

Positivada a ocorrência do dano imaterial, observa-se que inexiste um critério legal pré-determinado para arbitramento da indenização, mas há critérios indicados pela doutrina e jurisprudência, dentre eles a capacidade econômica das partes, o objetivo compensatório e, até mesmo, um componente punitivo, de modo a coibir novas manifestações de infringências ao direito do consumidor.

Diante disto, deve ser mantido o valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), a ser pago de forma solidária pelos réus, considerando-se as peculiaridades do caso e atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e o entendimento jurisprudencial desta Corte, aplicando-se ao caso a Súmula nº 343 deste Tribunal, *in verbis*:

"A verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação".

A seguir, a jurisprudência:

0170448-81.2012.8.19.0001 - APELA-

ÇÃO - Des. OTÁVIO RODRIGUES - Julgamento: 09/12/2015 - Décima Primeira Câmara Cível. Ação de Indenização pelo rito ordinário. Erro do odontólogo. Paciente que foi submetida à colocação de implantes dentários. Alegação de falha na prestação dos serviços do cirurgião-dentista. Sentença julgando improcedente o pedido. Recurso de Apelação Cível. Reforma. Laudo dentário conclusivo que caracterizou a responsabilidade do profissional, bem como a necessidade de troca da prótese superior e de uma restauração no dente canino inferior. Por isso, decidiu a Câmara em fixar o valor do dano material em R$ 8.000,00, conforme apurado pelo expert, bem como o valor do dano moral em R$ 15.000,00. Ação que se julga procedente em parte. Provimento parcial do recurso.

Por fim, quanto aos juros, merece o julgado, neste particular, pequeno reparo, de ofício, tendo em vista que, por se tratar de matéria de ordem pública, deve a questão ser conhecida e apreciada em razão do efeito translativo do recurso, como autoriza a Súmula nº 161 do TJRJ, *in verbis*:

"Questões atinentes a juros legais, correção monetária, prestações vincendas e condenação nas despesas processuais constituem matérias apreciáveis de ofício pelo Tribunal."

Assim, merece pequena reforma, de ofício, a sentença apelada, eis que, conforme artigo 405 do Código Civil, por se tratar de responsabilidade contratual, os juros incidentes sobre a indenização a título de dano moral devem ser computados a partir da citação válida, *in verbis*:

"Art. 405. Contam-se os juros de mora desde a citação inicial".

Também merece reparo o termo inicial da correção monetária incidente sobre o dano material, que deve ser computada a contar do efetivo prejuízo (Súmula nº 43, STJ), no caso, as datas em que ocorreram os desembolsos dos valores apontados nos indicadores 000044 a 000049.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso, merecendo, porém, pequeno reparo de ofício a sentença, para determinar que os juros sobre a indenização a título de dano moral devem incidir a contar da citação válida e que a correção monetária incidente sobre o dano material seja computada a contar do efetivo prejuízo, no caso, as datas em que ocorreram os desembolsos dos valores apontados nos indicadores 000044 a 000049.

Rio de Janeiro, 23 de novembro de 2016.

DESª. MÔNICA FELDMAN DE MATTOS
Relatora

INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. BLOQUEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO INTERNACIONAL. CONTINUIDADE DE EMISSÃO DE BOLETOS PARA PAGAMENTO DE ANUIDADE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. MULTA. INCIDÊNCIA DIÁRIA.

Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória. Relação de consumo. Cartão de crédito internacional bloqueado. Sentença de procedência. Apelo do banco réu buscando a improcedência do pedido. Subsidiariamente a redução dos danos morais fixados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), além da minoração da multa única arbitrada em R$ 12.000,00 (doze mil reais), para caso de eventual descumprimento na obrigação de fazer,

ao argumento de inexistência de ato ilícito, sustentando que o bloqueio ocorre por questão de segurança do próprio cliente, diante da suspeita de fraude. Responsabilidade objetiva. Falha na prestação dos serviços. Bloqueio de cartão crédito internacional. Teoria do risco do empreendimento. Sustenta o autor que estando residindo em Portugal, vinha realizando operações de saques normalmente com o seu cartão de crédito internacional, sendo que em de maio de 2103, foi surpreendido com a impossibilidade de utilizar o cartão de crédito nas modalidades crédito/saque. Violação do dever de informação. Dano moral configurado. Violação ao princípio da boa-fé objetiva, bem como do dever de informação e transparência (art. 6º, III, do CDC). Banco réu que não logrou demonstrar qualquer fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito alegado, nos moldes do artigo 333, II, do Código de Processo Civil de 1973 (art. 373, II, do NCPC); não se desincumbindo, tampouco, de comprovar quaisquer das excludentes de responsabilidade (art. 14, § 3º, I e II, do CEC). É evidente que a ausência de informação acerca do bloqueio do cartão e a posterior impossibilidade de realizar operações (crédito/saques), imprimiram no autor transtornos que transbordam ao mero inadimplemento contratual, ingressando na esfera da lesão a direito da personalidade, mormente por se encontrar o ator em país estrangeiro, não tendo conseguido solucionar a questão junto ao ora apelante, obrigando-o a ingressar em juízo para ter seu direito reconhecido. Dano moral configurado, fixado em R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não carecendo de qualquer ajuste. Súmula nº 343 desta corte de justiça. Precedentes. Todavia, no que concerne à multa única arbitrada para o caso de eventual descumprimento da obrigação de fazer, fixada em R$ 12.000,00 (doze mil reais), tenha sua incidência de forma diária, no valor de R$ 200,00 (duzentos reais), limitada ao patamar de R$ 12.000,00 (doze mil reais). Recurso conhecido ao qual se dá parcial provimento.

Vistos, relatados e discutidos o recurso de Apelação nº 0063674- 30.2014.8.19.0042, em que figuram como Apelante Banco Santander (Brasil) S/A e Apelado Vinicius Domingues Alvarenga.

Acordam os Desembargadores que compõem a Vigésima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos em conhecer e dar parcial provimento ao recurso, para que a incidência da multa única arbitrada pelo magistrado monocrático em R$ 12.000,00 (doze mil reais), para o caso de eventual descumprimento da obrigação de fazer (emissão de novo cartão de crédito, além do cancelamento das cobranças referentes à anuidade do cartão (bloqueado), pelo período que esteve privado de sua plena utilização), incida de forma diária, no valor de R$ 200,00 (duzentos reais), limitada ao patamar de R$ 12.000,00 (doze mil reais), nos termos do voto do Desembargador Relator.

O relatório já se encontra lançado no sistema E-jud (índex 196), o que dispensa sua repetição, na forma regimental (art. 92, *caput*, do RITJRJ).

VOTO

Inicialmente, pontue-se que a presente apelação foi interposta com fundamento no Código de Processo Civil de 1973, contra sentença publicada sob a sua égide. Nesse contexto e considerando que o julgamento do recurso ocorre após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, deve ser ressaltada a disposição do art.14 do referido diploma legal, *in verbis*:

Art. 14. A norma processual não retroagi-

rá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Presentes as condições recursais (legitimidade, interesse e possibilidade jurídica) e os pressupostos legais (órgão investido de jurisdição, capacidade recursal das partes e regularidade formal - forma escrita, fundamentação e tempestividade), a apelação deve ser conhecida.

Deve-se destacar que a relação existente entre as partes é de consumo, regida pelo Código de Defesa do Consumidor, bem como pelas demais normas e princípios que compõem o microssistema que regulamenta a matéria, uma vez que o autor se enquadra no conceito de consumidor (CDC, art. 2º), e a ré no de fornecedora (CDC, art. 3º). Dessa forma, sujeitam-se as partes à aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor.

Cinge-se a matéria recursal devolvida a esta Corte para apreciação, na verificação se houve falha nos serviços prestados pela instituição bancária ré, consistente no bloqueio do cartão de crédito internacional do autor; bem como se os danos morais são devidos e se razoável o *quantum* fixado na sentença impugnada e, ainda, se a multa imposta por eventual descumprimento da obrigação de fazer (emissão de novo cartão de crédito e cancelamento das cobranças referentes à anuidade do cartão (bloqueado) pelo período que esteve privado de sua plena utilização), carece de algum ajuste.

Frise-se que o bloqueio do cartão de crédito noticiado na petição inicial é fato incontroverso, uma vez que o banco réu, na peça de defesa, não impugna a circunstância, limitando-se a informar que a conduta do banco tem por fim zelar pela segurança de seus clientes contra fraudes, não tendo cometido qualquer ilícito, não podendo, assim, gerar prejuízos morais ao autor, assinalando, ainda, não haver registros de contato do autor relatando o ocorrido.

Prossegue, asseverando que há previsão contratual quanto a utilização do cartão no exterior e sua limitação, não havendo irregularidade praticada pela instituição, uma vez que esses parâmetros não são definidos pelo banco e sim pelas instituições financeiras detentoras dos caixas eletrônicos (ATM) no país em que o usuário/cliente se localiza; impugnando a configuração do dano moral e sua quantificação, impugnando, de forma genérica, os danos materiais.

Observa-se que não houve impugnação ao pedido de emissão de novo cartão de crédito/débito, com abrangência nacional e internacional, sob pena de multa, formulado em sede de tutela antecipada; tampouco em relação ao pleito de "cancelamento das cobranças referentes à anuidade do cartão de crédito do autor, durante todo o período que esteve privado de sua plena utilização".

A parte ré, fornecedora de serviços, responde objetivamente pelos danos sofridos pelo consumidor, somente se eximindo de tal responsabilidade se comprovada uma das excludentes previstas no artigo 14, § 3º, da Lei nº 8.078/90, quais sejam inexistência do defeito ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

Assim, basta que se verifique a existência do dano e do nexo causal ligando este à conduta do fornecedor para que esteja caracterizada a responsabilidade civil deste último, independentemente da existência de culpa. É a adoção pelo Direito Pátrio da Teoria do Risco do Empresarial, considerando que quem retira proveito de uma atividade de risco, com probabilidade de danos, obtendo vantagens, lucros, benefícios, deve arcar com os prejuízos daí decorrentes.

Com efeito, é pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que o bloqueio do cartão de crédito, sem a prévia comunicação do consumidor, é abusivo, mormente, no caso dos autos, em que não se discute eventual inadimplência por parte do consumidor e/ou inscrição de seu nome em cadastros de restritivos de crédito por eventual inadimplência, por exemplo.

Por outro lado, da análise do contexto fático-probatório constante dos autos, verifica-se que a instituição bancária ré, sequer impugna a farta documentação acostada com a petição inicial (index 024/083), que demonstram que o autor, de fato se encontrava em Portugal, e dão verossimilhança às legações contida na petição inicial de que por se tratar de um cartão internacional, o autor dele se utilizava naquele país para operações de crédito e saques, sem nenhuma restrição, e que, para a sua surpresa, a partir do mês de maio de 2013, os saques em dinheiro não foram mais possíveis, e que restaram infrutíferas as tentativas de solucionar o impasse junto ao banco réu, muito embora este continuasse a emitir os boletos para pagamento de anuidade.

Além da responsabilidade objetiva do fornecedor, a conduta da empresa ré violou o princípio da boa-fé objetiva, bem como o seu dever de informação e transparência (art. 6º, III, do CDC).

Desse modo, resta inconteste a falha nos serviços prestados, não tendo o banco réu demonstrado qualquer fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito alegado, nos moldes do artigo 333, II, do Código de Processo Civil de 1973 (art. 373, II, do NCPC); não se desincumbindo, tampouco, de comprovar quaisquer das excludentes de responsabilidade (art. 14, § 3º, I e II, do CDC).

Nesse passo, comprovada a falha do serviço, deve-se verificar se as circunstâncias discutidas nos autos configuram o dano de ordem moral e se na sua quantificação, observou-se, de forma adequada, os postulados da razoabilidade e proporcionalidade e ao caráter punitivo -pedagógico do instituto.

Os danos morais restaram caracterizados, uma vez que o ato ilícito praticado pelo banco (apelante) acarretou para o autor (apelado), transtornos, intranquilidade, perda de tempo, que, induvidosamente, ultrapassam a meros aborrecimentos, configurando o dano imaterial.

Ademais, é evidente que a ausência de informação acerca do bloqueio do cartão, em que o consumidor é surpreendido com a impossibilidade de utilizá-lo, mormente estando em outro país, necessitando realizar saques em espécie, resta induvidoso, que o consumidor experimenta dissabores que extrapolam meros aborrecimentos, e no caso dos autos, o autor necessitou recorrer à sua genitora no Brasil para enviar-lhe numerário, arcando, ainda, com custos extras para realizar as operações, naturalmente.

Ressalte-se que o dano moral na hipótese em julgamento carece de comprovação, pois existe *in re ipsa*, ou seja, decorre do próprio ato ilícito. Logo, uma vez demonstrado o fato ofensivo, estará demonstrado o dano moral em razão de uma presunção natural, acarretando lesão a direitos da personalidade, provocando desequilíbrio psicológico.

O art. 5º, incisos V e X, da Constituição da República assegurou a indenização por dano moral, mas não estabeleceu os parâmetros para a fixação deste valor. Entretanto, essa falta de parâmetro não pode levar ao excesso, ultrapassando os limites da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em tais casos, a indenização além de servir como compensação pelo sofrimento experimentado, deve também ter caráter pedagógi-

co-punitivo de modo a desestimular condutas semelhantes.

Em relação ao valor da indenização, quando se trata de dano moral, orienta o Egrégio Superior Tribunal de Justiça que o Magistrado atue com ponderação, vez que não há critérios fixos para a quantificação dos referidos danos no Direito Brasileiro.

"(...) não havendo critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, sendo, portanto, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação e atendendo às peculiaridades do caso concreto." (*in* RESP nº 435119; Relator Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA; DJ de 29/10/2002).

A fixação do *quantum debeatur*, conforme a orientação supracitada, deve se dar de forma que o valor arbitrado seja suficiente para reparar o dano sofrido, sem jamais se constituir em fonte de lucro indevido para aquele que sofreu a ofensa.

Desse modo, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, em que o bloqueio do cartão internacional do autor, se deu em país estrangeiro, sem qualquer comunicação prévia, gerando insegurança e intranquilidade, em que o autor necessitou ingressar em juízo para ver ser direito reconhecido, o valor arbitrado, pelo juízo monocrático, em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais, encontra-se em consonância com os postulados da proporcionalidade e razoabilidade, atendendo ainda, ao caráter punitivo-pedagógico do instituto, sem, contudo, representar enriquecimento sem causa.

Confira-se a jurisprudência desta Corte em hipótese semelhante:

0018801-47.2011.8.19.0042 – APELAÇÃO - 1ª Ementa Des. CLÁUDIO BRANDÃO DE OLIVEIRA - Julgamento: 25/03/2013 – Quarta Câmara Cível. Apelação Cível. Ação indenizatória. Relação de Consumo. Bloqueio indevido de cartão de crédito. Usuário do serviço em viagem internacional. Justificativa do prestador de serviço alegando suspeita de fraude. Fato do serviço. Ocorrência de danos morais e consequente dever de indenizar. Risco do empreendimento. Indenização arbitrada em R$ 5.000,00. Observância ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Recurso a que se nega seguimento. Manutenção da sentença.

0199008-72.2008.8.19.0001 - 1ª Ementa – APELAÇÃO - Des. CELSO PERES - Julgamento: 04/10/2010 - Décima Câmara Cível - Direito do Consumidor. Responsabilidade Civil. Bloqueio indevido de cartão de crédito durante viagem ao exterior de seu titular. Falha do serviço. Acidente de consumo. Responsabilidade objetiva (ART. 14, CDC) Dano moral *in re ipsa*. Impossibilidade de utilização do referido cartão, por estar o mesmo bloqueado sem qualquer motivo aparente. Indenização arbitrada em R$ 8.000,00 (oito mil reais) que observa os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como as peculiaridades do fato. Apelo improvido.

Acresce-se, que o montante fixado a título de reparação por danos morais deve ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se verificou no caso dos autos.

Neste sentido é o verbete da Súmula nº 343 desta Corte:

"A verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação".

Todavia, no que toca à multa única im-

posta no valor de R$ 12.000,00 (doze mil reais) para o caso de descumprimento da obrigação de fazer (emissão de novo cartão de crédito e cancelamento das cobranças referentes à anuidade do cartão (bloqueado) pelo período que esteve privado de sua plena utilização), a sentença impugnada carece de um pequeno reparo, tão somente para que a sua incidência, em caso de eventual descumprimento do preceitos, não se dê de forma única, mas por dia de descumprimento, devendo-se observar para tanto, o valor diário, em R$ 200,00 (duzentos reais), limitada ao patamar de R$ 12.000,00 (doze mil reais).

Finalmente, no que concerne aos prequestionamentos, destaque-se que não se vislumbra qualquer ofensa aos normativos infraconstitucionais suscitados ou mesmo aos princípios constitucionais arguidos, pelas razões acima esposadas.

Por tais fatos e fundamentos, o voto é no sentido de conhecer e dar parcial provimento ao recurso, tão somente para que a multa imposta para o caso de eventual descumprimento da obrigação de fazer incida de forma diária, no valor de R$ 200,00 (duzentos reais), limitada ao patamar de R$ 12.000,00 (doze mil reais), mantendo-se, no mais, a sentença impugnada, por seus próprios fundamentos.

Rio de Janeiro, 30 de novembro de 2016.

DES. WILSON DO NASCIMENTO REIS
Relator

OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. OBRA LITERÁRIA. ALEGAÇÃO DE DANO À MEMÓRIA DE MILITANTE POLÍTICO. EX-PRESO DA DITADURA MILITAR. DIREITO À INFORMAÇÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória. obra literária. Irresignação de familiares de ex-preso político a respeito do veiculado. Pedido indenizatório que não merece prosperar, ainda que não exista prova inequívoca da verdade dos fatos. Inexatidões que não têm o condão de gerar obrigatoriamente o dever indenizar. Direito à intimidade e à honra. Liberdade de expressão. CRFB/88. Precedentes do STF e do STJ. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Vistos, discutidos e examinados estes autos de Apelação Cível nº 0432939-43.2012.8.19.0001, em que é Apelante Addi Freitas Vanucci e Apelado Adail Ivan de Lemos.

Acordam os Desembargadores da Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Trata-se de apelação interposta por Addi de Freitas Vanucci contra a sentença (pasta 000192) que, proferida na ação indenizatória c/c obrigação de fazer, julgou improcedentes os pedidos de pagamento de indenização a título de dano moral e de publicação em jornal de grande circulação o desmentido redigido pela autora, na forma do artigo 269, inciso I, do CPC/73. Além disso, a condenou ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade de justiça deferida.

Entendeu o nobre magistrado, na ocasião, que a obra literária **Desafia o Nosso Peito** não ultrapassou os limites constitucionais da liberdade de expressão e de informação. Ademais, que, tratando-se de pessoa pública, deveria ser mitigada a proteção constitucional à honra e à imagem em favor da maior relevância da informação e do interesse público.

Irresignada, a autora apelou (pasta 00198), argumentando em suas razões recursais que o apelado, escritor da obra, cometeu dano contra a memória de seu irmão, eis que o militante, ex- preso político da ditadura militar, foi citado como "delator" sem que houvesse qualquer prova nesse sentido; que o caso foi alvo de repercussão na mídia; que o julgador equivocou-se ao considerar as fontes informadas pelo apelado, eis que não possuem neutralidade; que os direitos individuais devem prevalecer em prejuízo do direito à informação e à liberdade de expressão. Por fim, pugnou pela reforma da sentença, julgando-se procedentes os pedidos.

As contrarrazões prestigiaram o julgado (pasta 000217).

VOTO

O recurso é tempestivo e preparado (pasta 00214). Presentes os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido.

Trata-se a presente hipótese de ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória ajuizada em decorrência da publicação do livro **Desafia o Nosso Peito** em que autora alega que seu irmão Carlos Alberto Soares de Freitas, codinome "Breno", desaparecido político, militante no período da ditadura militar, foi acusado injustamente e sem qualquer prova de ser delator e traidor dos demais militantes e de seus próprios ideais.

Cinge-se a controvérsia em apurar se, no caso em comento, houve ofensa aos direitos fundamentais à intimidade e à honra, bem como se os mesmos devem ser mitigados quando em contraposição com o direito à informação e à liberdade de expressão, previstos nos artigos 5°, incisos X e XXVII, e 220, ambos da CRFB/88.

Em que pese os argumentos apresentados, nenhuma razão assiste à apelante, conforme se passa a expor.

Não se vislumbra que a conduta do apelado tenha ensejado o dever de reparar, pois não se evidenciou a pratica de ato ilícito. Isso porque, a obra em questão pautou-se em fontes de pesquisas e referências bibliográficas, conforme informado pela própria apelante. Em verdade, o que se verifica é que sua indignação reside no fato de considerar que tais fontes não seriam meios idôneos para atestar que o militante foi delator, pelo fato de terem sido produzidas por militares e agentes de repressão. Ocorre que a assertiva em questão não tem o condão de afastar o compromisso do autor da obra de buscar a reconstrução dos fatos, seja porque as referências bibliográficas utilizadas pelo escritor são fontes de pesquisa, desta forma hábeis a embasar as afirmações do réu, seja porque não vieram aos autos provas de que as informações ali veiculadas divergem da realidade dos fatos.

Ademais, ainda que assim não fosse, fato é que, conforme bem ponderou o nobre sentenciante, o direito à informação não deve ser afastado, nem mesmo, quando os fatos vierem a ser desmentidos, bastando, para tanto, que o autor da obra comprove o propósito de narrar a verdade, o que ocorreu no caso em tela, em que se verifica que a literatura foi fruto de busca pela realidade dos fatos.

Cabe considerar, ainda, que se tratando de período histórico de grande relevância, ditadura militar, não se pode negar a necessidade de informação à sociedade dos fatos ocorridos à época, o que revela a possibilidade de mitigação dos direitos individuais aventados pela autora, eis que notória a atuação do militante. No mesmo sentido, colaciona-se o precedente *in verbis*:

Relator: Ministro ANTONIO CARLOS

FERREIRA. Relator para Acórdão Ministro MARCO BUZZI. T4 – Quarta Turma - . 17/12/2015. DJe 08/03/2016. RECURSO ESPECIAL - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CONDENATÓRIA-PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS EXPERIMENTADOS EM VIRTUDE DE MATÉRIA JORNALÍSTICA PUBLICADA EM REVISTA – INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE JULGARAM PROCEDENTE O PEDIDO PARA CONDENAR A REQUERIDA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS - INSURGÊNCIA DA RÉ - RESPONSABILIDADE CIVIL AFASTADA - ABORDAGEM DA MATÉRIA INSERTA NOS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO JORNALÍSTICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Hipótese: Trata-se de ação condenatória julgada procedente pelas instâncias ordinárias para condenar a requerida ao pagamento de R$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais), a título de danos extrapatrimoniais experimentados pelo autor da demanda em razão de matéria jornalística publicada em revista.

(...)

4.2. O mérito do recurso especial coloca em confronto a liberdade de imprensa (*animus narrandi* e *criticandi*) e os direitos da personalidade. 4.2.1. A ampla liberdade de informação, opinião e crítica jornalística reconhecida constitucionalmente à imprensa não é um direito absoluto, encontrando limitações, tais como o compromisso com a veracidade da informação. Contudo, tal limitação não exige prova inequívoca da verdade dos fatos objeto da reportagem. Esta Corte tem reconhecido uma margem tolerável de inexatidão na notícia, a fim de garantir a ampla liberdade de expressão jornalística. Precedentes. 4.2.2. Não se olvida, também, o fator limitador da liberdade de informação lastrado na preservação dos direitos da personalidade, nestes incluídos os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade. Assim, a vedação está na veiculação de críticas com a intenção de difamar, injuriar ou caluniar. 4.2.3. Da notícia veiculada, muito embora aluda a fatos graves, não se vislumbra outro ânimo que não o narrativo, visto que a reportagem se limita a afirmar que o recorrido estaria sendo "investigado" pelas condutas tipificadas como crime ali descritas, o que, efetivamente, não se distancia do dever de veracidade, porquanto incontroversa a existência de procedimento investigativo. 4.3. A forma que fora realizada a abordagem na matéria jornalística ora questionada está inserta nos limites da liberdade de expressão jornalística assegurada pela Constituição da República, a qual deve prevalecer quando em conflito com os direitos da personalidade, especialmente quando se trata de informações relativas à agente público. 4.4. É sabido que quando se está diante de pessoas que ocupam cargos públicos, sobretudo aquelas que atuam como agentes do Estado, como é o caso dos autos, prevalece o entendimento de que há uma ampliação da liberdade de informação jornalística e, desse modo, uma adequação, dentro do razoável, daqueles direitos de personalidade. 4.5. Com efeito, se a notícia limitou-se a tecer comentários, ainda que críticos, atribuindo a fatos concretamente imputados, por terceira pessoa, estas identificadas e referidas como as autoras das informações divulgadas (*animus narrandi/criticandi*), inclusive ante episódios que renderam a instauração de procedimento de investigação, como é o caso dos autos, daí porque deve ser afastada a responsabilização civil da empresa que veiculou a matéria, por se tratar de exercício regular do direito de informar (liberdade de imprensa), bem como do acesso ao público destinatário da informação. 5. Recurso especial provido para julgar improcedente o pedido veiculado na demanda e afastar a multa imposta em sede de embargos de declaração (art. 538, parágrafo único, CPC).

Desta forma, considerando que não foi extrapolado o direito profissional e o dever de informar. Considerando, ainda, que não há como se extrair da obra que a intenção do autor, ora apelado, não era fazer menção aos fatos noticiados, cujo caráter é essencialmente informativo e de interesse público. Considerando, por fim, a liberdade de comunicação social ou de imprensa, garantida constitucionalmente, não há como se concluir pela procedência dos pedidos. Confira-se, na mesma linha, o julgamento do ARE n° 751724, sob a relatoria do Ministro LUIZ FUX:

ARE nº 751724 AgR/RJ - RIO DE JANEIRO.AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator (a): Min. LUIZ FUX. julgamento: 10/09/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DANO MORAL. DIREITO DE IMAGEM. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO ARE Nº 739.382. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL.

1. O dano moral, quando aferido pelas instâncias ordinárias, não revela repercussão geral apta a dar seguimento ao apelo extremo, consoante decidido pelo Plenário virtual do STF, na análise do ARE nº 739.382, da Relatoria do Min. GILMAR MENDES. 2. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: "RESPONSABILIDADE CIVIL. VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA. DANO MORAL E MATERIAL NÃO CARACTERIZADO. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. INTERESSE PÚBLICO PRESENTE. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS. LEI DA IMPRENSA NÃO RECEPCIONADA PELA CR/88. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. Deve ser apreciado o agravo retido interposto a f. 116/120 dos autos, já que pode ser ele conhecido, uma vez que foi requerido pela apelada, em sede de contrarrazões, em cumprimento ao art. 523, do CPC. 2. Analisando os termos da sentença atacada, verifica-se que a mesma realmente é sucinta, mas considerou tudo o que foi pedido pelo autor apelante. 3. Ressalte-se que a prova é endereçada ao julgador para que forme seu convencimento e estrita à sua utilidade, consagrando a legislação processual pátria, nos artigos 125, inciso II, e 130, ambos do Código de Processo Civil, o dever do Juiz de velar pela rápida solução do litígio" e indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias. 4. No presente caso, o direito subjetivo reivindicado deve ser avaliado à luz do ordenamento constitucional, que, ao mesmo tempo em que assegura a inviolabilidade à honra, à vida privada — art. 50, X, e a proteção à imagem — art. 50, XXVII, também prevê que a manifestação do pensamento, a expressão da informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão nenhuma restrição — art. 220. 5. A matéria não leva a crer que a intenção do jornal fosse outra que não fazer menção aos fatos noticiados, ostentando caráter eminentemente informativo e de interesse público. 6. Rejeição do agravo retido e das preliminares e, no mérito, por maioria, negou-se provimento ao recurso, vencida a Des. TERESA CASTRO NEVES que deu provimento ao recurso." 7. Agravo regimental desprovido.

Por estas razões, voto pelo voto pelo desprovimento do recurso.

Rio de Janeiro, 1º de dezembro de 2016.

Des. José Acir Lessa Giordani
Relator

PUBLICAÇÃO DE FOTOGRAFIA EM JORNAL ELETRÔNICO. POLICIAL MILITAR HÁ MAIS DE DEZ ANOS. BOPE. IMAGEM DO POLICIAL VINCULADA À NOTÍCIA DE ATO POR ELE

NÃO PRATICADO. EXTRAPOLAÇÃO DO DIREITO DE INFORMAR. DANO MORAL.

Apelação Cível. Indenização Por Dano moral. Matéria jornalística veiculada em periódico do réu na *internet*. Sentença de procedência. Apelo do réu. Colisão entre direitos fundamentais. Liberdade de imprensa x direito à honra. Ponderação de interesses.

Irresignação recursal contra sentença que julgou procedente o pedido de indenização pelo Dano moral, condenando o réu ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Na ocorrência de conflito entre direitos fundamentais (direito à honra e à liberdade de expressão), faz-se necessário ponderá-los diante da análise do caso concreto.

No caso em tela, ainda que o artigo jornalístico não tenha mencionado o nome do autor, a publicação de sua foto é suficiente para fazer os leitores suporem que aqueles agentes que aparecem na imagem haviam sido banidos do Batalhão de Operações Especiais – BOPE da Polícia Militar por terem praticado atos de insubordinação aos seus superiores, ao negarem-se a reprimir outros policiais militares que estavam em greve pleiteando aumento salarial. Assim, a publicação da fotografia do autor na matéria é suficiente para induzir os leitores a concluírem pela sua atuação negativa, ainda que o demandante não estivesse envolvido nos fatos narrados.

Os meios de comunicação têm o dever de informar os fatos de forma isenta e meramente informativa. Assim, conclui-se que o réu extrapolou o seu direito de informar ao veicular a imagem do autor à notícia que não se relacionava a nenhum ato por ele praticado, causando repercussão direta e imediata na esfera íntima e pessoal do recorrido, configurando o dano moral e, consequentemente, o dever de indenizar, conforme os artigos 187 e 927 do Código Civil.

***Quantum* indenizatório arbitrado em R$ 10.000,00 (dez mil reais), em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade considerando-se as condições pessoais das pessoas envolvidas, as circunstâncias do fato, a extensão do dano causado e o caráter punitivo-pedagógico.**

Recurso que se conhece e ao qual se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0134504-18.2012.8.19.0001 em que é Apelante IG *Internet Group* do Brasil e Apelado Francisco Eugenio Mantuano.

Acordam os Desembargadores da Oitava Câmara Cível, por unanimidade, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Trata-se de apelação cível interposta pelo réu, IG *Internet Group* do Brasil, em face do autor, Francisco Eugenio Mantuano, contra a sentença proferida pelo Juízo *a quo* em ação de indenização por dano moral.

Adoto, na forma regimental, o relatório da sentença de f. 187/189 (índice 00209):

"Francisco Eugênio Mantuano propôs Ação de Indenização em face de IG – *Internet Group* de Brasil, nos termos da petição inicial de f. 02/05, que veio acompanhada dos documentos de f. 06/15. Citada a parte ré apresentou sua contestação a f. 29/41, instruída pelos documentos de f. 42/60. Réplica apresentada pela parte autora a f. 62/64. Relatados."

Dispositivo nos seguintes termos:

"Isto posto, julgo procedente o pedido, condenando a parte ré ao pagamento da indenização, a título de danos morais, na importância de R$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescida dos

juros legais desde a efetiva citação e monetariamente corrigido a partir da publicação da presente sentença. Condeno a parte ré ao pagamento das custas e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Transitada em julgado a presente, intime-se a parte ré, na pessoa de seu patrono, para efetuar o pagamento, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme preceitua o artigo 475 J, do Código de Processo Civil. P.R.I.".

Em apelo a f. 102/109 (índice 00123), o réu alega que: 1) a veiculação da matéria tem o condão legítimo de informar a sociedade sobre os fatos narrados, que são de cunho social e de interesse de todos; 2) em momento algum denegriu a imagem do autor ou feriu a sua honra, limitando-se a narrar o fato ocorrido; 3) o autor não produziu prova do dano moral que afirma ter suportado. Requer a improcedência do pedido inicial ou a redução do *quantum* indenizatório fixado. Contrarrazões do autor, a f. 112/114 (índice 00133), pela manutenção da sentença.

VOTO

O recurso é tempestivo e ostenta os demais requisitos de admissibilidade, razão porque o conheço.

O autor, ora apelado, ajuizou ação indenizatória por dano moral afirmando que é policial militar há mais de 10 (dez) anos, está lotado no Batalhão de Operações Especiais – BOPE e que no dia 09/03/2012 o réu, ora apelante, publicou na primeira página de seu jornal eletrônico, "IG – Último Segundo", uma fotografia do demandante com o título "caveiras" que pararam em greve são banidos do Bope até o fim da carreira". Aduz que a fotografia referia-se a uma operação feita na Rocinha em novembro de 2011, quando da implantação das UPP naquela localidade. Alega que quando da publicação da matéria jornalística estava de férias e teve seu momento de descanso interrompido pelas inúmeras ligações recebidas de amigos e familiares que o questionavam se havia sido expulso do BOPE, o que lhe gerou danos por ter sua imagem vinculada a fato negativo inverídico. O recorrente, por sua vez, argumenta que agiu dentro do regular direito de informar à população os fatos noticiados, dentro dos limites à liberdade pessoal de todos os envolvidos.

A Constituição Federal consagrou como direitos fundamentais a liberdade de expressão e comunicação (art. 5º, IV, IX, e art. 220[5]), mas, também, garantiu os direitos da personalidade relativos à privacidade e a imagem (art. 5º, V, X da Constituição e artigos 12, 20 e 21 do Código Civil[6]). Em casos de conflito en-

5 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...)
IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

6 Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.
Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a

tre tais direitos faz-se necessário ponderá-los diante da análise do caso concreto.

No caso em tela ainda que o artigo jornalístico não tenha mencionado o nome do autor a publicação da sua foto é suficiente para fazer os leitores suporem que aqueles agentes que aparecem na imagem haviam sido banidos do BOPE por terem praticado atos de insubordinação aos seus superiores ao negarem-se a reprimir outros policiais militares que estavam em greve pleiteando aumento salarial. Assim, a publicação da fotografia do autor na matéria é suficiente a induzir os leitores a concluírem pela sua atuação negativa, ainda que o demandante não estivesse envolvido nos fatos narrados.

Ressalte-se que a imagem do autor, captada pela Agência O Globo, referia-se à apreensão de armas na Rocinha em novembro de 2011 e não tinha qualquer relação com a expulsão de integrantes do BOPE. Além disso, o consentimento da publicação de fotografias em determinada matéria não autoriza seu uso irrestrito em outras impressões, ainda mais quando realizada por outra editora ou periódico com o intuito de chamar a atenção para a matéria veiculada e, assim, aumentar o alcance de sua exploração comercial e econômica.

A liberdade de expressão não pode se sobrepor em absoluto aos direitos fundamentais e da personalidade relativos à privacidade e a imagem. Contudo, ao ponderar os direitos fundamentais em conflito torna-se nítido que a liberdade de expressão foi exercida além dos limites impostos pelo princípio da razoabilidade. A imprensa tem o dever de informar os fatos conforme a realidade, ou seja, a cobertura jornalística deve ser isenta e meramente informativa. Assim, conclui-se que o réu extrapolou o seu direito de informar ao veicular a imagem do autor em notícia que não se relacionava a nenhum ato por ele praticado, causando repercussão direta e imediata na esfera íntima e pessoal do mesmo.

Com efeito, mesmo uma atividade a princípio lícita - como é a jornalística - pode gerar o dever de indenizar quando exercida além dos limites impostos por outros direitos envolvidos. A forma com que a imagem do autor foi exposta aos leitores foi abusiva e configura o dano moral, que leva ao dever de indenizar, conforme os artigos 187 e 927 do Código Civil[7].

Nesse sentido, jurisprudência deste Tribunal:

APELAÇÃO. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL E MATERIAL. USO INDEVIDO DA IMAGEM DO AUTOR EM MATÉRIA VEICULADA EM JORNAL, NOTICIANDO FATO INVERÍDICO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DO AUTOR. DANO MORAL CONFIGURADO. COM O USO INDEVIDO DO DIREITO PERSONALÍSSIMO, NÃO HÁ NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO PARA A CONFIGURAÇÃO DO DANO, QUE SURGE COM A SIMPLES UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO NOME. APELAÇÃO A QUAL SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. (0136044-09.2009.8.19.0001) - APELACAO. 1ª Ementa.

seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.
Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.
Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

7 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Des. LUIZ HENRIQUE MARQUES - Julgamento: 25/06/2015 – Décima Nona Câmara Cível). Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização, envolvendo matéria publicada no Jornal Extra a respeito do trabalho realizado pelo autor, que é arquiteto, na residência do ator Reynaldo Gianecchini. Contexto probatório que demonstra que os fatos restaram incontroversos. Conflito entre direitos fundamentais previstos constitucionalmente - O direito à livre expressão da atividade intelectual e de comunicação não pode ser exercido abusivamente, mas, muito pelo contrário, deve respeitar os estreitos limites impostos pela Lei Maior, sob pena de violar valores essenciais, de idêntica estatura jurídica e igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, em especial a intimidade, a vida privada e a honra das pessoas No mesmo sentido o artigo 20 do Código Civil.

Reportagem que induziu o leitor à falsa compreensão de ter sido o autor quem forneceu as fotografias publicadas, comprometendo seu nome, reputação e respeitabilidade perante os clientes. Fotos obtidas através do *site* do demandante que, obviamente, não dá ao réu o direito de publicar o trabalho do profissional, sem sua autorização - Matéria publicitária que se destina a exploração comercial e econômica - Desnecessidade de prova do prejuízo Súmula n° 403 do Superior Tribunal de Justiça. Dano moral configurado. Mantença do *quantum* indenizatório - Desprovimento do recurso. (0011223-42.2010.8.19.0212 - APELAÇÃO - Des. CAMILO RIBEIRO RULIERE - Julgamento: 03/09/2013 – Primeira Câmara Cível).

Na espécie, a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por dano moral é razoável e proporcional, considerando-se as condições pessoais dos envolvidos, as circunstâncias do fato, a extensão do dano causado, o caráter punitivo-pedagógico da condenação e, também, a jurisprudência desta Corte em casos similares:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. USO INDEVIDO DE IMAGEM. VEICULAÇÃO EM MATÉRIA JORNALÍSITICA SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANO MORAL NO VALOR DE R$ 10.000,00. INCONFORMISMO DO RÉU QUE NÃO MERECE PROSPERAR. Uso não autorizado da imagem da autora que é fato incontroverso, pelo que se evidencia o seu direito a ser indenizada, em face da patente violação ao direito inerente à sua personalidade. Alegação de que a matéria teria sido informativa que não afasta o ilícito praticado, já que o direito à imagem é atributo da personalidade e para a veiculação da estampa da pessoa torna-se indispensável a autorização da titular, conforme artigo 5º, X, da CRFB. Comentários ofensivos e constrangedores em razão da publicação. Ainda que a matéria objeto da lide tenha exclusivo caráter jornalístico ou informativo - como alegou a ré não exclui sua responsabilidade se não houve autorização expressa da autora para veicular sua imagem, da qual, repita-se, sua repercussão feriu de morte o artigo 1º, II, da CRFB. Entendimento consolidado do E. STJ de que a obrigação de reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano, o que ainda assim ocorreu nestes autos. Dano moral *in re ipsa*. Aferição do *quantum* que deve levar em conta uma compensação para a vítima em razão do sofrimento impingido e também produzir no causador do mal o impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado. Sentença que mostrou-se irrepreensível ao condenar a ré ao pagamento de R$ 10.000,00 a esse título. Recurso a que se nega provimento. (0016592-55.2012.8.19.0209. 3ª Ementa – APELAÇÃO - Des. ANDRÉ RIBEIRO - Julgamento: 31/03/2015 – Vigésima Primeira Câmara Cível.

AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. USO INDEVIDO DA IMAGEM. MATÉRIA JORNALÍSTICA. EXIBIÇÃO DE FOTOGRAFIA DO AUTOR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. DANO *IN RE IPSA*. DEVER DE INDENIZAR. ENTENDIMENTO PACÍFICO DO STJ. VERBA CORRETAMENTE ARBITRADA. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. - Veiculação de matéria jornalística. Exibição da imagem do autor sem que houvesse autorização do mesmo. - Direito à imagem que se qualifica como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo. Diante da divulgação de fotografia sem a autorização do fotografado há o dever de indenizar. Desnecessidade de comprovação de prejuízo, tratando-se, pois, de dano *in re ipsa*, em conformidade com o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça. - Verba arbitrada a título de danos morais decorrentes do uso indevido da imagem fixada no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais). Observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (0016902-48.2013.8.19.0202 - APELAÇÃO. 1ª Ementa. Des. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA - Julgamento: 27/05/2014 – Vigésima Segunda Câmara Cível.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso, mantendo a sentença nos seus termos.

Rio de Janeiro, 16 de fevereiro de 2016.

DES. CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA
Relator

RESPONSABILIDADE CIVIL. FOTO DE EX-JOGADOR PROFISSIONAL DE FUTEBOL EM PUBLICAÇÃO NA *INTERNET*. IMPUTAÇÃO DE SUA IMAGEM A CRIME DE ESTUPRO COMETIDO POR QUATRO ATLETAS. GRANDE REPERCUSSÃO DO ATO. INDENIZAÇÃO. MAJORAÇÃO.

Responsabilidade civil. Vinculação de foto do autor à notícia sobre estupro supostamente praticado por atletas. Alegação recursal de que a imagem se referia ao subtítulo "veja essa e mais polêmicas envolvendo atletas". Imagens que, em geral, se destinam à ilustração da notícia principal. Publicação evidentemente ofensiva ao autor que, embora exerça atualmente a profissão de comentarista, ficou conhecido como jogador de futebol profissional. Ofensa à honra objetiva do autor verificada nos comentários dos leitores da ré na *internet*. Dever de indenizar configurado. Indenização por dano moral arbitrada em R$ 10.000,00 reais. Majoração que se impõe, ante ao caráter punitivo pedagógico dessa verba e a extensão do dano. Desprovimento do primeiro recurso e provimento do segundo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n° 0036375-96.2013.8.19.0209 em que são Apelantes (1) IG Publicidade e Conteúdo Ltda. e (2) Edmundo Alves de Souza Neto e Apelados os mesmos.

Acordam os Desembargadores da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento à primeira apelação e dar provimento à segunda, nos termos do voto do Relator.

Edmundo Alves de Souza Neto propôs a presente ação de responsabilidade civil em face de IG Publicidade e Conteúdo Ltda., alegando que, no dia 30 de setembro de 2013, ao acessar sua *fanpage* na rede social Facebook, se deparou com uma publicação da ré, que vinculava a sua imagem à notícia sobre um crime de estupro supostamente praticados por quatro jogadores de futebol. Asseverou que é empresário, ex-jogador profissional de utebol, de caráter idôneo, e que a

vinculação da sua imagem à dita reportagem lhe causou profundo constrangimento e teve intensa repercussão social. Salientou que, em apenas quarenta minutos de publicação, já havia aproximadamente 50 (cinquenta) comentários de leitores; que, ao vincular a sua imagem à publicação da matéria em questão, a ré colocou em questão sua índole, imputando-lhe conduta criminosa, em atitude caluniosa; que o conteúdo somente foi retirado da internet após provocação da assessoria do autor; e que a ré tem plena noção da visibilidade e da exposição de seu conteúdo. Pediu a condenação da ré ao pagamento de indenização a título de dano moral.

A sentença (indexador 000134) julgou procedente o pedido inicial, condenando a ré ao pagamento de indenização, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de dano moral, devendo a verba ser acrescida de juros legais a contar da citação e correção monetária desde a data da sua fixação. Ainda, condenou a ré ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação.

A ré interpôs apelação (indexador 000140), sustentando que o apelado distorceu a verdade dos fatos, uma vez que a matéria publicada pela apelante tinha como título "Polêmica: Quatro Jogadores são acusados de estupro em Curitiba. Veja essa e mais polêmica envolvendo atletas" (*sic*). Argumentou que o autor é comentarista de futebol da Rede Bandeirantes e não mais jogador de futebol, razão pela qual não há que falar em ligação dele com o título principal da referida matéria; que a sua foto se referia ao subtítulo, uma vez que é do conhecimento de todos que o apelado já se envolveu em polêmicas, tanto na sua carreira de jogador, como na sua vida pessoal, o que foi reconhecido na inicial da presente demanda; e que, apesar de sua conduta estar assegurada pela Constituição Federal, que, em seus artigos 5º, IX, e 220, garante o direito à liberdade de imprensa e de expressão, após solicitação do autor, retirou sua imagem da publicação, em clara demonstração de boa-fé. Asseverou que não tinha qualquer interesse em atrair leitores com a foto publicada e que, sendo o autor pessoa pública, seu direito de imagem é mais restrito do que o daquelas que não ostentam tal característica. Aduziu que, para que seja configurado o dever de indenizar, devem ser levados em consideração as circunstâncias particulares que envolveram a captação e a exposição da imagem e o elemento psicológico que evidencie o sofrimento suportado pela vítima, o que não se verificou no caso sob estudo, em que não vinculou a imagem do autor ao título principal, não se tratava de situação ofensiva e não havia qualquer ilicitude na conduta da ré. Por fim, disse que o autor não comprovou que teve sua imagem abalada perante terceiros ou que sofreu imensurável dor e constrangimento, tendo havido dramatização excessiva de situação que não causou qualquer transtorno além do razoável, e que, em atenção ao princípio da eventualidade, o valor da indenização arbitrada na sentença deve ser reduzido, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da moderação. Pediu a reforma da sentença.

Apelou também o autor (indexador 000152), objetivando a majoração da verba indenizatória arbitrada para o dano moral para R$ 100.000,00.

As partes apresentaram contrarrazões (indexadores 000198 e 000210).

VOTO

A Constituição Federal, em seus artigos 5º, IX, e 220, §§ 1º e 2º, garante o direito de livre expressão à atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Em seu artigo 5º, X, por outro lado, a Lei Maior dispõe que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Os dois direitos fundamentais supracitados estão em constante conflito e, como forma de harmonizar a sua coexistência, uma delas deve condicionar a outra, atuando como um limite, a fim de evitar excessos.

Assim, se o direito à liberdade de expressão se contrapõe ao direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, entende-se que este último deve condicionar o exercício do primeiro.

No caso sob exame, verifica-se que a publicação supostamente ofensiva à honra do autor, ora segundo apelante, consiste na vinculação de sua foto, cercado de agentes policiais, a uma notícia jornalística acerca de um crime de estupro, do qual foram acusados quatro atletas (indexador 000024).

É irrelevante, o fato de ele exercer, atualmente, a profissão de comentarista, já que sua fama tem origem na sua carreira como jogador de futebol e assim ele é reconhecido em todo o país.

Ainda que a publicação tenha mencionado, como subtítulo, "Veja essa e mais polêmicas envolvendo atletas", o objetivo da imagem, em geral, é ilustrar a notícia principal, e, por tal razão, são evidentes os seus efeitos para o autor, ora segundo apelante.

A repercussão do ato, veiculado na rede mundial de computadores, foi imediata e a vinculação da imagem do autor à notícia principal pode ser facilmente verificada nos comentários dos leitores da ré, ora primeira apelante, à dita publicação (indexadores 000025/000029).

Considera-se, com isso, suficientemente demonstrado o dano à imagem do autor, sendo inequívoca a ofensa à sua honra objetiva.

Diante disso, é inafastável o dever de indenizar.

O *quantum* indenizatório arbitrado na sentença em R$ 10.000,00 não merece redução, haja vista que deve atender ao caráter punitivo e pedagógico da verba relativa ao dano moral, devendo, por outro lado, ser majorado, em razão da extensão do dano, já que a imagem do autor, ora segundo apelante, teve expressiva repercussão nas redes sociais mesmo no curto espaço de tempo em que ficou vinculada à notícia sob exame.

Diante do exposto, nega-se provimento à primeira apelação e dá-se provimento à segunda, para majorar a indenização para R$ 30.000,00.

Rio de Janeiro, 19 de outubro de 2016.

DES. ANDRÉ ANDRADE
Relator

RESPONSABILIDADE CIVIL. NOTÍCIA SENSACIONALISTA EM JORNAL. ABUSO DE DIREITO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. MAUS-TRATOS CONTRA FAMILIARES ENVOLVENDO VIDA PESSOAL DE ARTISTA. REGISTRO DE OCORRÊNCIA POLICIAL. DIVULGAÇÃO E EXPOSIÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO. LIMITES DO DIREITO DE DIVULGAR A MATÉRIA QUE DEVEM SER OBSERVADOS. MAJORAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA.

Apelação Cível. Responsabilidade civil. Notícia veiculada em jornal. Acusação de crime praticado pelo autor. Indenização por dano moral. A Constituição Federal outorgou, no art. 220, direitos à informação e liberdade de expressão, mas também resguardou ao cidadão o direito à intimidade, honra e imagem, em seu art. 5º. A notícia veiculada não se pautou nos limites do direito de divulgar a matéria obtida de forma concreta, envolvendo o autor em prática de condutas típicas e antijurídicas, ou seja, reprovadas pelo ordenamento jurídico. A veiculação de notícias de forma sensacionalista, desvirtuando o direito de bem informar o público leitor, configura o abuso do direito à plena liberdade de informação jornalística, propiciando ao ofendido pleitear reparação dos danos causados, desde que comprovado que a notícia veiculada é inverídica ou injuriosa, que é a hipótese dos presentes autos. Reforma parcial da sentença.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0022711-06.2014.8.19.0001 em que são Apelantes: 1-Infoglobo Comunicação e Participações S/A, Michel Luis de Sá Pereira e Leonardo Ferreira Monteiro, Apelante 2: Hugo Gross Schweller, e Apelados os mesmos.

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso dos réus e dar parcial provimento ao apelo do autor, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelas partes contra a sentença de f. 361/363 que, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenizatória por danos morais proposta por Hugo Gross Schweller em face de Infoglobo Comunicação e Participações S/A e outros, julgou procedente o pedido e extinguiu o processo com julgamento do mérito na forma do disposto no art. 269, inciso I, do CPC, condenando os réus solidariamente a pagarem ao autor o valor de R$ 30.000,00 com juros e correção monetária, além de pagaram as custas e os honorários de 10% do valor da condenação moral, nos moldes do art. 20, par. 4º, do CPC/73.

Em suas razões recusais de f. 378/396, os réus alegam a ilegitimidade passiva porque, pelo que se verifica da inicial e das reportagens, a irresignação do autor tem por base as declarações prestadas por sua mãe e irmã em entrevista concedida àqueles, as quais afirma não serem verídicas. Não se verifica, portanto, como os apelantes poderiam ser responsabilizados por eventual dano, na medida em que o jornal "Extra" se limitou a reproduzir declarações prestadas por terceiros, estranhos às suas atividades. A atuação foi pautada no cumprimento do dever de informar, com a divulgação de notícias, opiniões e informações aos leitores sobre temas de seu interesse, nada mais.

No mérito requerem a reforma da sentença alegando que não têm nenhum interesse pessoal ou sensacionalista em divulgar denúncias relativas a quem quer que seja, não tendo sido perpetrado deliberado e gratuito ataque contra aquele. A matéria em questão tratava de assunto sério: violência doméstica, maus tratos (físicos e psicológicos), apropriação indébita e golpe que teriam sido cometidos pelo autor contra seus familiares, cabendo destacar a idade da mãe daquele – 80 anos. O pano de fundo da matéria abrangia também a péssima situação em que muitos idosos se encontram, sem apoio dos familiares e muitas vezes sendo por eles explorados, além de negligenciados.

Sustentam que as polêmicas quanto ao comportamento do demandante não eram surpresa para aqueles que acompanham a vida e as notícias sobre celebridades televisivas, pelo que se conclui que a tão alardeada alegação de dano deve ser examinada com muito cuidado. Afinal,

não se trata de pessoa desconhecida, com vida familiar discreta como descrito na inicial.

Pleiteiam seja acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva, extinguindo o feito, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC/1973; ultrapassada a preliminar, seja julgado integralmente improcedente o pedido, condenando-se o apelado aos ônus da sucumbência; na hipótese de manutenção da condenação, seja reduzido o valor da indenização, sob pena de enriquecimento ilícito.

O autor sustenta em seu apelo de f. 398/418 que tratou de fofoca mesquinha de baixo calão e vil categoria, típica do "jornalismo exercido" pelos apelados. Ainda que ostente a profissão de ator, não se envergonha de reconhecer que não figura mais dentre as grandes estrelas globais do cenário televisivo nacional a ponto de ter sua intimidade relativizada em prol do interesse público. Os réus abusaram da liberdade garantida pela Constituição Federal (artigos 5º, inciso IX, e 220) e os artigos 186, 187 e 927, do Código de Civil, assim como o artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal, não estabelecem limites para a reparação ao dano moral sofrido. Muito pelo contrário, o espírito do legislador é justamente de que a reparação seja proporcional e efetiva.

Requer seja aumentada a verba indenizatória fixada e julgado procedente o pedido de ampla reparação deduzido na inicial, para que lhe seja garantido o direito de exigir dos apelados o cumprimento de obrigação de fazer, na forma do artigo 461, do Código de Processo Civil, consubstanciada na manifestação da verdade contida no texto de resposta oferecido em anexo à petição inicial (doc. 17 da petição inicial), a ser veiculado/publicado pelo réu nas mesmas mídias (jornal e Internet), com o mesmo destaque, páginas, chamada de capa, formato e caracteres tipográficos.

As partes apresentaram suas contrarrazões.

VOTO

O recurso merece ser conhecido por preencher os requisitos de admissibilidade.

De início, afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva, pois além de os argumentos apresentados pelos réus dizerem respeito ao mérito, a legitimação implica pertinência subjetiva para a causa que decorre da relação jurídica de direito material narrada na inicial ou da autorização dada por lei, hipótese em que diversamente da anterior, está se pleiteando em nome próprio direito alheio.

A legitimidade do réu caberá ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão, logo, decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente o pedido, a suportar os efeitos oriundos da sentença.

No mérito, não resta melhor sorte aos recorrentes, pois tanto a matéria de fato como a de direito foram bem analisadas pelo juízo prolator da sentença, que deu à lide a mais justa solução, devendo ser mantida.

O autor pretende ser ressarcido por alegados danos morais sob o fundamento de que o jornal Extra veiculou matéria jornalística, associando o mesmo à prática de ilícito penal (roubo e falsificação de documentos) em relação a familiares, envolvimento com prostitutas e drogas.

A Constituição Federal outorgou, no art. 220, direitos à informação e liberdade de expressão, mas também resguardou ao cidadão o direito à intimidade, honra e imagem, em seu art. 5º.

O STF, desde a ADPF 130-DF, declarou a não recepção da Lei nº 5.250/67 pela nova

ordem constitucional, estabelecendo que o inc. V do art. 5º CF/88 tem eficácia plena, e que a liberdade de imprensa, deve e pode ser limitada em certas hipóteses, sem ofensa ao princípio democrático no Estado de Direito, quando agredir, desnecessariamente, a honra subjetiva dos envolvidos na matéria jornalística objeto de controvérsia.

O professor SERGIO CAVALIERI FILHO, em sua obra **Programa de Responsabilidade Civil,** Editora Malheiros, São Paulo, expõe que "Os órgãos de comunicação, é verdade, não estão obrigados a apurar, em todos os casos, a veracidade dos fatos antes de torná-los públicos. Se tal lhes fosse exigido a coletividade ficaria privada do direito à informação, que deve ser contemporânea às ocorrências, sob pena de tomar-se caduca e desatualizada, perdendo a sua finalidade".

No entanto, a veiculação de notícias em jornais de forma sensacionalista, desvirtuando o direito de bem informar o público leitor, configura o abuso do direito à plena liberdade de informação jornalística, propiciando ao ofendido pleitear reparação dos danos causados, desde que comprovado que a notícia veiculada é inverídica ou injuriosa, que é a hipótese dos presentes autos.

Pelos fatos narrados e provas colhidas, especialmente as reportagens de f. 46/54 ficou clara a ofensa perpetrada pelos demandados, pois conquanto entendam que a matéria em questão tratava de assunto sério – violência doméstica, maus tratos (físicos e psicológicos), apropriação indébita e golpe –, na realidade diz respeito à vida pessoal do autor, e é nesta seara que deve permanecer.

É certo que a situação envolvendo celebridades, por si só, despertam a atenção do público em geral. No entanto, isto não pode ser motivo para que a vida pessoal do artista seja exposta sem sua autorização, ainda mais em se tratando de problemas familiares.

Os *sites* proporcionam relevante contribuição à formação da opinião pública. Desta forma, as notícias que divulgam não podem ser levianas, maldosas e inconsequentes.

Sobre o tema, note-se o entendimento da jurisprudência:

PUBLICAÇÃO JORNALÍSTICA. PUBLICAÇÃO OFENSIVA. IMPUTAÇÃO DE CRIME. FALSA IMPUTAÇÃO. DANO MORAL. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. SENTENÇA CONFIRMADA. Ação de Indenização por danos morais. Agravo retido inconsistente. Contradita de testemunha arrolada que não procede, até porque ainda que acolhida não alteraria a convicção julgadora. Falsa imputação de autoria de fato típico e anti-jurídico. Reportagens publicadas em jornal de grande circulação por iniciativa da ré, que também distribui na localidade a aludida matéria jornalística. Comprovado o dano, a sua autoria e o nexo de causalidade entre ambos, exsurge incólume o dever de indenizar. Verba fixada em R$ 18.000,00 (dezoito mil reais) a partir do acórdão, bem adequada à hipótese vertente. Recurso que se nega provimento. Des. ROBERTO CORTES - Julgamento: 03/04/2002 – Décima Terceira Câmara Cível. 2001.001.23345. APELAÇÃO CÍVEL.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PUBLICAÇÃO JORNALÍSTICA. DANO MORAL. PRINCIPIO DA RAZOABILIDADE. PROVIMENTO PARCIAL. Apelação. Ação indenizatória. Dano moral. Noticia jornalística, em relação à pessoa do ofendido, falsa e injuriosa à sua dignidade. Responsabilidade civil da empresa editora do jornal, no caso, pelo dano moral injusto causado ao lesado, que é passível de indenização. Prova bem considerada na decisão monocrática, que justificou, a conten-

to, a culpa atribuída à demandada-apelante, facilmente observada. O reconhecimento da existência da responsabilidade civil decorre de um juízo sobre o que normalmente acontece em situações como a considerada nos autos, em que a vítima da ofensa é submetida a uma série de situações de constrangimento, preocupação com o seu bom nome no meio social, repercussão negativa, dor moral pela ofensa imerecida, pela incúria precipitação, malícia ou negligência do praticante da falta, pela qual deve responder. A indenização há de ser fixada em termos razoáveis, não justificando-se a que manifeste abuso e exagero, devendo operar-se com moderação, proporcionalidade e razoabilidade, observados os seus fins específicos, segundo os bons conselhos da doutrina e da jurisprudência, com atenção à realidade da vida e as peculiaridades de cada caso. Redução do *quantum* reparatório arbitrado na decisão recorrida, visando sua conveniente adequação à própria jurisprudência da Câmara. Provimento parcial do recurso. Des. RONALD VALLADARES - Julgamento: 13/05/2003 - Décima Sexta Câmara CíveL. 2002.001.22707 - APELAÇÃO CÍVEL.

Restou claro que a notícia veiculada não se pautou nos limites do direito de divulgar a matéria obtida de forma concreta, envolvendo o autor em possível prática de condutas típicas e antijurídicas, ou seja, reprovadas pelo ordenamento jurídico.

A toda evidência não se trata apenas de mero aborrecimento, pois tal situação afeta profundamente o equilíbrio psicológico de qualquer pessoa normal, causando duradouro aborrecimento, mal-estar, revolta e frustrações.

Quanto ao arbitramento do valor da verba indenizatória, o juiz dever fixar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.

A sentença monocrática, no tocante ao valor da verba indenizatória pelo dano moral, deve ser reformada, tendo em vista que aquele deve estar de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, motivo pelo qual fixa-se a indenização em R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais).

Nesse sentido, já se pronunciou a E. 14ª Câmara Cível, nos autos da Apelação Cível nº 2006.001.07382, de minha Relatoria:

DES. FERDINALDO DO NASCIMENTO - Julgamento: 06/06/2006 - Décima Quarta Câmara Cível - PUBLICAÇÃO DE REPORTAGEM SOBRE OPERAÇÃO POLICIAL. INFORMAÇÃO FALSA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. PESSOA FÍSICA E JURÍDICA. A Constituição Federal outorgou, no art. 220, direitos à informação e liberdade de expressão, mas também resguardou ao cidadão o direito à intimidade, honra e imagem, em seu art. 5°. A notícia veiculada não se pautou nos limites do direito de divulgar a matéria obtida nos meios policiais, envolvendo os autores em prática de condutas típicas e antijurídicas, ou seja, reprovadas pelo ordenamento jurídico. Recurso conhecido e parcialmente provido.

Por fim, a obrigação de fazer consubstanciada na manifestação da verdade contida no texto de resposta oferecido em anexo à petição inicial não merece provimento, pois além de as informações terem sido prestadas pelos familiares do autor, as mesmas estão embasadas em registro de ocorrência.

Como ressaltado pelo juízo monocrático "Quanto a obrigação de fazer, considerando

que as informações foram prestadas por familiares, não parecendo ser inverídicas, limitando-se a conduta dos réus na propalação, não será acolhida. Observe-se que a reportagem, ainda que sensacionalista, está baseada em fatos relatados outrora pela ex-esposa e atuais pela mãe e pela irmã e embasados em registros de ocorrência policial".

Por todo o exposto, nega-se provimento ao apelo dos réus e dá-se parcial provimento ao recurso do autor para fixar a verba indenizatório dos danos morais em R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), com correção monetária a partir desta data, ficando as partes cientes da possibilidade de aplicação da sucumbência recursal por esta Câmara Cível nos eventuais recursos vindouros, *ex vi* o art. 85, §§ 1º e 11, do NCPC e Enunciado Administrativo n° 7 do STJ.

Rio de Janeiro, 27 de setembro de 2016.

DES. FERDINALDO NASCIMENTO
Relator

VÍTIMA COM PROBLEMAS CARDÍACOS. ÓBITO. ALEGAÇÃO DE MEDICAMENTO VENCIDO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO MÍNIMA DO FATO CONSTITUTIVO DO ALEGADO DIREITO. RECURSO IMPROVIDO.

Apelação Cível. sentença (índex 248) que julga improcedentes os pedidos. recurso da autora a que se nega provimento. Cinge-se o mérito em apurar a responsabilidade da Ré pelo evento narrado em inicial, bem como quanto à existência de dano moral a ser compensado. Narra a autora que seu marido, Manoel Cardoso de Melo, tinha problemas cardíacos, necessitando utilizar o medicamento Brilinta, 90mg, de 12 em 12 horas (índex 19). Relata ter adquirido o referido medicamento com a reclamada, no dia 23 de dezembro de 2012, pelo valor de R$ 293,81 (duzentos e noventa e três reais e oitenta e um centavos) - índex 20. Afirma que seu marido tomou o remédio às 8h do dia 24 de dezembro de 2012, e se sentiu mal, às 13h30min, vindo a falecer às 15h do mesmo dia. Assevera que o medicamento que fora adquirido com a demandada estava vencido há quatro meses e teria causado a morte do seu cônjuge. A sentença fundamentou-se na circunstância de não ter a requerente comprovado minimamente o fato constitutivo de seu direito. Verifica-se que, de fato, a suplicante não trouxe comprovação da falha do serviço descrita em inicial. Mencione-se que não restou evidenciado que a morte de seu marido decorreu do uso do medicamento adquirido com a ré. Note-se que, como salientado pelo r. Juízo *a quo*, o "ofício de f. 91, do laboratório farmacêutico fabricante do medicamento em questão, indica que a ingestão de medicamento vencido não seria causa apta a acarretar o óbito do marido da autora" (índex 94).

Ademais, não logrou a demandante comprovar que o medicamento adquirido com a requerida estava vencido. Ao contrário, em resposta a ofício expedido pelo Juízo de primeiro grau, a distribuidora que fornece medicamentos para a demandada (Profarma) informou não ter adquirido do fabricante o lote 13031 do fármaco, razão pela qual não poderia ter vendido o referido lote para a reclamada (índex 242). Assim, vê-se que a demandante não demonstrou os fatos constitutivos do seu direito, na forma que exige o artigo 373, I, do Código de Processo Civil de 2015.

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 009973-14.2013.8.19.0003, em que é Apelante Maristela Rosa de Melo e Apelada Drogaria Angrajur Ltda. - ME.

Acordam os Desembargadores da Vigési-

ma Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em desprover o recurso da autora, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Trata-se de ação indenizatória proposta por Maristela Rosa de Melo em face de Drogaria Angrajur Ltda. - ME, alegando a venda de medicamento vencido.

Narrou a requerente que seu marido, Manoel Cardoso de Melo, tinha problemas cardíacos, necessitando utilizar o medicamento Brilinta, 90mg, de 12 em 12 horas (índex 19).

Relatou que o medicamento estava acabando, razão pela qual se dirigiu ao estabelecimento da ré para aquisição de nova caixa, em 23 de dezembro de 2012, pelo valor de R$ 293,81 (duzentos e noventa e três reais e oitenta e um centavos) – índex 20.

Afirmou que seu marido tomou um comprimido às 08h do dia 24 de dezembro de 2012.

Sustentou que, às 13h30min, seu cônjuge passou mal e faleceu às 15h do referido dia (índex 17).

Asseverou que o remédio adquirido com a demandada estava vencido há quatro meses e causou a morte do seu cônjuge.

Salientou que o referido medicamento tinha a função de estabilizar os problemas cardíacos do paciente, e, como estava vencido há mais de 04 meses, pode não ter produzido efeito ou agravado os problemas que estavam sendo tratados pelo Sr. Manoel, ou até mesmo o intoxicado/envenenado.

Dessa forma, requereu a condenação da empresa ré ao pagamento de compensação por danos morais, no valor de quinhentos salários-mínimos, bem como ao pagamento de pensão vitalícia, no valor de cinco salários-mínimos.

Registro de Ocorrência (índices 21/22).

Gratuidade deferida à Autora (índex 26).

Decisão saneadora (índex 86).

A sentença (índex 248), proferida pelo r. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Angra dos Reis, julgou improcedentes os pedidos.

Apelação da suplicante pugnando pela total procedência dos pedidos (índex 250).

Não foram apresentadas contrarrazões, consoante certificado a f. 222 (índex 259).

VOTO

Ab initio, impõe-se o conhecimento do recurso, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Cinge-se o mérito em apurar a responsabilidade da ré pelo evento narrado em inicial, bem como quanto à existência de dano moral a ser compensado.

Narra a autora que seu marido, Manoel Cardoso de Melo, tinha problemas cardíacos, necessitando utilizar o medicamento Brilinta, 90mg, de 12 em 12 horas (índex 19).

Relata ter adquirido o referido medicamento com a reclamada, no dia 23 de dezembro de 2012, pelo valor de R$ 293,81 (duzentos e noventa e três reais e oitenta e um centavos) - índex 20.

Afirma que seu marido tomou o remédio às 8h do dia 24 de dezembro de 2012, e se sen-tiu mal, às 13h30min, vindo a falecer às 15h do mesmo dia.

Assevera que o medicamento adquirido com a demandada estava vencido há quatro meses, e teria causado a morte do seu cônjuge.

A sentença fundamentou-se na circunstância de não ter a requerente comprovado minimamente o fato constitutivo de seu direito.

Verifica-se que, de fato, a suplicante não trouxe comprovação da falha no serviço descrita em inicial.

Mencione-se que não restou evidenciado que a morte de seu marido decorreu do uso do medicamento adquirido com a ré.

Note-se que, como salientado pelo r. Juízo *a quo*, o "ofício de f. 91, do laboratório farmacêutico fabricante do medicamento em questão, indica que a ingestão de medicamento vencido não seria causa apta a acarretar o óbito do marido da Autora" (índex 94).

Ademais, não logrou a demandante comprovar que o medicamento adquirido com a requerida estava vencido.

Ao contrário, em resposta a ofício expedido pelo Juízo de primeiro grau, a distribuidora que fornece medicamentos para a demandada (Profarma) informou não ter adquirido do fabricante o lote 13031 do fármaco, razão pela qual não poderia ter vendido o referido lote para a suplicada (índex 242).

Assim, vê-se que a autora não demonstrou os fatos constitutivos do seu direito, na forma que exige o artigo 373, I, do Código de Processo Civil de 2015.

Frise-se que, no caso em comento, não houve inversão do ônus da prova.

Ainda que assim não fosse, aplica-se ao caso em comento o Enunciado nº 330, deste Egrégio Tribunal:

"Os princípios facilitadores da defesa do consumidor em juízo, notadamente o da inversão do ônus da prova, não exoneram o autor do ônus de fazer, a seu encargo, prova mínima do fato constitutivo do alegado direito".

Ante o exposto, considerando as razões tecidas, o voto é pelo desprovimento do recurso da autora.

Rio de Janeiro, 1º de dezembro de 2016.

DES. ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO
Relator

SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Jurisprudência Criminal

ATOS LIBIDINOSOS. ADOLESCENTE. VIZINHO DA VÍTIMA. EPISÓDIOS VIVENCIADOS PELA VÍTIMA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CRIME SEXUAL. CONTRAVENÇÃO PENAL.

Estupro de vulnerável em continuidade delitiva. Recurso defensivo com pleito absolutório em face da inimputabilidade penal (menoridade absoluta) ao tempo do primeiro fato e, quanto ao segundo, sustenta a precariedade da prova, inclusive quanto a idade da vítima, pugnando pela aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Alternativamente, pede a desclassificação para o artigo 61 ou 65, ambos da lei de contravenções penais, ou ainda o afastamento do crime continuado, com redução da pena e arrefecimento do regime prisional. De acordo com a denúncia, "em diversas oportunidades entre 2006 e junho de 2012, (...) o denunciado, de forma consciente e voluntária, dolosamente, praticou com o adolescente X, com 13 (treze) anos de idade na época do término dos fatos, atos libidinosos diversos de conjunção carnal". A inicial relata que o apelante é vizinho da vítima e, "aproveitando-se de que o ofendido estava sozinho, o denunciado, lascivamente, acariciava o corpo do adolescente, em especial, suas nádegas e, ainda, tentava que o ofendido lhe masturbasse". De início, cumpre reconhecer, com base na prova dos autos, que os fatos não ocorreram "em diversas oportunidades", como afirmado na denúncia, e sim em dois episódios. A vítima esclareceu em juízo que o primeiro fato ocorreu no ano de 2006, quando tinha 06 anos de idade. Quanto a este primeiro fato, ocorrido no ano de 2006, quando a vítima tinha seis anos de idade, o apelante também era menor de dezoito anos, contando com apenas catorze anos, já que nasceu em abril de 1992. Logo, em face da ausência de imputabilidade do apelante, o primeiro evento relatado pela vítima não pode acarretar nenhum resultado jurídico-penal, em estrita observância ao disposto no art. 27, do Código Penal. O segundo fato, também relatado pela vítima, consistiu na conduta de passar a mão "em seu corpo rápido", bem como tentar "passar a mão no seu pênis", episódio teria ocorrido, segundo a denúncia, quando a vítima ainda contava menos de catorze anos, ou seja, antes de dezembro de 2012. A alegação da defesa, de dúvida severa acerca da real idade da vítima à época do mencionado acontecimento, não procede. Os elementos dos autos fornecem segurança para afirmar que o segundo episódio ocorreu, de fato, quando a vítima ainda era menor de catorze anos. X completou 14 anos no dia 15/12/2012 e, no dia 20/12/2012 – apenas cinco dias depois de atingir aquela idade –, prestou declarações na delegacia sobre os fatos aqui apurados (doc. 000011). Logo, para que o fato tivesse ocorrido depois que a vítima completou catorze anos, deveria, necessariamente, ter acontecido nos quatro dias antes daquelas declarações. Porém, pela narrativa empregada por X, percebe-se nitidamente que o episódio se deu em data mais distante, o que confere certeza de que a vítima era menor de catorze anos quando ocorreu o segundo e derradeiro fato. No entanto, embora inexista dúvida acerca da idade de X à época do fato (menor de catorze anos), segundo restou apurado, neste último episódio o apelante apenas "passou a mão no corpo" da vítima – comportamento que X adjetivou de "rápido" – e "tentou passar a mão no seu pênis". Conquanto vil e moralmente reprovável, a conduta do apelante não representa uma lesão objetiva ao bem jurídico penalmente tutelado pela norma insculpida no art. 217-A do Código Penal. A locução "outro ato libidinoso" inserida no dispositivo, sinaliza a necessidade do uso de uma interpretação extensiva

analógica, em estrita observância à *ratio* do preceito incriminador. Vale dizer, o elemento normativo extrajurídico representado pelo "outro ato libidinoso" deverá guardar a devida relação de grandeza e congruência material com o antecedente semelhante e inspirador da norma, no caso, a "conjunção carnal". Daí a preocupação da doutrina e jurisprudência em distinguir o ato libidinoso diverso da conjunção carnal daquele que constitui mera contravenção penal. No primeiro, consideram necessária a intenção de satisfazer a lascívia, o ato concupiscente ou a ânsia sexual mediante violência ou grave ameaça. No segundo, por outro lado, deve o agente praticar atos que afrontem os bons costumes, o pudor médio da sociedade, sem que haja, no entanto, algum ato mais gravoso, significativo, lesivo à dignidade sexual da vítima. Dessa forma, não é qualquer ato ofensivo ao pudor que caracterizará o crime de estupro de vulnerável, delito que está inserido no rol dos crimes hediondos e cuja pena mínima cominada é de 08 anos de reclusão, mas somente aqueles que, a exemplo da conjunção carnal (coito vaginal), por sua gravidade representem concretamente uma efetiva ofensa à dignidade e à liberdade sexual da vítima, tais como o coito anal, o coito *inter femora*, as variadas formas de sexo oral ou bucal (*fellatio* ou *irrumatio in ore*, *cunnilingus, pennilingus*, *annilingus*), a masturbação, o uso de objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão), mecânicos ou artificiais, por via vaginal, anal ou bucal, entre outras condutas bizarras. No caso em análise, só se tem notícia de que o apelante passou a mão no corpo de X durante parcos segundos e tentou passar a mão no seu pênis, não havendo informes de quaisquer outras condutas que ofendessem de maneira mais intensa ou crítica a dignidade ou a liberdade sexual do menor. Além disso, a vítima não mencionou ter sofrido qualquer tipo de violência real e, apesar da insistência, o apelante deixou o local sem maiores dificuldades. Dessa forma, imperioso concluir que a conduta efetivamente praticada pelo recorrente não caracteriza de maneira satisfatória a tipicidade do delito de estupro de vulnerável, amoldando-se de maneira mais adequada à contravenção penal prevista no artigo 65 da Lei das Contravenções Penais. No entanto, operada a desclassificação, é de se reconhecer a prescrição da pretensão punitiva. A infração comina pena máxima de 02 meses de prisão simples que, segundo o art. 109, VI, do CP, tem prazo prescricional de 03 anos. O apelante, por ter nascido em 06/04/1992, era menor de 21 anos à época do último fato descrito na denúncia (junho de 2012), motivo pelo qual o prazo prescricional é reduzido pela metade (CP, art. 115), ou seja, 01 ano e 06 meses. Dos autos, observa-se que a infração ocorreu em data anterior a junho de 2012, e o recebimento da denúncia se deu em 31/01/2014 (doc. 000043/000044), de modo que houve o transcurso de período superior a 01 ano e 06 meses. Dessa maneira, de rigor que seja reconhecida, de ofício, a extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 107, inciso IV (primeira figura), c/c o art. 109, inciso VI, e art. 115, todos do Código Penal. Recurso conhecido e parcialmente provido. De ofício, foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, na forma do voto do relator.

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que é Apelante W. e Apelado MP.

Acordam os Desembargadores que integram a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso, para absolver o apelante pelo primeiro fato, com base no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, e, quanto ao segundo fato, para desclassificar o crime de atentado violento

ao pudor para a contravenção prevista no art. 65, Decreto-lei nº 3.688/41, reconhecendo, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva e declarar extinta da punibilidade do apelante, com fundamento no art. 107, inciso IV (primeira figura), c/c o art. 109, inciso VI, e art. 115, todos do Código Penal, nos termos do voto do Desembargador Relator.

De acordo com a denúncia, "em diversas oportunidades entre 2006 e junho de 2012, (...) o denunciado, de forma consciente e voluntária, dolosamente, praticou com o adolescente X com 13 (treze) anos de idade na época do término dos fatos, atos libidinosos diversos de conjunção carnal". A inicial relata que o apelante é vizinho da vítima e, "aproveitando-se de que o ofendido estava sozinho, o denunciado, lascivamente, acariciava o corpo do adolescente, em especial, suas nádegas e, ainda, tentava que o ofendido lhe masturbasse".

De início, cumpre reconhecer, com base na prova dos autos, que os fatos não ocorreram "em diversas oportunidades", como afirmado na denúncia, e sim em dois episódios.

A vítima esclareceu em juízo que o primeiro fato ocorreu no ano de 2006, quando tinha 06 anos de idade e, no ponto, vale reproduzir o que consta da sentença sobre as declarações do menor, nestes termos:

"o acusado o assediava quando era pequeno; que com o passar do tempo ele voltou a assediá-lo de novo; que o acusado se dirigindo a sua casa e ficava lhe chamando e olhando para a sua cara; que passou a fechar a casa para se proteger; que teve um dia que o acusado tentou entrar na sua casa, mas não conseguiu; que uma vez seu pai pegou o seu celular e viu mensagens que tinha enviado para um amigo; que ficou com medo de apanhar, pois seus pais são homofóbicos; que por isso fugiu de casa; que quando retornou encontrou seus pais e W. o esperando na sua casa; que o acusado negou os fatos; que depois disso W. não tentou mais nada; que, às vezes, se encontram e não se falam; que quando tinha seis anos, estava em frente à casa do acusado brincando e o mesmo colocou o pênis para fora e lhe disse que fizesse alguma coisa com aquilo; que depois foram para o mato e o acusado ficou lhe jogando ´papinho´; que o seu pai lhe chamou e lhe bateu; que nessa ocasião o acusado pediu que fizesse sexo oral nele; que o acusado lhe dizia que não era errado e ninguém ia saber; que o acusado tentava colocar a mão nas suas nádegas e no seu pênis; que depois do que ocorreu quando tinha 06 anos, voltou a falar com o acusado ´do nada´; (...)"

Quanto a este primeiro fato, ocorrido no ano de 2006, quando a vítima tinha seis anos de idade, o apelante também era menor de dezoito anos, contando com apenas quatorze anos, já que nasceu em abril de 1992.

Logo, em face da ausência de imputabilidade do apelante, o primeiro evento relatado pela vítima não pode acarretar nenhum resultado jurídico-penal, em estrita observância ao disposto no art. 27, do Código Penal.

O segundo fato, também relatado pela vítima, consistiu na conduta de passar a mão "em seu corpo rápido", bem como tentar "passar a mão no seu pênis", episódio teria ocorrido, segundo a denúncia, quando a vítima ainda contava menos de catorze anos, ou seja, antes de dezembro de 2012.

A alegação da defesa, de dúvida severa acerca da real idade da vítima à época do mencionado acontecimento, não procede.

Os elementos dos autos fornecem segurança para afirmar que o segundo episódio ocorreu, de fato, quando a vítima ainda era menor de catorze anos.

X completou 14 anos no dia 15/12/2012 e, no dia 20/12/2012 – apenas cinco dias depois de atingir aquela idade –, prestou declarações na delegacia sobre os fatos aqui apurados (doc. 000011).

Logo, para que o fato tivesse ocorrido depois que a vítima completou catorze anos, deveria, necessariamente, ter acontecido nos quatro dias antes daquelas declarações.

Porém, pela narrativa empregada por X, percebe-se nitidamente que o episódio se deu em data mais distante, o que confere certeza de que a vítima era menor de catorze anos quando ocorreu o segundo e derradeiro fato.

No entanto, embora inexista dúvida acerca da idade de X à época do fato (menor de catorze anos), segundo restou apurado, neste último episódio o apelante apenas "passou a mão no corpo" da vítima – comportamento que X adjetivou de "rápido" – e "tentou passar a mão no seu pênis". No ponto, vale a reprise do registro da sentença:

"(...) que depois do que ocorreu quando tinha 06 anos, voltou a falar com o acusado ´do nada´; que certa vez o acusado conseguiu entrar na sua casa e começou a conversar com ele e passou a mão em seu corpo rápido; que depois de cinco minutos conversando com ele e tentando convencê-lo, ele tentou passar a mão do seu pênis; que conseguiu colocá-lo para fora de casa; que depois não mais teve situações de contato físico com o acusado; que em certa ocasião desabafou com o seu colega pelo celular e seu pai viu as mensagens e o mandou ir para casa; que por medo fugiu de casa; que mandou mensagens para um amigo; que não se recorda das mensagens, mas tem certeza que escreveu ´que não aguentava mais´; que ficou com vergonha de contar para o seu pai o que se passava; que já estava ficando com raiva e preocupado com medo do que o seu pai poderia fazer com ele; que foi o último dia que viu o acusado; que no dia que o acusado entrou na sua casa ele o abordou na rua e, quando foi entrar em casa, o acusado colocou a mão na porta impedindo que a fechasse e entrou; que disse que seu pai estava vindo para casa e saiu; que nunca teve medo de W.; que tinha medo do seu pai descobrir e isso ´pesar´ para o seu lado; que está em um relacionamento de oito meses; que namora uma menina; que nunca namorou meninos; que seus pais não aceitariam que fosse homossexual; que sua sexualidade está em formação; que pode ser que venha a gostar de homem ou mulher; que já apanhou por isso; que trocou o seu número de celular; que seu pai uma vez lhe ameaçou devido a uma brincadeira na escola que envolvia homossexualidade e disse que iria lhe internar; que ele disse que preferia matá-lo a ter um filho homossexual; que não contou para o seu pai de W. porque achou que ia ter o controle da situação e depois de um certo momento iria parar; que a brincadeira que fez com o seu colega foi escrever-lhe que uma vez estava no ônibus e uma pessoa deu em cima dele e que iria ´pegá-lo´; que o seu pai não comenta nada sobre o assunto, mas já disse que era uma vergonha ele vir a juízo e que se acontecesse alguma coisa ia ´lhe quebrar ao meio´."

Conquanto vil e moralmente reprovável, a conduta do apelante não representa uma lesão objetiva ao bem jurídico penalmente tutelado pela norma insculpida no art. 217-A do Código Penal, que estabelece:

"Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos."

A locução "outro ato libidinoso" inserida no dispositivo, sinaliza a necessidade do uso de uma interpretação extensiva analógica, em estrita observância à *ratio* do preceito incriminador. Vale dizer, o elemento normativo extraju-

rídico representado pelo "outro ato libidinoso" deverá guardar a devida relação de grandeza e congruência material com o antecedente semelhante e inspirador da norma, no caso, a "conjunção carnal".

Daí a preocupação da doutrina e jurisprudência em distinguir o ato libidinoso diverso da conjunção carnal daquele que constitui mera contravenção penal. No primeiro, consideram necessária a intenção de satisfazer a lascívia, o ato concupiscente ou a ânsia sexual mediante violência ou grave ameaça. No segundo, por outro lado, deve o agente praticar atos que afrontem os bons costumes, o pudor médio da sociedade, sem que haja, no entanto, algum ato mais gravoso, significativo, lesivo à dignidade sexual da vítima.

O mestre MAGALHÃES NORONHA, comentando o revogado delito de atentado violento ao pudor, ressalta que:

"O elemento material do crime é o ato libidinoso que ofende o pudor. Entretanto, nem todo ato atentatório ao pudor é libidinoso. Há atos imorais e indecentes que não encerram um potencial de libidinagem suficiente para caracterizá-los como integrantes do crime em questão" (Magalhães Noronha, **Direito Penal**, 3º vol., p. 134).

O Professor GUILHERME DE SOUZA NUCCI também observa:

"Distinção entre atentado violento ao pudor e importunação ofensiva ao pudor: em se tratando de crime hediondo, sujeito a uma pena mínima de seis anos, a ser cumprida inicialmente em regime fechado (...), não se pode dar uma interpretação muito aberta ao tipo do artigo 214. Portanto, atos ofensivos ao pudor, como passar a mão nas pernas da vítima, devem ser considerados uma contravenção penal e não um crime. A este é preciso reservar o ato realmente lascivo, que sirva para satisfazer a ânsia sexual do autor, que se vale da violência ou da grave ameaça. Além disso, é preciso considerar o tempo utilizado para atingir os propósitos do agente. Uma breve passada de mãos nos seios da vítima, fugaz e de inopino, não nos parece seja um atentado violento ao pudor, mas uma importunação ofensiva ao pudor. Diferente do sujeito que se detém nas carícias, ameaçando a vítima com um revólver, por exemplo. Neste último caso, trata-se do delito previsto no artigo 214. Convém mencionar lúcida manifestação de DELMANTO a respeito do cuidado do juiz ao proceder à distinção entre o crime e a contravenção: 'A cominação de pena igual à do estupro, bem como a classificação do atentado violento ao pudor como crime hediondo (artigo 1º da mesma lei), é de todo excessiva nos casos de simples contato corporal lascivo (abraços e beijos) ou de contemplação lasciva (...), sendo a sua pena mínima (seis anos) até mesmo superior ao mínimo previsto para lesão corporal seguida de morte (quatro anos). Diante do absurdo e da incongruência da lei, restaria ao juiz, nessas hipóteses, desclassificar o delito para a contravenção do artigo 61 da LCP, que, sob o *nomen juris* de importunação ofensiva ao pudor, pune com multa aquele que 'importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor'; ou caso o local não seja público ou acessível ao público, considerar o fato atípico'". (**Código Penal Comentado**, 7ª edição, Revista dos Tribunais, 2007, pp. 824/825).

No mesmo sentido a lição de MIRABETE:

"Não se confunde a prática de ato libidinoso com as contravenções dos artigos 61 e 65 da LCP. Nestas, o agente pratica ato que contrasta com o sentimento médio de pudor ou bons costumes, como beijos ligeiros, apalpadelas, toques no corpo etc., e naquele é necessário o ato concupiscente." (**Código Penal Interpretado**, 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2005,

p. 1791).

A jurisprudência deste E. Tribunal consagrou entendimento segundo o qual meros contatos físicos, breves e de inopino, que não tragam maiores repercussões, tais como beijos, abraços, apalpadelas, beliscões etc, ainda que lascivos, não configuram crime sexual, mas sim a contravenção penal. Confiram-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DECRETO CONDENATÓRIO. IRRESIGNAÇÃO GERAL. (...) 1- Segundo a denúncia, imputa-se ao acusado a prática de atos libidinosos consistentes em beijos e apalpar os seios da vítima, e que, portanto, não ensejaram vestígios. A despeito disso, nada obsta a emissão de um decreto condenatório, desde que o acervo probatório, consistente na oitiva testemunhal, se revele suficiente acerca da comprovação da materialidade e autoria delitiva. *In casu*, verifica-se, pelo depoimento da ofendida e seu irmão, que os fatos ocorreram, porém de forma fugaz, havendo de se concluir, ou ao menos cogitar, a impossibilidade de satisfação da ânsia sexual ou a concupiscência do apelante/apelado, tornando pouco provável a presença elemento anímico do art. 217-A do CP. Por outro lado, embora seja evidente a magnitude do bem jurídico tutelado pela norma, não se pode olvidar que o tipo penal em questão, ao abranger diversas condutas, pode, eventualmente, gerar uma desproporção entre a efetiva potencialidade lesiva e a pena aplicada, fato este que merece ser sopesado pelo julgador, ao aplicar o princípio da proporcionalidade, sob o viés da proibição do excesso. Não há como se conceber que condutas consistentes em passadas de mão, por cima da roupa, no corpo da vítima, ainda que criança, tenham o mesmo conteúdo do injusto que na cópula vaginal ou no coito anal, e, portanto, com maior repulsa social. Portanto, em casos como o dos autos, praticados sem qualquer violência real ou grave ameaça, não gerando maiores consequências, não pode ser caracterizado como a hedionda infração penal de estupro, mormente se levar em consideração a elevadíssima pena e as gravíssimas consequências advindas da condenação pela prática de tal crime. (...) 5- Recurso defensivo a que se dá provimento, julgando-se prejudicado o recurso ministerial.

(TJRJ – 7ª CÂMARA CRIMINAL – Rel. Desª. MARIA ANGELICA GUEDES – 0016984- 11.2013.8.19.0063 – APELAÇÃO – Julgamento: 05/04/2016).

Dessa forma, não é qualquer ato ofensivo ao pudor que caracterizará o crime de estupro de vulnerável, delito que está inserido no rol dos crimes hediondos e cuja pena mínima cominada é de 08 anos de reclusão, mas somente aqueles que, a exemplo da conjunção carnal (coito vaginal), por sua gravidade representem concretamente uma efetiva ofensa à dignidade e à liberdade sexual da vítima, tais como o coito anal, o coito *inter femora*, as variadas formas de sexo oral ou bucal (*fellatio* ou *irrumatio in ore*, *cunnilingus*, *pennilingus*, *annilingus*), a masturbação, o uso de objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão), mecânicos ou artificiais, por via vaginal, anal ou bucal, entre outras condutas bizarras.

No caso em análise, só se tem notícia de que o apelante passou a mão no corpo de X durante parcos segundos e tentou passar a mão no seu pênis, não havendo informes de quaisquer outras condutas que ofendessem de maneira mais intensa ou crítica a dignidade ou a liberdade sexual do menor. Além disso, a vítima não mencionou ter sofrido qualquer tipo de violência real e, apesar da insistência, o apelante deixou o local sem maiores dificuldades.

Dessa forma, imperioso concluir que a conduta efetivamente praticada pelo recorrente não caracteriza de maneira satisfatória a tipicidade do delito de estupro de vulnerável, amol-

dando-se de maneira mais adequada à contravenção penal prevista no artigo 65 da Lei das Contravenções Penais.

No entanto, operada a desclassificação, é de se reconhecer a prescrição da pretensão punitiva.

A infração comina pena máxima de 02 meses de prisão simples que, segundo o art. 109, VI, do CP, tem prazo prescricional de 03 anos.

O apelante, por ter nascido em 06/04/1992, era menor de 21 anos à época do último fato descrito na denúncia (junho de 2012), motivo pelo qual o prazo prescricional é reduzido pela metade (CP, art. 115), ou seja, 01 ano e 06 meses.

Dos autos, observa-se que a infração ocorreu em data anterior a junho de 2012, e o recebimento da denúncia se deu em 31/01/2014 (doc. 000043/000044), de modo que houve o transcurso de período superior a 01 ano e 06 meses.

Dessa maneira, de rigor que seja reconhecida, de ofício, a extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 107, inciso IV (primeira figura), c/c o art. 109, inciso VI, e art. 115, todos do Código Penal.

Em razão do exposto, o voto é no sentido de dar parcial provimento ao recurso, para absolver o apelante pelo primeiro fato, com base no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, e, quanto ao segundo fato, desclassificar o crime de atentado violento ao pudor para a contravenção prevista no art. 65, Decreto-lei nº 3.688/41, reconhecendo, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva e declarar extinta da punibilidade do apelante, com fundamento no art. 107, inciso IV (primeira figura), c/c o art. 109, inciso VI, e art. 115, todos do Código Penal.

Rio de Janeiro, 08 de junho de 2016.

DES. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA
Relator

FURTO DE CHEQUES E CARTÃO DE CRÉDITO DA GAVETA DE RECEPÇÃO DE POUSADA. RECEPCIONISTA DE ESTABELECIMENTO. CRIME CONSUMADO COM A RETIRADA DA *RES FURTIVA* DO DOMÍNIO DO LESADO. TESTEMUNHAS COM DEPOIMENTOS HARMÔNICOS. PROVA ROBUSTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DESCABIMENTO.

Apelação – Art. 155, *caput*, art. 171, *caput*, c/c art. 14, II, e art. 168, § 1º, IIII, n/f do art. 69, todos do CP. Pena: 03 anos de reclusão e 30 dias-multa. Regime aberto. Substituída a PPL por duas PRD. Apelante consciente e voluntariamente, com *animus furandi*, subtraiu, do interior da Pousada Vila Geribá, três folhas de cheque em branco (n° 100023, 100024 e 100025) do Banco Unibanco, de titularidade de Pousada Vila Geribá Ltda. ME, bem como três folhas de cheque em branco (10332, 10333 e 10334) do Banco Real, e um cartão de crédito MasterCard da mesma instituição bancária, de titularidade de outro lesado. Assiste parcial razão à defesa. No que tange ao delito de estelionato tentado, verifica-se, inicialmente, a ocorrência da prescrição da pretensão executória, considerando a pena fixada em 08 meses de reclusão e 06 dias-multa e a data do trânsito em julgado para a acusação (30/04/13), o qual transcorreu prazo superior a 03 anos, cf. art. 109, VI do CP. 1) Impossível a absolvição dos delitos: prova robusta. Autoria inconteste. Materialidade

positivada através do Auto de Apreensão e Entrega e do Laudo de Exame. As funcionárias da pousada, prestaram testemunhos harmônicos afirmando que o Sr. Alberto costumava deixar sua carteira, com documentos e cheques, no interior da gaveta da recepção, e que, no dia 26/01/2006, o gerente do Unibanco ligou informando sobre o cheque com divergência na assinatura. O apelante era a única pessoa que se encontrava no local do fato quando da subtração. O próprio apelante confirmou a prática delitiva. Que subtraiu os cheques. Porém, não admitiu o crime de apropriação indébita relativamente a quantia de R$ 100,00. Versão desmentida pelo relato da gerente da pousada. Afirmou que entregou a quantia de R$ 150,00 ao apelante, sendo R$ 50,00 em cheque e R$ 100,00 em dinheiro, tendo o apelante depositado apenas o cheque, apropriando-se da quantia em dinheiro. Crime de apropriação indébita com a incidência da causa de aumento de no percentual de 1/3, uma vez que o valor foi recebido pelo apelante em razão do seu emprego na pousada. Não há falar em participação de menor importância. Defesa não apresentou provas que pudessem ilidir a acusação. Descabido o pedido de absolvição, em razão do princípio da insignificância. Tal princípio não pode ser invocado para afastar a tipicidade, trata-se de mera construção doutrinária e jurisprudencial sem nenhum respaldo legal. 2) Incabível a desclassificação do delito de furto para o de constrangimento ilegal: a conduta do apelante não se coaduna com aquela traçada no art. 146 do CP, uma vez que procedeu, apenas, com a intensão de subtrair os referidos bens dos lesados. 3) Improsperável o reconhecimento da tentativa: a prova consubstanciada nos depoimentos é farta e segura de que o roubo restou consumado. Em análise ao *iter criminis* , não resta dúvida de que houve a consumação do delito, configurando-se o exaurimento da atividade criminosa, pois os crimes contra o patrimônio se consumam com a retirada da *res furtiva* do domínio do lesado. Houve a inversão da posse dos bens subtraídos. Parcial provimento do recurso defensivo, para reconhecer a ocorrência da prescrição com relação ao delito de estelionato tentado. Nova dosimetria. Pena: 02 anos e 04 meses de reclusão e 23 dias-multa. Mantidos os demais termos da sentença.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001578-46.2006.8.19.0078, em que figura como Apelante Wanderson José Soares e como Apelado Ministério Público.

Acordam os Desembargadores que integram a Colenda Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em julgamento realizado nesta data, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso defensivo, para reconhecer a ocorrência da prescrição com relação ao delito de estelionato tentado. Nova dosimetria. Pena: 02 anos e 04 meses de reclusão e 23 dias-multa. Mantidos os demais termos da sentença.

Consta dos autos, conforme denúncia, em resumo, que "Aos 26 dias do mês de janeiro de 2006, quinta-feira, na Rua Campo de Pouso n° 06, Geribá, nesta Comarca, Wanderson José Soares, consciente e voluntariamente, com *animus furandi*, subtraiu, para si ou para outrem, do interior da Pousada Vila Geribá 3 (três) folhas de cheque em branco n° 100023, 100024 e 100025 do Banco Unibanco, ag. 1378, c/c 102844-7, de titularidade de Pousada Vila Geribá Ltda. ME, bem como 3 (três) folhas de cheque em branco e 10332, 10333 e 10334 do Banco Real, ag. 0918, c/c 4002228-6, e 1 (um) cartão de crédito Master Card da mesma instituição bancária, de titularidade de Alberto Cezar Fajardo de Siqueira.

O denunciado exercia a função de recep-

cionista no estabelecimento comercial mencionado, ocasião em que, valendo-se desta condição, praticou a conduta desviante.

Após a prática do furto, Wanderson, consciente e voluntariamente, com vontade dirigida para tal fim, tentou obter para si vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo em erro o funcionário da agência do Banco Itaú, mediante a falsificação da assinatura aposta no cheque furtado n° 100023.

O crime não se consumou por circunstâncias alheias à vontade de Wanderson pois, quando o cheque foi enviado para compensação, verificou-se que a assinatura não conferia com a do correntista, momento em que foi contatado o Sr. Alberto Cezar Fajardo de Siqueira, que ordenou que não fosse efetuado o pagamento do título.

Em data exatamente não precisada nos autos, mas em algum dos cinco dias anteriores ao fato narrado acima, Wanderson, consciente e voluntariamente, com vontade dirigida para tal fim, apropriou-se da quantia de R$ 100,00 (cem reais) que lhe foi entregue por Luciana Passos Rafael, gerente da Pousada Vila Geribá.

Wanderson recebeu de Luciana a quantia de R$ 150,00 (cento e cinquenta reais), sendo cinquenta em cheque e cem em dinheiro, para serem depositados em uma instituição bancária, mas depositou apenas o montante em cheque e ficou com o restante para si.

Processado junto ao Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Armação dos Búzios, sobreveio sentença (doc. 114), onde foi julgada procedente a denúncia para condenar Wanderson José Soares por infração ao art. Art. 155, *caput*, art. 171, *caput*, c/c art. 14, II, e art. 168, § 1º, IIII, n/f do art. 69, todos do Código Penal, às penas de 03 (três) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, em regime aberto. Substituída a PPL por duas PRD, consiste no comparecimento mensal em juízo e prestação pecuniária.

Fixado com valor mínimo da reparação de danos (art. 387, IV, do Código de Processo Penal) o montante de R$ 2.000,00, a serem pagos em benefício de Alberto Cezar Fajardo de Siqueira.

Inconformado, Wanderson José Soares apresentou razões de apelação nos doc. 159, alegando, em síntese, fragilidade do conjunto probatório.

Requer a absolvição dos delitos, ante a fragilidade probatória ou o reconhecimento de participação de menor importância. A absolvição pela tipicidade material, em razão do princípio da insignificância. A desclassificação do delito de furto para o delito de constrangimento ilegal. O reconhecimento de que o delito de furto na forma tentada.

Em contrarrazões de doc. 167, o Ministério Público pugnou pelo parcial provimento do recurso defensivo, para, tão somente, reconhecer a ocorrência da prescrição com relação ao delito de estelionato tentado.

A D. Procuradoria de Justiça apresentou parecer no doc. 180, opinando pelo parcial provimento do recurso defensivo, para reconhecer a ocorrência da prescrição com relação ao crime de estelionato tentado, declarando-se a consequente redução da pena, mantendo-se no mais a decisão atacada.

VOTO

Assiste parcial razão à defesa.

No que tange ao delito de estelionato tentado, verifica-se, inicialmente, a ocorrência da prescrição da pretensão executória, conside-

rando a pena fixada em 08 meses de reclusão e 06 dias-multa e a data do trânsito em julgado para a acusação (30/04/13), o qual transcorreu prazo superior a 03 anos, cf. art. 109, VI do Código Penal.

No mérito.

1) Impossível a absolvição:

Finda a instrução criminal tem-se que comprovado ter o apelante cometido os delitos imputados, merecendo, pois, o juízo de censura.

A materialidade dos crimes encontra-se positivada pelo auto de apreensão e entrega dos cheques e do cartão de crédito (doc. 024/026); laudo de exame de documento (doc. 088); e pela prova testemunhal colhida tanto em sede policial como em Juízo, sob o manto da ampla defesa e do contraditório. As testemunhas Luciana Passos Rafael e Maria Luciene da Conceição, funcionárias da pousada, prestaram testemunhos harmônicos perante a autoridade policial, afirmando que o Sr. Alberto costumava deixar sua carteira, com documentos e cheques, no interior da gaveta da recepção, e que, no dia 26/01/2006, o gerente do Unibanco ligou informando sobre o cheque com divergência na assinatura.

Em Juízo, Alberto Cezar Pajardo de Siqueira relatou:

"que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia, embora o depoente não possa precisar os números dos cheques; que já passou muito tempo do fato; que os valores são os que estão descritos nos autos; que não conhecia o acusado; que este foi contratado pela gerência do hotel para trabalhar na recepção; que o acusado efetivamente após a sua assinatura no verso dos cheques apresentados ao banco; que o funcionário do banco ligou para o depoente e este mandou sustar os pagamentos; que o acusado confessou a prática do ilícito tanto para o depoente quanto para os policias; que o acusado disse que praticou o ilícito por necessidade; que o crime não se consumou ou seja, o acusado não auferiu nenhuma vantagem na história; que quanto à entrega feita pela Luciana o depoente nada sabe informar; que Luciana era gerente da Pousada, não sendo mais já que a pousada foi arrendada; (...)".

A gerente da Pousada, Luciana Passos Rafael narrou em juízo que:

"são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que a depoente era gerente da pousada; que era comum documentos e cheques ficarem na recepção da pousada; que a gerente do banco ligou para o dono da pousada falando sobre o cheque; que a depoente entregou o dinheiro e o cheque ao acusado, mas este só depositou o cheque e ficou com o dinheiro; que o cheque era de cinquenta reais e em espécie havia cem reais; que o acusado não confessou a prática do ilícito; que as folhas de cheque e o cartão de crédito foi devolvido ao proprietário; que este era Alberto César Fajardo; que a folha de cheque não estava assinada, mas o acusado falsificou a assinatura; que a falsificação não ficou nem semelhante; que o acusado ficou pouco tempo na pousada; que pela aparência parecia que o acusado era confiável e competente; que não procuraram referências anteriores do acusado porque ele era necessário na recepção naquele momento".

Por fim, o próprio apelante relatou detalhadamente o ocorrido, não admitindo, contudo, o cometimento do crime de apropriação indébita. Entretanto, como bem salientado na decisão, a negativa do apelante, com relação ao crime de apropriação indébita, não encontra apoio nos elementos dos autos, mas, na verdade, é desmentida pelo relato da testemunha Luciana, e, desta forma, não merece crédito.

A gerente Luciana afirmou que entregou a quantia de R$ 150,00 ao apelante, sendo R$ 50,00 em cheque e R$ 100,00 em dinheiro, tendo o apelante depositado apenas o cheque, apropriando-se da quantia em dinheiro. Saliente-se, ainda, que igualmente evidenciada, no crime de apropriação indébita, a causa de aumento no percentual de 1/3, em razão de ofício/profissão.

Não há falar em participação de menor importância.

Descabido também o pedido de absolvição, em razão do princípio da insignificância.

Tal princípio não pode ser invocado para afastar a tipicidade, trata-se de mera construção doutrinária e jurisprudencial sem nenhum respaldo legal.

Noutro giro, a defesa do apelante não produziu qualquer prova a embasar suas alegações, diante dos fatos a ele imputados. Assim, restou comprovadas a materialidade e a autoria de fato típico, jurídico e culpável.

Por todo acima exposto, o conjunto probatório está plenamente apto a embasar o decreto condenatório.

2) Incabível a desclassificação do delito de furto para o de constrangimento ilegal:

A conduta do apelante não se coaduna com aquela traçada no art. 146 do CP, uma vez que procedeu, apenas, com a intensão de subtrair os referidos bens dos lesados. Pugna a defesa pela fixação da pena-base aquém do mínimo legal, em razão do reconhecimento da circunstância atenuante de confissão espontânea pelo juiz sentenciante.

3) Improsperável o reconhecimento da tentativa:

Com efeito, examinando os autos, verifica-se que a prova consubstanciada nos depoimentos é farta e segura de que o roubo restou consumado.

Em análise ao *iter criminis*, não resta dúvida de que houve a consumação do delito, configurando-se o exaurimento da atividade criminosa, pois os crimes contra o patrimônio se consumam com a retirada da *res furtiva* do domínio da vítima.

Sabe-se que a Jurisprudência do STJ, bem como a do STF adotam a teoria da *apprehensio*, também denominada de *amotio,* segundo a qual considera-se consumado o crime de furto ou roubo no momento em que o agente obtém a posse da *res furtiva*, ainda que não seja mansa e pacífica e/ou haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima.

Frise-se que os bens subtraídos só foram recuperados em momento posterior.

Daí, verifica-se que houve a inversão da posse dos bens, no momento da prisão do apelante, o delito já estava consumado, não havendo que se falar em tentativa.

Assim, conclui-se que o conjunto probatório é satisfatório. A r. sentença merece apenas um pequeno reparo, devendo, no mais, ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Voto pelo parcial provimento do recurso defensivo, para reconhecer a ocorrência da prescrição com relação ao delito de estelionato tentado. Fica o apelante Wanderson José Soares condenado por infração ao art. Art. 155, caput, e art. 168, § 1º, IIII, n/f do art. 69, todos do Código Penal, às penas de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa, em regime aberto. Substituída a PPL por duas PRD, consiste no compareci-

mento mensal em juízo e prestação pecuniária. Mantido os demais termos da sentença.

Rio de Janeiro, 13 de dezembro de 2016.

DESª. GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA
Relatora

HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. TRIBUNAL DO JÚRI. JURADOS TÊM SOBERANIA E COMPETÊNCIA. CRFB. ACUSADO IDENTIFICADO. CRIME RELACIONADO À DÍVIDA DE DROGAS. RECURSO NEGADO.

Homicídio qualificado. Sentença condenatória (15 anos de reclusão, sob regime fechado) – 1º) Anulação do processo. 1.1) Sobre a gravação audiovisual ocorrida na primeira fase do procedimento, anterior à pronúncia, trata-se de matéria preclusa (a alínea "a", do inciso III, do artigo 593, do CPP, exige que a nulidade seja posterior). Ainda que a matéria não estivesse preclusa, o artigo 405, combinado com o § 5º, do artigo 394, do mesmo diploma, é aplicável aos processos compreendidos na competência do Tribunal do Júri; 1.2) De regra, a prova oral não é obtida por datilografia ou digitação, mas sim "pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar", assegurando-se, destarte, "maior fidelidade e celeridade na colheita da prova". A transcrição do registro, que não é obrigatória, apenas se verifica na hipótese de degravação, providência excepcional (artigo 475, *caput* e parágrafo único, do CPP). Enfim, era inexigível a degravação dos depoimentos colhidos no plenário do Tribunal do Júri (consolidado entendimento do STJ); 2º) Sujeição do réu a novo julgamento (com respaldo na alínea "d", do inciso III, do artigo 593, do CPP) – 2.1) Providência admissível quando a soberana decisão do corpo de jurados, que ostenta competência constitucional, é manifestamente contrária à prova dos autos, ônus do qual a defesa não se desincumbiu; 2.2) É de todo irrelevante que o M. Público não tenha sustentado a qualificadora, pois os jurados desfrutam de soberana competência prevista na CRFB. Ademais, segundo idôneo depoimento colhido na sessão plenária, a vítima, consciente, indagada a respeito de quem havia efetuado os disparos, além de apontar o acusado, disse que o crime estava relacionado com dívida de drogas, motivação das mais torpes. Desprovimento do apelo defensivo.

Examinada a Apelação Criminal nº 0018151- 92.2014.8.19.0042, na qual é Recorrente Thomaz Martins Duarte ou Thomas Martins Duarte, sendo Recorrido o Ministério Público.

Acordam os Desembargadores que compõem a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade, nos termos do voto do Relator, em negar provimento ao recurso.

Satisfeitos os pressupostos processuais, conheço da Apelação.

VOTO

1º) Sobre a gravação audiovisual ocorrida na primeira fase do procedimento, anterior à pronúncia, trata-se de matéria preclusa (a alínea "a", do inciso III, do artigo 593, do Código de Processo Penal, exige que a nulidade seja posterior). Ainda que a matéria não estivesse preclusa, o artigo 405, combinado com o § 5º, do artigo 394, do mesmo diploma, é aplicável aos processos compreendidos na competência do Tribunal do Júri;

2º) De regra, a prova oral não é obtida

por datilografia ou digitação, mas sim "pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar", assegurando-se, destarte, "maior fidelidade e celeridade na colheita da prova".

A transcrição do registro, que não é obrigatória, apenas se verifica na hipótese de degravação, providência excepcional (artigo 475, caput e parágrafo único, do Código de Processo Penal). Enfim, era inexigível a degravação dos depoimentos colhidos no plenário do Tribunal do Júri (consolidado entendimento do Superior Tribunal de Justiça - agravo regimental no agravo em recurso especial 714.484/MT e *Habeas Corpus* nº 356.780/ RJ);

3º) A sujeição do réu a novo julgamento, com respaldo na alínea "d", do inciso III, do artigo 593, do Código de Processo Penal, revela-se admissível quando a soberana decisão do corpo de jurados, que ostenta competência constitucional, é manifestamente contrária à prova dos autos, ônus do qual a defesa não se desincumbiu. De fato, o reconhecimento da autoria, razão de ser do acolhimento da pretensão punitiva, agasalha-se nos relatos prestados sob o crivo e as garantias do contraditório, inclusive em plenário, de testemunhas que viram o acusado com a arma de fogo (na cintura e na mão);

4º) É de todo irrelevante que a Promotoria Pública não tenha sustentado a qualificadora, pois os jurados, repita-se, desfrutam de soberana competência prevista na Constituição Federal. Ademais, segundo o idôneo depoimento colhido dos policiais militares, em especial o de Luiz E. de O. Azevedo, na sessão plenária, a vítima, consciente, indagada a respeito de quem havia efetuado os disparos, além de apontar o apelante, lhes disse que o crime estava relacionado com dívida de drogas, motivação das mais torpes. Ante o exposto, na esteira do parecer ministerial, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 20 de setembro de 2016.

DES. PAULO DE TARSO NEVES
Relator

LICITAÇÃO PÚBLICA. FORMULAÇÃO DE PROPOSTA COMERCIAL COM PREÇO FICTÍCIO. SUPERFATURAMENTO. AUSÊNCIA NA PEÇA ACUSATÓRIA DE IMPUTAÇÕES CERTAS E DETERMINADAS AO PACIENTE. VÍCIO/DEFEITO NA DENÚNCIA. INÉPCIA DA INICIAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO PACIENTE. FIM DA RESTRIÇÃO PATRIMONIAL.

***Habeas Corpus*. Artigos 312, 2ª parte c/c 29 (40x), n/f 71, todos do CP. Ação mandamental em que o impetrante objetiva a concessão da ordem para que seja reconhecida a inépcia da denúncia, determinando-se consequentemente o trancamento da ação penal em relação ao paciente.**

Como cediço o reconhecimento de ausência de justa causa à persecução penal ocorre tão somente em hipóteses de evidente atipicidade da conduta, manifesta ausência de suporte probatório mínimo para a acusação, inépcia da inicial ou causa extintiva da punibilidade.

Nesse sentido é a orientação do Superior Tribunal de Justiça, Corte encarregada da interpretação do regramento infraconstitucional.

A peça acusatória deve conter "a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimento pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas" (art.

41 do CPP). Havendo vício/defeito na denúncia, há de se reconhecer sua inépcia.

A denúncia ora atacada narra que o Paciente teria formulado proposta comercial com preço fictício com o objetivo de beneficiar outra empresa (X) em licitação pública, sendo que esta outra empresa estaria superfaturando a cotação dos produtos licitados, contribuindo, assim, para o desvio de recursos públicos, do qual o Paciente levaria uma "fatia". Narra ainda que a empresa do Paciente – W – teria vendido equipamentos à empresa X, que por sua vez revendeu tais equipamentos, em tese superfaturados, à empresa B. No caso em exame, restrito aos limites da impetração e à análise dos fatos imputados contra o paciente, o que se observa é a ausência de exposição clara do fato criminoso, em tese, praticado pelo acusado A.A.G. ou a indicação precisa da vantagem ilícita – ou "fatia", como preferiu denominar o MP na denúncia - em tese recebida pelo paciente.

A falta de indicação do objeto do desvio impossibilita o exercício da defesa, já que o crime de peculato-desvio exige a descrição do material desviado, a saber, dinheiro valor, ou qualquer outro bem móvel, na expressa descrição legal do art. 321 do CP, segunda parte.

Não há, pois, uma descrição detalhada do atuar do Paciente para a prática do crime de peculato – de acordo com a denúncia por 40 vezes em continuidade - senão sua participação em uma licitação que, em tese, teria sido objeto de superfaturamento pela empresa vencedora (X), sendo certo que a empresa do paciente (W) sequer "ganhou" tal licitação. No mais, a denúncia avança no campo perigoso de suposições, não sendo o processo penal espaço adequado para se permitir a investida estatal desta forma. O Processo Penal não admite que o Estado se sirva da ação penal como meio exploratório temerário, levando ao extremo o princípio *in dubio pro societate*. Exige-se, para cumprimento dos postulados processuais constitucionais a existência de indícios de autoria e materialidade e a imputação precisa dos fatos subsumidos a esses indícios para garantir o cumprimento do acesso a ampla defesa. Como ensina o Professor AFRÂNIO SILVA JARDIM, "a boa técnica remenda, tendo em vista o disposto no art. 41 do Cod. Proc. Penal que, na denúncia, o órgão acusador faça imputações certas e determinadas, individualizando as condutas no tempo e lugar. É preciso que o réu saiba exatamente do que está sendo acusado para poder se defender de forma eficaz."

Da mesma forma a denúncia não aponta porque a atribui à proposta formulada pela empresa do pacienta a qualidade de fictícia e superfaturada. Ademais, o ato de vender produtos a uma empresa – no caso, a W vendeu equipamentos à X – e esta revendê-los por valores em tese superfaturados a uma terceira – no caso, B – não configura conduta criminosa por parte da primeira empresa – no caso, a empresa W do ora paciente. Desta sorte, evidenciando-se o apontado prejuízo à defesa, que se submete a vagas acusações e à atipicidade da conduta do paciente, deve ser reconhecida a inépcia da denúncia no que concerne a A.A.G. Por último, com o fim da acusação, cessa também a constrição patrimonial em desfavor do paciente, restando prejudicado o Mandado de Segurança nº 0035790-84.2016.8.19.0000. Concessão da ordem para trancar a ação penal em relação ao acusado A.A.G. pelo reconhecimento da inépcia da inicial acusatória e da atipicidade da conduta do paciente, bem como o fim da restrição patrimonial que lhe foi imposta.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0043731-85.2016.8.19.0000, em que figuram como

Impetrante J.A.R.J. - OAB/RJ 000.000, Paciente A.A.G e Autoridade Coatora o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal do Foro Regional de Santa Cruz,

Acordam os Desembargadores que compõem a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conceder a ordem, para trancar a ação penal em relação ao acusado AA.G pelo reconhecimento da inépcia da inicial acusatória e da atipicidade da conduta do paciente, bem como o fim da restrição patrimonial que lhe foi imposta. nos termos do voto do Desembargador Relator.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de A.A.G, RG nº 000 IRGD/SP, apontando como autoridade coatora o Juizo de Direito da 2ª Vara Criminal do Foro Regional de Santa Cruz - Comarca da Capital, posto que foi recebida denúncia abusiva contra o paciente, dando início à ação penal manifestamente carente de justa causa, caracterizando constrangimento ilegal.

Pretende o impetrante o reconhecimento da inépcia da denúncia oferecida pelo órgão de acusação para, em consequência, obter o trancamento da ação penal em curso, porquanto a conduta descrita na peça acusatória não espelha nem caracteriza uma conduta penalmente típica imputável ao paciente.

Assim, formula pedido de concessão da ordem mandamental em favor do paciente para trancar o processo crime por falta de justa causa.

Informações dispensadas em decisão de pasta 18, em que, de ofício, afastei a suspensão liminar do processo. Ressalte-se que não foi pedida liminar.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça, da lavra da Procuradora de Justiça CHRISTIANE CLÁUDIA CARDOSO ANSELMO DE FARIA, pela denegação da ordem pretendida em pasta 29.

Apresentei o processo em mesa.

VOTO

Colhe-se dos autos que paciente e corréus acima nominados, foram denunciados como incursos nas sanções dos artigos 312[1], 2ª parte c/c 29 (40x), n/f 71, todos do Código Penal.

Pelo presente o impetrante objetiva a concessão da ordem para que seja reconhecida a inépcia da denúncia, determinando-se consequentemente o trancamento da ação penal, em razão da atipicidade da conduta imputada ao paciente na inicial acusatória dos autos de nº 0033170-97.2015.8.19.0206.

Como cediço o reconhecimento de ausência de justa causa à persecução penal ocorre tão somente em hipóteses de evidente atipicidade da conduta, manifesta ausência de suporte probatório mínimo para a acusação, inépcia da inicial ou causa extintiva da punibilidade.

Nesse sentido é a orientação do Superior Tribunal de Justiça, Corte encarregada da interpretação do regramento infraconstitucional, comportando a transcrição da ementa em destaque:

---

1 Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: (...) § 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FRAUDE À LICITAÇÃO E PECULATO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SÓCIO-ADMINISTRADOR DA EMPRESA CONTRATADA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. DESCRIÇÃO MÍNIMA DAS CONDUTAS PERPETRADAS. VINCULAÇÃO COM OS PODERES DE GESTÃO. 1. É entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça que o trancamento da ação penal, pela via de *habeas corpus*, é medida de exceção, só admissível se emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, o que não é o caso dos autos. 2. (...) 3. Diferentemente do que alegam os impetrantes, estão presentes na denúncia os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. (...). 4. Ordem de *habeas corpus* denegada. (HC 264.237/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, julgado em 04/06/2013, DJe 28/06/2013).

Vejamos o que narra a denúncia em relação ao paciente A.A.G (pastas 232/240 do anexo):

12º fato (peculato referente aos recursos repassados à X)

Denunciados: WR, VR, VI e A.

Entre os dias 04 de maio de 2012 e 31 de outubro de 2012, no Município do Rio de Janeiro, através de reiteradas e sucessivas ações criminosas.

(...)

Por fim, concorreu eficazmente para o peculato consumado no seio da X denunciado A. A.G, pois, na qualidade de sócio administrador da empresa W, em data e lugar que não se pode precisar, porém certamente por volta de abril ou maio de 2012, de forma consciente e voluntária, agindo em conluio com os denunciados WR, VR, e VI, confeccionou proposta comercial, fictícia e superfaturada, para justificar a escolha da X como responsável por fornecer os referidos equipamentos.

De fato, em face da exigência de que "os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 CF" (ADIn 1.923/DF), havia necessidade de que a B montasse um processo interno de seleção, simulando a existência de concorrência, que justificasse a escolha da X em razão do melhor preço ofertado.

Para tal fim, o denunciado A encaminhou à B, em nome da W, a Proposta Comercial nº 02053/10/0344, datada de 19 de abril de 2012, na qual estipulava o preço fictício de R$ 6.308.000,00 para 190 monitores DX-2020 – que, por estar 1,366% (um vírgula trezentos e sessenta e seis) acima da proposta vencedora da X, possibilitaria que esta fosse contratada a despeito do superfaturamento na cotação dos equipamentos.

Contudo, na Proposta nº 02046/10/0345, datada de 26 de abril de 2012 (ou seja, exatamente uma semana após a data da proposta encaminhada à B), o denunciado A apresentou à sua suposta "concorrente" X uma proposta de preços para exatamente a mesma quantidade e exatamente o mesmo equipamento, na qual estipulava o preço real de R$ 3.980.500,00 (ou seja, 36,036% abaixo da proposta vencedora da X).

Ao artificialmente inflar os preços da W na proposta apresentada à B, o denunciado A demonstrou que não tinha real intenção de "concorrer" com a X, mas apenas de facilitar a montagem do processo seletivo em favor da mesma, mediante conluio que lhe assegurasse uma fatia dos repasses que seriam feitos à empresa vencedora; e ao assim proceder, concor-

reu eficazmente para todos os desvios de recursos públicos praticados por intermédio da X.

(...)

CONCLUSÃO:

Objetiva e subjetivamente típica, ilícita e reprovável a conduta dos denunciados, violadas restaram as regras insculpidas nos artigos:

(...) A.A.G. – art.. 312, 2ª parte c/c art.29 (40 vezes) todos na forma do art. 71, todos do Código Penal.

Dito isto e analisado o caso, nos limites precisos da impetração, e em exame restrito à descrição feita na imputação ao paciente, tenho que assiste razão ao impetrante.

A peça acusatória deve conter "a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimento pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas" (art. 41 do CPP). Havendo vício/defeito na denúncia, há de se reconhecer sua inépcia.

A denúncia ora atacada narra que o paciente teria formulado proposta comercial com preço fictício com o objetivo de beneficiar outra empresa em licitação pública, sendo que esta outra empresa estaria superfaturando a cotação dos produtos licitados, contribuindo, assim, para o desvio de recursos públicos, do qual o paciente levaria uma "fatia". Narra ainda que a empresa do paciente – W – teria vendido equipamentos à empresa X, que por sua vez revendeu tais equipamentos, em tese superfaturados, à empresa B.

No caso o que observo é que não há a exposição clara do fato criminoso, em tese, praticado pelo acusado A.A.G e nem indicação precisa do valor – ou "fatia", como preferiu denominar o MP na denúncia - em tese recebida pelo paciente.

A falta de indicação do objeto do desvio impossibilita o exercício da defesa, já que o crime de peculato-desvio exige a descrição do material desviado, a saber, dinheiro valor, ou qualquer outro bem móvel, na expressa descrição legal do art. 312 do CP, segunda parte.

Não há, pois, uma descrição detalhada do atuar do paciente para a prática do crime de peculato – de acordo com a denúncia por 40 vezes em continuidade - senão sua participação em uma licitação que, em tese, teria sido objeto de superfaturamento pela empresa vencedora (X), sendo certo que a empresa do paciente (W) sequer "ganhou" tal licitação.

Assim, a acusação avança no campo nebuloso das suposições, não sendo o processo penal espaço adequado para se permitir a investida estatal desta forma. O que caracterizaria em tese a participação seria a combinação de preços para a licitação, o que implicaria até mesmo em tipo penal diverso, o que não é descrito na denúncia.

O Processo Penal não admite que o Estado se sirva da ação penal como meio exploratório temerário, levando ao extremo o princípio *in dubio pro societate.* Exige-se, para cumprimento dos postulados processuais constitucionais a existência de indícios de autoria e materialidade e a imputação precisa dos fatos subsumidos a esses indícios para garantir o cumprimento do acesso a ampla defesa.

Como ensina o Professor AFRÂNIO SILVA JARDIM, "a boa técnica remenda, tendo em vista o disposto no art. 41 do Cod. Proc. Penal que, na denúncia, o órgão acusador faça imputações certas e determinadas, individualizando as condutas

no tempo e lugar. É preciso que o réu saiba exatamente do que está sendo acusado para poder se defender de forma eficaz".

Segundo lição do ilustre mestre, oriundo do próprio Ministério Público Fluminense, o princípio da obrigatoriedade do exercício do direito de ação só incide se presentes as chamadas condições da ação e os pressupostos processuais e a regra constitucional que presume a inocência veda a inversão do ônus da prova em qualquer fase do processo penal, ou mesmo de algum procedimento a ele prévio.

Da mesma forma a denúncia não aponta porque a atribui à proposta formulada pela empresa do paciente a qualidade de fictícia e superfaturada. Aqui mais uma vez se percebe como a denúncia é lacunosa quanto à conduta do paciente.

Ademais, o ato de vender produtos a uma empresa – no caso, X – e esta revendê-los por valores em tese superfaturados a uma terceira – no caso, B – não configura crime a conduta da primeira empresa – no caso, a empresa W do ora paciente.

Desta sorte, evidenciando-se o apontado prejuízo à defesa, que se submete a vagas acusações e à atipicidade da conduta do paciente, deve ser reconhecida a inépcia da denúncia no que concerne a A.A.G.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA (ART. 343 DO CPM). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. DENÚNCIA QUE NÃO DESCREVE SUFICIENTEMENTE A CONDUTA DO ACUSADO, DE MODO A DEMONSTRAR O DOLO DIRETO DE IMPUTAR A OUTREM CRIME SUJEITO À JURISDIÇÃO MILITAR DE QUE O SABE INOCENTE. INÉPCIA DA PEÇA ACUSATÓRIA. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARA DETERMINAR O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. O trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus* é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Precedentes: (HC 101754, Segunda Turma, Relatora a Ministra ELLEN GRACIE, DJ de 24/06/10; HC 92959, Primeira Turma, Relator o Ministro CARLOS BRITTO, DJ de 11/02/10).

2. *In casu*, a denúncia não descreve suficientemente a conduta do paciente, de modo a demonstrar o dolo direto de imputar a outrem crime sujeito à jurisdição militar de que o sabe inocente.

3. É que na peça acusatória não há nenhum trecho que demonstre que ele possuía a intenção de relatar fatos que soubesse não serem verdadeiros. O próprio Ministério Público Militar, em contrarrazões a este recurso ordinário reconhece a inépcia da peça acusatória.

4. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se dá provimento para determinar o trancamento da ação penal por falta de justa causa". (RHC 114.926/CE, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 10/05/2013)

"AÇÃO PENAL. Crime Militar. Incitamento e ofensa às Forças Armadas. Denúncia. Peça que omite a descrição de comportamentos típicos. Inadmissibilidade. Inépcia reconhecida. *Habeas corpus* concedido para trancar a ação penal. É inepta a denúncia que não imputa fato típico ao acusado, ou não demonstra a lesividade da conduta". (HC 95.348/PE, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, DJe 26/03/2010)

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ESTADO DE DIREITO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP NÃO PREENCHIDOS.

1 - A técnica da denúncia (art. 41 do Código de Processo Penal) tem merecido reflexão no plano da dogmática constitucional, associada especialmente ao direito de defesa. Precedentes. 2 - Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. 3 - Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Necessidade de rigor e prudência daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso. 4 - Ordem deferida, por maioria, para trancar a ação penal". (HC 84.409/SP, Rel. Originário Min. JOAQUIM BARBOSA, Red. p/ Acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJ 19/08/2005)

Por fim, com o abortamento da acusação, cessa também a constrição patrimonial em desfavor do Paciente, restando prejudicado o Mandado de Segurança nº 0035790-84.2016.8.19.0000.

À conta de tais considerações, vislumbrando estar presente o constrangimento ilegal alegado, dirijo meu voto no sentido de ser concedida a ordem, para trancar a ação penal em relação ao acusado A.A.G bem como o fim da restrição patrimonial que lhe foi imposta pelo reconhecimento da inépcia da inicial acusatória e da atipicidade da conduta do paciente.

Rio de Janeiro, 04 de outubro de 2016.

DES. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO
Relator

REMOÇÃO DE *BLOG* DA INTERNET. MEIO LÍCITO DE EXPRESSÃO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO E INOBSERVÂNCIA DE PRECEITO DO ARTIGO DA LEI. MARCO CIVIL DA *INTERNET*. ESPECIFICAÇÃO DOS CONTEÚDOS OFENSIVOS. PODER GERAL DE CAUTELA. JUÍZO CÍVEL OU CRIMINAL. INDIFERENÇA. MEIO INADEQUADO PARA OBTENÇÃO DA TUTELA.

Mandado de Segurança interposto com vistas a impugnação da ordem que determinou a remoção de *blog* na *internet*, com suspensão da execução do serviço da página, como efetuar limpeza e exclusão do conteúdo acessível via cache. Pretendem os impetrantes a decretação de nulidade da decisão por alegada incompetência do juízo e por haver a ordem inobservado o preceituado no artigo 19 da Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet), que preconiza dever a ordem judicial trazer identificação clara e precisa do conteúdo infringente para sua efetiva remoção, ou estar-se-ia lesionando o direito à livre expressão. Há interesse processual dos impetrantes, ao menos em tese, quanto a licitude da ordem exarada. Não obstante, a pretensão não merece guarida pelas razões expostas.

Mostra-se inerente ao poder geral de cautela, independente do juízo, se cível ou criminal, a possibilidade de determinar medidas para a preservação ou não progressão do dano. Registra-se ainda, ser a seara civilista subsidiária da penal, com vistas a suprir eventuais lacunas existentes. Assim, a medida opugnada integra as possibilidades inerentes à competência do juízo, seja qual for sua seara. A questão atinente a delimitação de conteúdo, não tem como ser apreciada neste exato momento, por exigir análise mais aprofundada em peças ausentes destes autos – o conteúdo do referi-

do diário de internet (*blog*). Ainda assim, a ordem foi cumprida, o que leva a presumir que sua idoneidade, com vistas as informações prestadas, permitindo a suspensão da lesão. Ressalta-se ainda, que não se está diante de Mandado de segurança coletivo, não se vislumbrando nos autos ou no ordenamento, legitimidade ao terceiro interessado, postular. No que pertine à necessidade de delimitação do conteúdo específico a ser suprimido sob pena de vulneração à livre expressão, o ponto não se encontra maduro para ser apreciado neste momento, por ausência dos elementos para sua apreciação. No caso dos autos a página encontra-se suficientemente delimitada para a realização de sua 'retirada', tanto que a ordem foi cumprida. *Mandamus* denegado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Processo nº 0048609-53/16, em que são Impetrantes *Google* Inc. e *Google* Brasil *Internet* Ltda. e Impetrado o Juízo da 37ª Vara Criminal da Comarca da Capital.

Acordam os Desembargadores que integram a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em denegar-se o *mandamus*, nos termos do voto da eminente Desembargadora-Relatora.

Trata-se de *mandamus* que visa a suspensão da decisão do juízo da 37ª Vara Criminal, que determinou a retirada do *blog* 8anosdefraudesnotjrj.blogspot.com.br hospedado pela *Google* Inc./ *Google* Brasil *Internet* Ltda ao argumento de incompetência do juízo, e por entender ser inválida a decisão judicial que promove a remoção de todo um *blog*, que é um meio lícito de expressão, sem distinguir os conteúdos ofensivos.

Aduz ainda, que "o sistema de justiça penal rege-se pelo princípio da legalidade, e qualquer restrição a direito daquele que é investigado ou réu (...) dependerá, como regra de prévia e expressa cominação legal, que inexiste no caso concreto".

No mesmo passo, sustenta que "o artigo 19 do marco civil da internet, claramente prevê a necessidade de especificação dos conteúdos individualmente considerados ofensivos e que devem ser removidos da rede mundial de computadores justamente para evitar que manifestações lícitas dos usuários da rede sejam efetivamente tolhidas".

E por fim, conclui que ao determinar-se a exclusão da página, o juízo mais do que excluir eventuais postagens e comentários ofensivos, promoveu a exclusão de todo o meio de comunicação que, em si, nada tem de ilícito, no entendimento dos impetrantes.

Inicialmente, não há que falar-se acerca da incompetência do juízo. A medida está inclusa no poder geral de cautela atribuído a qualquer juízo, e a seara civil presta-se a subsidiar eventual lacuna existente na normatividade penal, como preconiza o ordenamento pátrio.

No caso em tela, em que pese a medida haver ser proferida por juízo criminal, mostra-se inerente ao poder geral de cautela, obstar a ocorrência e o incremento da lesão ao direito tutelado pela norma. Assim, revela-se indiferente se o juízo prolator da medida foi cível ou criminal, desde que sua aplicação mostre-se adequada com vistas à não prossecução do dano que está sendo apurado na via ordinária.

Ademais, salienta-se que o impetrante não trouxe aos autos, elementos que evidenciem a impossibilidade de realização da medida vindicada, além de ser política da empresa, como infere-se, a remoção de páginas diante

de determinação judicial, constatado nos seus termos de serviços.

Neste esteio, e considerando-se o cunho cautelar, com todos seus consectários, passível de eventual reversão, não se infere qualquer ilegalidade na medida, com vistas a sua reforma, por apresentar-se tecnicamente perfeita, ainda que não entenda como a melhor ao caso em comento.

Destarte, não vislumbra a presente relatoria, direito líquido e certo a ser socorrido pelo presente instrumento.

Cabe atentar, diante do memorial adunado, e considerando-se a via eleita de cognição sumária, que não tem este colegiado como se pronunciar sobre ser ou não necessário o efetivo banimento da página, ou apenas de alguns de seus textos.

Para tanto far-se-ia imprescindível o conhecimento do exato teor, tanto do *blog* (página), quanto dos textos que esta veiculava, ponto ainda adstrito ao primeiro grau de jurisdição – na demanda originária –, e a falta de outros elementos, tem-se que admitir-se, por ora, o ponto do vista ensejador da constrição.

Ainda que o termo referido Marco Civil da Internet, faça menção de especificação do conteúdo a ser afastado, entende-se que apenas no procedimento que corre no juízo singular, onde está a cognição exauriente – ou com a chegada do processo principal à presente instância -, é que tal limite pode ser efetivamente encontrado.

Nesta hipótese, entende-se ser direito do possível lesado ou comunicante, e não do destinatário da ordem judicial, ora impetrante, quem disponha do efetivo interesse para insurgir-se quanto à referida constrição.

Tal entendimento leva-nos a presumir, que o objeto do presente *mandamus*, não se coaduna com a busca de efeitos concretos – fim a que se destinam os remédios constitucionais –, mas ao estabelecimento de paradigma futuro a hipóteses análogas, tal qual um 'salvo conduto', e nestes termos, não se depreende que o mandado de segurança ordinário, seja o meio adequado com vistas a obtenção da tutela pretendida, mormente quando vinculado de modo umbilical a demanda concreta.

Por tais razões, integrando neste voto, na forma regimental, o parecer do nobre Procurador de Justiça, Dr. NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA, voto no sentido de denegar-se a segurança.

É como voto.

Rio de Janeiro, 23 de novembro de 2016.

DESª. SUELY LOPES MAGALHÃES
Relatora

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ELEMENTOS SUSPEITOS. MOCHILA COM DROGAS E RÁDIO TRANSMISSOR. FLAGRANTE DELITO EM COMUNIDADE. VERBETE Nº 70 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO ASSOCIATIVO À FACÇÃO CRIMINOSA.

Apelação Criminal. Tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico. Sentença que condenou os apelantes pela prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/2006, à pena de 08 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 1283 (um mil, duzentos e oitenta e três) dias -multa. A Defesa pretende a decretação da

absolvição de ambos, sob o argumento de ausência de provas a comprovarem a autoria do evento criminoso. Acrescenta que não restou demonstrada a estabilidade do vínculo associativo, inviabilizando a condenação quanto ao delito de associação à prática do tráfico de entorpecentes. Subsidiariamente, pretende a concessão da causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006 e formula o prequestionamento de diversos dispositivos legais e constitucionais, para eventual interposição de recurso especial ou extraordinário. Inviabilidade da absolvição quanto ao tráfico de entorpecentes. Materialidade e autoria comprovadas, pelos autos de apreensão e laudos de exame de entorpecente e de exame dos rádios comunicadores apreendidos, além dos depoimentos dos policiais militares que efetuaram a diligência e que se mostraram harmônicos e coesos. Depoimentos das testemunhas arroladas pela Defesa de Osmar que se mostraram contraditórios e desprovidos de credibilidade suficiente a pôr em dúvida a narrativa dos agentes da lei. Inteligência do verbete nº 70 do nosso Tribunal de Justiça. Absolvição quanto ao crime de associação para o tráfico, diante da incomprovação de eventual vínculo associativo, permanente e estável dos acusados à facção criminosa dominante no local. Apli-cação do disposto no art. 386, VII, do CPP. Manutenção da dosimetria referente ao trá- ico de entorpecentes. Reprimenda ixada acima do piso legal, diante da quantidade e diversidade de droga encontrada em po-der dos apelantes. Inexistência de circuns-tâncias agravantes ou atenuantes relativas a qualquer dos acusados. Inviabilidade de concessão do redutor do trá ico, porquanto a apreensão dos rádios transmissores e ainda do colete balístico denotam que os acusados se dedicavam à atividade criminosa do trá- ico de entorpecentes. Mitigação do regime de pena para o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal. Descabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, previs-ta no art. 44 do Código Penal. Não conhecimento do prequestionamento almejado, por inexistir qualquer ofensa às normas constitucionais ou infraconstitucionais apontadas. Parcial provimento dos recursos defensivos, para absolver os Apelantes do crime previs-to no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006 e para mitigar para o semiaberto o regime de pena relativo ao trá ico de entorpecentes.

Vistos, discutidos e relatados estes autos da Apelação Criminal nº 0064247-34.2014.8.19.0021, em que são Apelantes Osmar Machado Vieira (ou Osmar Machado Pinheiro) e Rafael Silva Torre, e Apelado o Ministério Público.

Acordam os Desembargadores que compõem a Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar provimento parcial aos recursos defensivos, para absolver os Apelantes do crime previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006 e para mitigar para o semiaberto o regime de pena relativo ao tráfico de entorpecentes, na forma do voto da Desembargadora Relatora.

A Sentença de primeiro grau condenou os apelantes, nos seguintes termos (pasta 201):

Osmar Machado Vieira (ou Osmar Machado Pinheiro)

1. pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei nº11.343/2006, à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa.

2. pela prática do crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, à pena de 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos)

dias multa.

Aplicado o regime de concurso material, a pena foi definida em 08 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 1.283 (um mil, duzentos e oitenta e três) dias-multa.

Rafael Silva Torre

1. pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa.

2. pela prática do crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, à pena de 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias multa.

Aplicado o regime de concurso material, a pena foi definida em 08 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 1283 (um mil, duzentos e oitenta e três) dias-multa.

Narra a denúncia, *in verbis*:

"(...) No dia 18 de outubro de 2014, por volta das 7h15 min, na Estrada das Paineiras, no Bairro Vila Columbia, São João de Meriti, (Comunidade do Embaixador) os denunciados livre e conscientemente, em comunhão de ações e desígnios, de forma compartilhada, guardavam, tinham em depósito e traziam consigo, o denunciado Osmar, trazia na sua mochila 750 invólucros de erva seca prensada, contendo 400 g de erva seca e picada, conhecida como maconha e com o denunciado Rafael, 320 invólucros contendo erva seca prensada, contendo 170 g de maconha e 153 invólucros contendo pó branco, contendo 160 g de Cloridrato de Cocaína, conforme laudo de exame prévio de entorpecente a f. 23 e 28, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de tráfico, conforme auto de apreensão de f. 24 e 20.

Desde data não precisada, mas até o dia 18 de outubro de 2014, por volta das 7h15 min, na Estrada das Paineiras, no Bairro Vila Columbia, nesta Comarca, os denunciados, livres e conscientemente, em comunhão de ações e desígnios entre si, associaram-se entre si e a outros traficantes da localidade, para o fim de praticar o crime previsto no art. 33, *caput,* da Lei n° 11.343/06, tanto que foram apreendidos com eles grande quantidade de drogas, rádios comunicadores e uma capa de colete balístico.

Considerando a quantidade e a forma de acondicionamento dos entorpecentes e que foram apreendidos, ainda, 04 (quatro) rádios transmissores e uma capa de colete balístico, bem como, considerando o local da prisão, restou demonstrado que os denunciados estavam praticando a mercancia ilícita de drogas.

Policiais militares foram até a Estrada das Paineiras, visando checar possível ocorrência de suicídio. O local é conhecido pelo tráfico de drogas, sendo dominado pela facção Comando Vermelho.

Os policiais, no interior da comunidade, entraram num beco onde verificaram a presença de dois elementos, em atitude suspeita, portando cada um, uma mochila nas costas com drogas e um rádio transmissor nas mãos. Com o denunciado Osmar foi encontrado, além das drogas foram encontrados mais dois rádios transmissores na mochila. Com o denunciado Rafael foi encontrado uma capa de colete balístico, além das drogas.

Assim agindo, os denunciados estão incursos nas sanções penais do art. 33, *caput* e 35, todos da Lei n° 11.343/06(...)"

Os autos de apreensão do material entorpecente e dos rádios comunicadores encontram-se nas pastas 031 e 036.

Os laudos de exame de entorpecente encontram-se nas pastas 035 e 041 (prévios), e 098 e 101/102 (definitivos) e o laudo de exa-

me de material acha-se na pasta 121.

O recebimento da denúncia ocorreu em 20/01/15 (pasta 103). A Folha de Antecedentes Criminais de Osmar acha-se na pasta 079, constando apenas a anotação referente ao presente feito.

A Folha de Antecedentes Criminais de Rafael acha-se nas pastas 075 e 142, constando apenas a anotação referente ao presente feito.

Assentadas de Audiência de Instrução e Julgamento encontram-se nas pastas 156 e 169.

A Defesa dos acusados, em suas razões, pretende a decretação da absolvição de ambos, sob o argumento de ausência de provas a comprovarem a autoria do evento criminoso. Acrescenta que não restou comprovada a estabilidade do vínculo associativo, inviabilizando a condenação quanto ao delito de associação à prática do tráfico de entorpecentes. Subsidiariamente, preten-de a concessão da causa especial de dimi-nuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 e formula o prequestio-namento de diversos dispositivos legais e constitucionais, para eventual interposição de recurso especial ou extraordinário. (pas-ta 238).

Em contrarrazões, o Ministério Público pugna pelo não provimento dos recursos da Defesa (pasta 250).

Parecer da Procuradoria de Justiça, da lavra do Dr. FRANCISCO EDUARDO MARCONDES NABUCO, no sentido do parcial provimento dos apelos defensivos (pasta 272), para absolver os apelantes quanto ao crime de associação à prática do tráfico de entorpecentes, além de conceder o redutor específico do ilícito comércio, bem como a substituição da pena reclusiva, por restritiva de direitos.

VOTO

Os apelantes Osmar Machado Vieira e Rafael Silva Torre foram condenados pela prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/2006, à pena de 08 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 1.283 (um mil, duzentos e oitenta e três) dias-multa.

Inconformada, a Defesa de ambos os acusados postula a decretação da absolvição, sob o argumento de ausência de provas a comprovarem a autoria do evento criminoso. Acrescenta que não restou comprovada a estabilidade do vínculo associativo, inviabilizando a condenação quanto ao delito de associação à prática do tráfico de entorpecentes. Subsidiariamen-te, pretende a concessão da causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 e formula o prequestionamento de diversos dispositivos legais e constitucionais, para eventual interposição de recurso especial ou extraordinário. (pasta 238).

A hipótese se concentra no fato de que, no dia 18 de outubro de 2014, por volta de 7h 15min, policiais militares foram acionados, a fim de atenderem a um chamado a respeito de um indivíduo que teria cometido suicídio, no interior da comunidade do Embaixador.

Cientes de que no local se desenvolve o tráfico de entorpecentes, os policiais prepararam o ingresso na localidade, a partir de diversas frentes, cada uma coberta por uma viatura.

Ao ingressarem em determinado beco, os policiais depararam-se com ambos os acusados, juntos, e cada um portando uma mochila. Na mochila que se encontrava em poder de Os-

mar havia 400g (quatrocentos gramas) de maconha, distribuídos em 750 (setecentos e cinquenta) invólucros e naquela que estava com Rafael encontravam-se 170g (cento e setenta gramas) de maconha, divididos em 320 (trezentos e vinte) invólucros, além de 160g (cento e sessenta gramas) de cloridrato de cocaína, acondicionados em 153 (cento e cinquenta e três) invólucros.

Cada um dos acusados portava ainda um rádio transmissor. Além disso, na mochila que encontrava-se com Osmar havia mais dois rádios transmissores e na mochila de Rafael havia um colete balístico.

E diante de tal contexto, foram ambos detidos em flagrante delito e denunciados pela prática do tráfico de entorpecentes e ainda do delito de associação para este fim.

Quanto ao crime de tráfico de entorpecentes, o pleito absolutório não merece guarida.

A materialidade está demonstrada pelos autos de apreensão (pastas 31 e 36) e laudos de exame de entorpecente (pastas 98 e 101/102) e de exame dos rádios comunicadores apreendidos (pasta 121).

A autoria, igualmente, é indelével.

Os depoimentos dos policiais militares se mostram harmônicos e claros e não deixam dúvida de que Osmar e Rafael foram flagrados portando o material entorpecente mencionado, além de rádios comunicadores, que se encontravam em pleno funcionamento.

As circunstâncias do evento, especialmente a quantidade e forma de acondicionamento da droga, além da existência dos rádios comunicadores, tornam inequívoca a comprovação da finalidade mercancial daquele material ilícito, sendo despicienda à configuração do delito a efetiva comprovação da prática de atos de comércio por parte dos acusados.

Os depoimentos das testemunhas arroladas pela Defesa, ou seja, o pai de Osmar e duas vizinhas deste, que teriam presenciado a prisão em flagrante, não se mostraram firmes e ainda trouxeram contradições entre si, as quais inviabilizam qualquer perspectiva de descrédito à palavra dos agentes da lei.

A testemunha Jéssica afirma que estava conversando com Osmar, no momento em que os policiais militares chegaram à localidade e que estes teriam logo se aproximado daquele acusado, afirmando "é ele mesmo" e já o algemando e o conduzindo à viatura policial.

Acrescenta esta testemunha que somente viu uma mochila com os policiais depois que estes saíram de determinada casa, localizada em outra rua.

Já a testemunha Nathane também garante que conversava com Osmar naquele mesmo momento e alude que os policiais nada disseram e apenas se aproximaram de Osmar, já o levando preso.

Prossegue esta testemunha afirmando que um dos policiais chegou ao local trazendo uma mochila em um dos ombros, e frisa não poder afirmar que, desde o início da diligência, o entorpecente já estivesse no interior da bolsa.

Em uma terceira versão dos fatos, o pai de Osmar, Itamar, narra que os agentes da lei efetivamente encontraram uma mochila contendo material entorpecente no interior de determinada residência. Contudo, estes teriam assegurado àquele informante que Osmar nada teria a ver com tal fato, mas ainda assim levaram este acusado preso. E mesmo diante desta incongruência, Itamar teria permanecido "tranquilo" quanto à situação do filho, segundo ele

próprio garante em sua oitiva judicial.

Mostra-se evidente que tais relatos judiciais não se conjugam entre si, ao contrário do que ocorre com os depoimentos dos policiais, os quais durante toda a inquirição mantiveram uma versão crível e coesa sobre os fatos em análise.

No que concerne à prisão de Rafael, as três testemunhas arroladas pela Defesa de Osmar garantem não saber nada a respeito e asseguram que aquele acusado não foi detido junto com Osmar.

Por seu turno, ambos os acusados, em seus interrogatórios, asseguram que teriam sido detidos sem qualquer motivação para tanto. Entretanto, afirmam que sequer conheciam os agentes da lei antes de tal ocorrência e não apresentam qualquer justificativa para que estes viessem a detê-los inidoneamente.

Insta salientar a relevância dos depoimentos dos policiais em crimes dessa natureza e cometidos em tais circunstâncias.

Reforça tal conclusão o teor do verbete nº 70 da súmula de Jurisprudência dominante do nosso Tribunal de Justiça:

"O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação".

Portanto, nesse contexto, fica mantida a condenação dos acusados Osmar e Rafael pelo cometimento do delito de tráfico ilícito de drogas.

Por outro lado, temos que não restou seguramente comprovada a associação habitual, permanente e estável para o delito de tráfico.

Em que pesem as provas evidenciarem que os apelantes praticavam o comércio ilegal de drogas, esse fato, por si só, não é suficiente para condená-los também pelo delito de associação.

A prova oral produzida pelos policiais dá conta da existência da traficância na localidade em questão, apontando a atuação dos recorrentes. Contudo, nada comprova acerca de eventual vínculo associativo, permanente e estável destes à facção criminosa dominante no local.

Dessa forma, faz-se necessária a absolvição dos acusados em relação ao crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06.

A dosimetria quanto ao crime remanescente, ou seja, o tráfico de entorpecentes está adequada.

Na primeira fase, tem-se que a pena base foi fixada à fração de 1/6 (um sexto) acima de seu piso legal, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em razão da quantidade e diversidade do material ilícito apreendido.

Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes relativas a qualquer dos acusados.

Na terceira fase, apresentou-se correta a não incidência do redutor do tráfico de entorpecentes, porquanto a apreensão dos rádios transmissores e ainda do colete balístico denotam que os acusados se dedicavam à atividade criminosa do tráfico de entorpecentes.

Em virtude do *quantum* de pena aplicado, o regime prisional estabelecido na sentença deve ser alterado para o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

Nestes termos, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 do Código Penal.

Por fim, não se conhece do prequestionamento almejado, por inexistir qualquer ofensa

às normas constitucionais ou infraconstitucionais apontadas.

Ante o exposto, dou parcial provimento aos apelos defensivos, para decretar a absolvição dos apelantes quanto à prática da associação ao tráfico de entorpecentes, com fulcro no art. 386, VII do CPP, bem como para mitigar para o semiaberto o regime prisional relativo ao tráfico de entorpecentes.

Rio de Janeiro, 28 de junho de 2016.

DESª. MARCIA PERRINI BODART
Relatora

SUMÁRIO

Notas e Comentários

XLVII CONCURSO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DE CARREIRA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROVA DISCURSIVA

DIREITO CIVIL

1ª QUESTÃO

João, casado com Maria pelo regime da separação convencional de bens, recebe doação de imóvel com cláusula de incomunicabilidade. Posteriormente, vem a falecer, sem deixar descendentes ou ascendentes, deixando como herança apenas o referido imóvel. Seu único irmão apresenta impugnação ao recebimento da herança por Maria, invocando a cláusula de incomunicabilidade. Responda justificadamente: Procede a impugnação?

2ª QUESTÃO

João contratou seguro de vida sem indicação de beneficiário. Na data do óbito, estava separado de fato de Maria e vivia em união estável com Helena. Além disso, deixou dois filhos, Manuel e Joaquim. Responda justificadamente: A quem e como deverá ser pago o capital segurado?

DIREITO PROCESSUAL CIVIL, LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL EM VIGOR E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

1ª QUESTÃO

O Novo CPC ao mencionar, no artigo 489, §§1º, 2º e 3º, novos requisitos de validade para os provimentos decisórios, ajusta-se à chamada "legitimidade argumentativa"?

2ª QUESTÃO

O negócio jurídico processual previsto no artigo 190 do Novo CPC permite às Partes convencionarem, com a concordância do juiz, que seja proferida uma sentença que reconheça uma inconstitucionalidade com efeito ablativo *erga omnes*? Tal ocorrendo, como juiz como procederia?

DIREITO DO CONSUMIDOR

1ª QUESTÃO

A "IBG, Indústria de Biscoitos e Guloseimas", voltada precipuamente para o público infantil, aproveitando-se de sucesso de cinco personagens de determinada série televisiva junto àquele,

lançou campanha publicitária pela qual as crianças, apresentando cinco embalagens de um determinado biscoito de fabricação exclusiva da IBG e mais o pagamento de R$ 5,00 (cinco reais), receberiam como brinde um relógio de brinquedo com a figura de um dos personagens infantis.

A propaganda estimulava também as crianças a possuírem cada um dos 5 (cinco) relógios diferentes, para formar a coleção em questão.

O Ministério Público com base no art. 81 do CDC ingressou com ação civil pública em face da "IBG", visando coibir dita campanha, ao fundamento de se tratar de propaganda enganosa e abusiva, (art. 37, § 2º, do CDC) além de se constituir venda casada, (art. 39, I, do CDC) buscando a condenação da empresa em danos morais coletivos.

Citada, esta apresenta questão preliminar, sustentando que o público alvo da campanha (as crianças) não poderia ser entendido e enquadrado na condição de consumidor, por faltar àquelas poder aquisitivo próprio para a compra dos biscoitos e o pagamento do valor adicional cobrado, bem como e em especial diante da menoridade das mesmas pelo viés da validade dos contratos.

Requeria então a extinção do feito sem apreciação do mérito, por inaplicável a lei 8.078/90 ao caso em debate.

Pergunta-se:

Do ponto de vista de direito do consumidor, e considerando os termos da defesa, haverá aqui, relação de consumo ou não? Justifique

2ª QUESTÃO

"Godofredo", pessoa física, de profissão museólogo, mas também auferindo rendimentos de aluguéis de quatro (4) outros imóveis de sua propriedade, buscando aumentar seu patrimônio, resolve investir em compra de mais outro imóvel, em construção, "na planta", aproveitando-se da conjuntura econômica então existente.

Para isso contrata com a construtora, e incorporadora X, mediante promessa de compra e venda irretratável, a aquisição de unidade habitacional que lhe seria entregue em 30 meses.

Na exata metade do prazo pactuado, instaurada severa crise econômica no País, a construtora e incorporadora X comunica formalmente que o prazo de entrega do imóvel seria ampliado em mais 01 (um) mês. "Godofredo", então e após efetuar seus cálculos, conclui que o negócio não lhe daria o retorno financeiro que havia previsto.

Fundamentando-se então na comunicação recebida bem como nos termos da Súmula 543 do STJ, exige a imediata restituição de todas as parcelas pagas, corrigidas, ao fundamento de sua condição de consumidor hipossuficiente e de culpa exclusiva da empresa.

A Incorporadora se nega a atendê-lo, sustentando que e por se tratar de empreendimento imobiliário, o contrato celebrado entre partes fica obrigatoriamente regido pela lei nº 4.591/64 além de possuir caráter de irretratabilidade (lei nº 4.591, art. 32, § 2º)

Diz anda que e como se cuida de contrato específico, regido por lei da mesma natureza, haveria a impossibilidade de aplicação da lei geral (o CDC) ao caso, pois que a lei nº 8.078/90 se presta exclusivamente àquelas relações que não se enquadrem na especificidade acima.

Pergunta-se:

Sabendo-se que a condição econômica pessoal de "Godofredo" não foi suscitada pela ré nesta discussão, haverá ou não, aqui, prevalência da lei geral (CDC) sobre a lei especial (lei 4.591/64), levando-se também em conta os efeitos da cláusula de irretratabilidade do contrato de promessa de compra e venda celebrado entre partes? Justifique.

• **Súmula 543** - Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

1ª QUESTÃO

Tício e Caio, que estão na faixa dos 40 anos de idade, são brasileiros e formam uma união estável homoafetiva. São domiciliados na Itália, onde trabalham. Desejam adotar a adolescente Talita, brasileira com 14 anos de idade, cujos pais foram destituídos do poder familiar e hoje vive em um abrigo nesta cidade do Rio de Janeiro. Questões: 1) é possível tal adoção? 2) A mesma seria nacional ou internacional? 3) Caso possível a adoção, descreva o procedimento a ser adotado; 4) No encontro entre as partes, a equipe técnica do Juízo constatou uma perfeita empatia entre os candidatos à adoção e a adolescente. Por isso, e considerando que os pretendentes precisam retornar ao trabalho, poderiam eles obter a guarda provisória da adolescente e a levar para a Itália enquanto aguardam o desfecho do processo de adoção?

2ª QUESTÃO

O pai médico e a mãe engenheira, preocupados com o nível das escolas em sua cidade, pretendem eles mesmos ministrar ao filho de oito anos idade as matérias do currículo do ensino fundamental, comparecendo o menor ao estabelecimento de ensino apenas em dias de prova. As escolas da Comarca não aceitaram a proposta e, ato contínuo, os pais recorreram ao Judiciário, argumentando que eles próprios podem dar aulas ao filho, dispensando-o do comparecimento diário a um colégio. Trazem, inclusive, exemplos de outros países. Assiste razão aos pais? Fundamente.

DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

QUESTÃO ÚNICA

O Ministério Público acionou a "Seguradora Finória", que opera no ramo de DPVAT, visando defender os interesses dos segurados que receberam indenização em valores menores do que aqueles estatuídos pela Lei nº 6.194/74 e suas alterações.

Justificava sua legitimação para a demanda por primeiro com base no inciso III do art. 129 da CF/88. Por segundo, aduzia a natureza evidentemente social do seguro DPVAT.

Por terceiro, apontava como justa causa para a demanda a identificação de situação em que a ofensa perpetrada pela Seguradora a direitos individuais homogêneos (dos segurados) comprometia evidentes interesses sociais, à conta de envolver o seguro DPVAT.

Em sua defesa, a ré questionou a legitimidade do MP ao fundamento de inexistência de qualquer interesse social a justificar a aplicação do art. 127 da CF/88 e suas alterações; ao mais, sustentou que não haveria que se falar em qualquer defesa coletiva de interesses, à conta da disparidade das situações de cada segurado, considerado individualmente, o que implicaria em

eventual existência de direitos individuais que e como tal, seriam capazes de serem prestigiados via demandas também individuais e não da forma coletiva, como proposto.

Postulava consequentemente, a extinção do feito sem apreciação do mérito.

Pergunta-se:

Pelo viés dos direitos transindividuais e difusos e/ou dos direitos individuais homogêneos, como o (a) candidato(a) resolveria esta questão preliminar? Justifique.

DIREITO PENAL

1ª QUESTÃO

Galak estava sendo investigado pela prática do delito de usura pecuniária, fato que levou o juiz a autorizar, a requerimento do Ministério Público, a interceptação telefônica daquele entre os dias 18 e 30 de dezembro de 2015. Por volta de 1h18min da madrugada do dia 31 de dezembro Galak detalhou a Paulus, pelo telefone, a operação que montou para legalizar o dinheiro advindo da atividade ilícita, o que foi gravado pelos policiais que montaram a referida estrutura de inter-ceptação. Nesta depositava valores de maneira fracionada em duas contas bancárias, uma de sua titularidade e a outra de uma empresa do seu primo, misturando ativos lícitos e ilícitos, o que já possibilitara, até então, a "lavagem" de oito mil reais. Foi pelo fato descrito na escuta denunciado pela prática do delito de lavagem de dinheiro, tendo sido, inclusive, preso em flagrante ao funda-mento de se tratar de crime permanente. Você é o novo juiz e o advogado de Galak pede a soltura alegando que a hipótese configura, na realidade, ato preparatório, impunível, e que o processo é nulo diante de escuta ilegal. DECIDA, enfrentando, obrigatoriamente, os argumentos da defesa.

2ª QUESTÃO

Em 22 de março de 2016 o diretor da unidade prisional sabedor que estava para ser decidido o pedido de progressão de regime de Taurus, que em setembro de 2015 cumpriu um sexto da pena no regime semi-aberto, informou ao juiz que o mesmo, que sempre teve comportamento exemplar, saiu para trabalhar extramuros no dia 05 de agosto de 2015 e só voltou quatro horas depois do horário determinado pelo juiz, o que considerou evasão e por isso o mantém até hoje isolado dos demais, sem sair da unidade, aguardando a determinação judicial para instaurar o procedimento administrativo visando a apuração deste fato, até porque durante a evasão Taurus praticou o crime de falsa identidade ao ser abordado pelo delegado de polícia em uma *blitz* ocasional, o que só foi descoberto três semanas após. O Ministério Público opinou desfavoravelmente a progressão do regime ao argumento de que o cometimento da falta e do crime interrompem a contagem do prazo e requereu a regressão cautelar para o regime fechado. A defesa rebateu alegando que não se trata de interrupção do prazo, mas, na pior das hipóteses, de suspensão, assim, porque o retorno se deu no mesmo dia o requisito temporal está preenchido e, em relação ao crime, na *blitz*, que foi o motivo do atraso, para que não soubessem que é um detento atribuiu-se identidade falsa, em situação clara de autodefesa, o que é atípico, e não para obter qualquer proveito ou causar dano a outrem, tanto que até hoje não foi denunciado, ademais, considerar o fato sem o trânsito em julgado viola o princípio da presunção de inocência, reiterando, portanto, o pedido de progressão. Decida os pedidos.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

1ª QUESTÃO

Pedro foi preso em suposto flagrante delito no dia 18 de abril de 2015 porque possuía, guardava e mantinha em depósito um pacote contendo cerca de 1027 gramas de cocaína, em forma de pasta, sem autorização e em desacordo com determinação legal. Em razão disto, foi denunciado como incurso nas penas do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Apresentada a defesa preliminar por patrono constituído à época, foi apontada de imediata a nulidade do flagrante, haja vista que os meios investigatórios pelos quais se chegou ao denunciado eram completamente ilegais, eis que ocorreram interceptações telefônicas sem a devida autorização judicial nos termos da lei.

A denúncia foi recebida, porém rejeitada a preliminar suscitada pela defesa. Na AIJ, os policiais prestaram seus depoimentos e o acusado foi devidamente interrogado. O Ministério Público, em alegações finais, pleiteou a condenação nos exatos termos da denúncia. A defesa, por seu turno, em preliminar, reiterou a nulidade atinente à interceptação referida como ilegal, e, no mérito, pugnou pela improcedência da imputação por fragilidade do conjunto probatório.

A sentença foi proferida, momento processual em que o magistrado rejeitou a preliminar por entender que a interceptação das conversas feitas pelo acusado por meio de seu telefone celular foram autorizadas em inquérito policial diverso do que deu origem à ação penal em tela, no qual investigavam atividades narcotraficantes supostamente comandadas por um indivíduo apelidado de MC. Fez consignar o sentenciante, ainda, que a partir de informações obtidas por meio da aludida interceptação os policiais civis lograram flagrar o acusado na posse da substância entorpecente quantificada na denúncia. No mérito, dando efetivo destaque aos laudos periciais da substância e aos depoimentos dos agentes públicos ouvidos sob o crivo do contraditório, não fazendo a menor referência ao conteúdo das conversas interceptadas, julgou procedente a ação penal para condenar Pedro às penas de 08 anos de reclusão, em regime fechado, e 800 dias-multa.

Inconformada com o édito condenatório, a defesa interpôs recurso de apelação, suscitando a mesma preliminar, e, no mérito, pugnando pela absolvição por fragilidade de provas.

Pergunta-se:

a) Qual o fundamento legal e doutrinário em que se baseou a aguerrida defesa ao sustentar a ilicitude da diligência policial susodestacada?

b) Como julgador, em que teoria, referendada pelas Cortes Superiores, você procederia, de forma fundamentada, à desvinculação causal da prova acoimada de ilícita?

2ª QUESTÃO

Domingos foi denunciado pela prática, em tese, de dois roubos (art.157, *caput*, do CP), na forma do art. 69 do mesmo diploma. Finda a instrução, a pretensão punitiva estatal foi julgada parcialmente procedente, tendo sido o acusado absolvido do primeiro crime, e condenado pelo segundo, às penas de 04 anos de reclusão e 10 dms, em regime aberto. Em face de tal *decisum*, somente apelou a defesa buscando a absolvição, tendo o *parquet*, em contrarrazões, se manifestado pelo conhecimento e não provimento do recurso defensivo, mantendo-se a sentença vergastada na forma como lançada. No Tribunal de Justiça, o membro do Ministério Público com atribuição na segunda instância, em seu parecer, arguiu preliminar sustentando a total nulidade da sentença por

falta de elemento essencial, qual seja, fundamentação no tocante à absolvição quanto à imputação do primeiro crime de roubo. Alegou, que tal nulidade, por ser de natureza absoluta, poderia e deveria ser reconhecida de ofício. Por ocasião do julgamento, a Egrégia Câmara, por unanimidade, acatando as razões parquetianas, sem adentrar na análise do mérito do apelo defensivo, anulou a sentença de primeiro grau para que outra fosse prolatada em estrita observância ao disposto no art. 381, III, do CPP.

A decisão do colegiado foi acertada? Por que? Discorra.

DIREITO CONSTITUCIONAL

1ª QUESTÃO

Conhecido jurista alemão considera que "A qualificação jurídica da revolução é determinada pelo êxito. Se fracassarem a sua relevância é jurídico-penal, se triunfarem têm uma relevância jurídico-política (...)." (ZIPPELIUS, Reinhold, **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, trad. COUTINHO, Karinn Preefke-Aires Coutinho, coord. CA-NOTILHO, J. J. Gomes). Partindo do pressuposto de que a tese está correta, justifique-a sinteticamente.

2ª QUESTÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1969, ou mais tecnicamente a Emenda Constitucional n.º 1, de 17.10.69 (à Carta de 1967) — período que de endurecimento político do regime militar instaurado em 01.4.64, cujo principal marco jurídico foi o Ato Institucional n.º 5, de 13.12.68 —, dispunha, no § 11 do art. 150, que "Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública." Posteriormente, emenda introduzida pelo Ato Institucional n.º 14, de 05.9.69, deu ao dispositivo a seguinte redação: "Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta." Com base nesse permissivo, a Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969, emitido pela Junta Militar que governava o País) tipificou penalmente diversas condutas puníveis com "prisão perpétua em grau mínimo ou morte em grau máximo". A Constituição de 1988, promulgada em 05.10.88, dispôs, no art. 5.º, que "não haverá penas de" (inciso XLVII) "morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis" (alíneas "a" a "e"). Considerando a evolução constitucional aludida na questão, responda fundamentadamente: prosperaria ação direta de inconstitucionalidade, tendo por objeto as disposições de pena de morte e de prisão perpétua contidas no Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969, que, por hipótese, tivesse sido proposta poucas horas depois da promulgação da atual CRFB?

DIREITO ELEITORAL

QUESTÃO ÚNICA

A causa superveniente que afasta a inelegibilidade, reconhecida em processo judicial eleitoral, pode ser considerada para afastar o impedimento ao exercício do direito político do candidato, enquanto este procedimento estiver em trâmite na instância ordinária, ainda que já ocorrida a diplomação?

DIREITO EMPRESARIAL

1ª QUESTÃO

João ajuizou ação declaratória de nulidade de deliberação de sócios em face de LMN Ltda., Tício, Antônio e Carlos, afirmando que ocorreu sua exclusão por justa causa da sociedade limitada, 1ª ré, sem que fosse observado o *quorum* mínimo necessário exigido no contrato social (85% do capital social). Em contestação, os réus alegam prejudicial de decadência, em razão de existir cláusula de regência supletiva da lei das sociedades anônimas, prevista no contrato social, por ter a demanda sido proposta 2 anos e 5 meses após realizada a assembléia que decidiu pela exclusão do sócio minoritário. Quanto ao mérito, afirmam que na deliberação assemblear de sociedade limitada cujo objeto seja a exclusão de sócio minoritário, o sócio excluendo, detentor de quotas representativas de 21% do capital da sociedade limitada, está impedido de votar acerca dessa matéria, motivo pelo qual improcede o pedido inicial. Aduzem, ainda, que a exclusão foi aprovada pela unanimidade dos sócios votantes detentores apenas de 79% do capital social.

Sublinhe-se que: 1- não houve impugnação quanto ao reconhecimento de ser o sócio faltoso, omisso nos deveres para com a sociedade limitada; 2- nem sequer foram questionadas as razões de sua exclusão extrajudicial, não se discutindo acerca da justa causa; 3- que o contrato social previa a administração conjunta em uma de suas cláusulas.

Como deve ser julgada a demanda? Responda fundamentadamente, inclusive quanto ao mérito propriamente dito, ainda que o candidato entenda que a prejudicial deva ser acolhida.

2ª QUESTÃO

Discorra sobre o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da submissão da cessão fiduciária de crédito aos efeitos da recuperação judicial, levando em consideração os interesses tutelados.

DIREITO TRIBUTÁRIO

1ª QUESTÃO

Após superar o trauma decorrente da morte de seu pai, João decide todas as celeumas relativas ao recebimento da herança, ficando pendente apenas o pagamento do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD. O bem a ser transmitido, um apartamento na Avenida Delfim Moreira, foi objeto de avaliação administrativa que apontou o valor de mercado no montante de R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

Além disso, seu pai possuía uma dívida no montante de R$ 1.000.000,00 (um milhão de

reais) e João gastou R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) com as despesas do funeral.

Ao elaborar a guia para pagamento do referido imposto após declaração do contribuinte, o Fiscal excluiu da base de cálculo as dívidas do falecido, mas deixou de excluir as despesas do funeral, perfazendo a base tributável no caso concreto o valor de R$ 9.000.000,00 (nove milhões de reais).

João, inconformado, alega que as despesas com o funeral também não devem ser incluídas na base de cálculo do tributo, mas o Fiscal não acolhe o respectivo pedido.

Analise a legalidade/constitucionalidade do posicionamento adotado pelo Fiscal de Rendas

2ª QUESTÃO

Jorge, sempre preocupado com a sua família, possuía planos de previdência complementar com cobertura por sobrevivência, estruturados sob o regime financeiro de capitalização, tais como Plano Gerador de Benefício Livre – PGBL e Vida Gerador de Benefício Livre – VGBL, tendo indicado seus filhos Pedro e Gabriel como beneficiários.

Por conta de um acidente, Jorge vem a falecer e os seus herdeiros recebem os benefícios contratados nos referidos planos.

Analise se, nesse caso, ocorre o fato gerador do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação – ITCMD, considerando a natureza jurídica dos planos de previdência e a hipótese de incidência do tributo.

DIREITO AMBIENTAL

QUESTÃO ÚNICA

A Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) adotou princípio (nº 3), de seguinte teor: "O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras"

Pergunta-se: Que princípio de direito ambiental consagra este item da Declaração? Faça breve dissertação a respeito, identificando a quem se dirige referido princípio, apontando pelo menos uma norma constitucional brasileira que o consagra.

DIREITO ADMINISTRATIVO

1ª QUESTÃO

O ato administrativo discricionário deve observar o princípio da proporcionalidade e desenvolver-se pela ótica denominada pela doutrina como "tríplice manifestação do mandamento da proporcionalidade". Identifique e explique os três elementos que constituem o referido "mandamento".

2ª QUESTÃO

Considerando as correspondentes legislações federais que disciplinam as Organizações Sociais (OS) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs),especifique as espécies de vínculos jurídicos que cada qual pode estabelecer com o poder público.

NOÇÕES GERAIS DE DIREITO E FORMAÇÃO HUMANÍSTICA

1ª QUESTÃO

Para alguns Juízes e profissionais do direito, o valor das indenizações não deve ser elevado, pois isto incrementa o número de ações e pode até dar azo ao desejo de enriquecimento sem causa.

Para outros, o valor deve ser elevado o bastante para desencorajar a vulneração aos direitos do consumidor.

Comente a respeito e se posicione como Magistrado.

2ª QUESTÃO

Um Juiz de Direito tornou público em sua rede social comentários participativos e não conclusivos sobre a inconstitucionalidade de determinada lei estadual. Um mês depois, chegou ao seu gabinete uma Ação Ordinária ajuizada por Maria em face do Estado do Rio de Janeiro, que tinha como fundamento em favor da autora aquela lei estadual. Josefa, que passa o dia navegando nas redes sociais, leu os comentários do Juiz e alertou Maria que iria perder o processo, pois o "Juiz não era neutro". Decepcionada, Maria disse que "esperava que o Juiz fosse imparcial e independente ao tomar suas decisões". O referido Magistrado pode atuar neste processo? Como deve agir o Juiz de Direito perante as redes sociais? Aborde a questão diferenciando os aspectos da neutralidade, imparcialidade e independência.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
XLVII CONCURSO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DE CARREIRA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Sentença Cível

Leia o relatório abaixo com atenção, presumindo a veracidade de todas as alegações feitas. Limite-se à fundamentação e à parte dispositiva. Enfrente todas as questões explícita e implicitamente propostas, mencionando na fundamentação todos os artigos eventualmente pertinentes, cuja correta citação será levada em consideração pela banca. AS QUESTÕES JURÍDICAS SUSCITADAS DEVERÃO SER SOLUCIONADAS, AINDA QUE O CANDIDATO DECIDA EXTINGUIR O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO OU VENHA A ACOLHER EVENTUAIS PRELIMINARES OU PREJUDICIAIS.

A empresa brasileira XYZ propôs ação de indenização em face da empresa estrangeira LMN e da empresa nacional DDD alegando, em síntese, o seguinte. A autora, que tem por objeto social a produção de eventos, iniciou negociações com a primeira ré, por seu representante, para tratar da produção de vários shows no Brasil de cantora pop norte-americana mundialmente conhecida. Ao longo de aproximadamente um ano foram trocados diversos *e-mails*, através dos quais representantes da autora e da primeira ré discutiram vários detalhes relativos à produção dos shows da cantora. A primeira ré chegou a indicar para a autora que ela seria a sua representante oficial no Brasil para tratar junto a terceiros de tudo o que fosse necessário para a produção dos shows. Sucede que, a menos de três meses da época em que seriam realizados os shows, a primeira ré simplesmente interrompeu as tratativas com a empresa autora, deixando de responder aos e-mails. Pouco tempo depois de cessada a correspondência entre as duas empresas, a autora descobriu que fora contratada a segunda ré, a empresa brasileira DDD, para a produção dos shows, que acabaram sendo realizados nas datas previstas, com grande sucesso de público.

A autora descobriu que o fim das tratativas se deu porque o sócio da autora que estava diretamente à frente da negociação, até se desligar unilateralmente da sociedade, acertou com a segunda ré de levar o negócio para ela.

Alega a autora que em razão do rompimento abrupto das tratativas com a primeira ré sofreu prejuízos decorrentes de gastos que, de boa-fé e com a legítima expectativa de que iria ser a produtora dos shows, realizou com a pré-produção, tais como a prospecção de locais para a realização dos espetáculos, contratação de terceiros prestadores de serviços indispensáveis, compra e aluguel de equipamentos, etc. Aduziu que a primeira ré agiu de má-fé ao interromper as tratativas e contratar a segunda, que também agiu deslealmente ao se valer das informações e dos contatos do antigo sócio da autora. Por isso, faz jus a lucros cessantes, correspondentes ao que deixou de receber com a realização dos shows que fora procurada para produzir. Argumentou, também, que faz jus à indenização pela perda de uma chance, uma vez que, em razão de ter-lhe sido assegurado que produziria os shows da artista norte-americana, abriu mão de participar de licitação pública

para produção de espetáculo musical na mesma época, com artistas nacionais, patrocinado pela prefeitura, licitação essa que certamente venceria, porque já havia sido escolhida nas licitações organizadas nos três anos anteriores de que participara. Por fim, alegou que sua reputação ficou abalada com o rompimento das tratativas, pois já se apresentara perante diversas outras empresas e fornecedores do ramo como única e exclusiva representante oficial no Brasil para a produção e realização dos shows da artista.

Pediu, por conseguinte, a condenação das rés ao pagamento das seguintes verbas: A) inde-nização no valor de R$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), correspondentes às várias despesas e aos gastos comprovadamente realizados com a pré-produção dos shows; B) lucros cessantes na ordem de R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), valor mínimo percebido pela segunda ré com a realização dos shows conforme indicado no contrato que celebrou com a primeira ré; C) ainda a título de lucros cessantes, o valor correspondente a 2% (dois por cento) da bilheteria dos shows, percentual também constante do contrato celebrado entre as rés; D) indenização de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) a título de perda de uma chance, por não ter participado da licitação realiza-da pela Prefeitura; E) dano moral no valor de R$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), valor igual ao dano material indicado no item A.

A primeira ré apresentou contestação, arguindo, preliminarmente, a impossibilidade jurídica dos pedidos formulados, considerando que se limitou a manter tratativas prévias com a autora, sem força vinculante, uma vez que não chegou a ser celebrado contrato. No mérito, sustentou a total improcedência da demanda, refutando o argumento de que tenha o dever de indenizar a autora por não ter celebrado contrato com ela. Invocou os princípios da liberdade de contratar e da autonomia da vontade. Por força do princípio da eventualidade, impugnou especificadamente as diversas verbas pleiteadas.

A segunda ré também contestou, arguindo, preliminarmente a sua ilegitimidade passiva, por não manter nenhuma relação jurídica com a autora e por nunca ter participado das tratativas entre ela e a primeira ré. No mérito, sustentou a improcedência da demanda, argumentando que não praticou nenhum ato ilícito gerador de responsabilidade civil. Disse que as rés atuaram no exercício da liberdade de contratar. Ratificou, no mais, os argumentos apresentados pela primeira ré. Com base no princípio da eventualidade, impugnou especificadamente as verbas pleiteadas, considerando-as indevidas.

É o relatório. Decida.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
XLVII CONCURSO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DE CARREIRA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Sentença Penal

Leia o relatório abaixo com atenção e complemente a sentença. Enfrente todas as questões penais e processuais propostas, lembrando-se de mencionar na fundamentação todos os artigos eventualmente pertinentes, cuja correta citação será levada em conta pela banca.

No dia 21/09/2015, na Av. Geremário Dantas, esquina da Estrada dos Três Rios, no bairro Freguesia – Jacarepaguá, por volta das 21h30min, os denunciados **JOÃO** e **MARCOS**, em comunhão de ações e desígnios entre si, e em companhia do menor **I.M.C**., **irmão de MARCOS**, iniciaram a subtração do automóvel Chevrolet Meriva, de propriedade do lesado Carlos Afonsim da Silva, quando este encontrava-se parado no semáforo. À ocasião, o denunciado **JOÃO**, empunhando uma arma de fogo, bateu no vidro da janela do motorista e apontou-a para a vítima, ao mesmo tempo em que o **menor I.M.C**., também com arma em punho, posicionou-se na janela do carona. A subtração do automóvel só não se consumou por circunstâncias alheias a vontade dos agentes, na medida em que, já com o sinal aberto, Carlos arrancou com o carro, momento em que **I.M.C.**, com dolo de matar, disparou seis vezes na direção do veículo, tendo três dos disparos vindo a alvejar a lataria do mesmo, sem, contudo, atingir o lesado Carlos.

Ato contínuo, nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e maneira de execução, os denunciados e o menor, postaram-se no meio da Avenida Geremário Dantas, e, João e I.M.C. portando suas respectivas armas, renderam as vítimas Raquel Lopes Quintas que trafegava pela via com seu recém adquirido veículo Corolla (ainda sem placa), ao qual encontrava-se acoplado o reboque de placa LHY-6932, e, imediatamente após, também assim fizeram com Renata Rezende, que saía com seu carro, Fiat Palio, placa KUY-1751, da garagem de seu prédio, no exato momento em que Raquel estava sendo abordada pelos meliantes. Sob a mira das armas dos denunciados, Raquel foi obrigada a sair do veículo e entrega-lo à **JOÃO** que assumiu a direção do mesmo, enquanto Renata foi compelida a pular para o banco do carona e passar a direção de seu automóvel para **MARCOS**, tendo o menor **I.M.C.,** portando a arma, sentado no banco traseiro.

Outrossim, ao praticarem as condutas acima narradas na companhia de um menor, os denunciados, livres e conscientemente, corromperam ou ao menos facilitaram a corrupção de pessoa menor de dezoito anos.

Um policial à paisana, que se encontrava em um posto de gasolina próximo ao local dos fatos, a tudo assistiu, e, *in continenti*, acionou uma viatura da polícia que passava pelo local e que, imediatamente, avistou o veículo Fiat Palio e iniciou a perseguição. Outrossim, via rádio, foram acionadas outras viaturas, passando-se os dados do veículo Corolla subtraído, que teve seu rumo ignorado pelos referidos agentes públicos. Após percorrerem várias ruas do bairro, em uma perse-

guição cinematográfica, que durou cerca de 40 minutos, os policiais lograram alcançar e prender o denunciado **MARCOS**, bem como apreender o menor **I. M.C.,** no momento em que eles abandonaram o carro, a vítima e todos os seus pertences, às margens da Lagoa de Jacarepaguá, próximo ao Parque Olímpico. Em revista pessoal feita no denunciado e no menor, nada foi encontrado, assim como também nada havia no interior do veículo que não fossem os objetos pessoais da lesada.

Conduzidos à Delegacia da área para a lavratura do flagrante e do termo de apreensão de menor, o acusado **MARCOS**, o menor e a lesada Renata, em lá chegando, encontraram Raquel, proprietária do veículo Corolla, além de Carlos, dono do Meriva, registrando a ocorrência. As vítimas prestaram declarações em separado, assim como os policiais responsáveis pela prisão do denunciado **MARCOS**, também o fizeram, tendo este, contudo, manifestado a intenção de somente falar em Juízo, quedando-se silente. Ao final, quando todos já estavam de saída, foi comunicado à distrital que, após uma denúncia anônima recebida, o veículo Corolla e o reboque haviam sido localizados em uma oficina em cujo interior se encontravam dois homens adulterando a placa do reboque. Policiais, ao chegarem ao local indicado, lograram flagranciar **JOÃO**, já terminando de pintar a referida placa, atribuindo-lhe nova numeração. Fato é que o outro elemento que lá se encontrava evadiu-se, porém, em revista ao local e ao veículo Corolla, os sobreditos milicianos apreenderam no interior deste, embaixo do banco do motorista, uma pistola cromada com numeração suprimida, razão pela qual conduziram **JOÃO** à referida Delegacia.

Ante o informe, as vítimas aguardaram a chegada da guarnição que o estava conduzindo, e, no momento em que **JOÃO** adentrou na unidade, não tiveram dúvidas em reconhecê-lo como sendo um dos roubadores, assim como também reconheceram a arma apreendida como aquela portada pelo mesmo nos crimes de que foram vítimas. Em suas declarações prestadas em sede policial, **JOÃO** negou a prática dos injustos que lhe foram imputados.

Diante de tais fatos, o Ministério Público pleiteou a condenação dos denunciados nos seguintes moldes:

MARCOS – Art.157, §3º, *in fine*, c/c art.14, II, ambos do CP, n/f do art.1º, I, da Lei nº 8.072/90; art. 157, §2º, I e II, (duas vezes) e art.288, parágrafo único, ambos do Código Penal; e art. 244-B, da Lei nº 8.069/90, tudo na forma do art.69 do Diploma Penal Repressivo. **JOÃO** – Art. 157, §3º, *in fine*, c/c art.14, II, ambos do CP, n/f do art.1º, I, da Lei nº 8.072/90; art. 157, §2º, I e II, (duas vezes); art. 311 e art. 288, parágrafo único, ambos do Código Penal; art. 244-B, da Lei nº 8.069/90 e 16, parágrafo único, da Lei nº 10.826/03, tudo em cúmulo material.

Consta dos autos:

Auto de Apreensão e Entrega do veículo Fiat Palio (fls.); Auto de Apreensão e Entrega do veículo Corolla e do reboque (fls.); Auto de Apreensão do veículo Meriva (fls.); Auto de Apreensão de arma de fogo – pistola 9mm, cromada, nº de série suprimido, desmuniciada (fls.); APF com termos de declarações das testemunhas (lesados), dos policiais responsáveis pela prisão dos conduzidos, além do depoimento de JOÃO (fls.); Laudo de Exame de Arma de Fogo que atesta a capacidade de produção de disparos (fls.); Laudo Pericial do veículo Meriva – no qual consta três perfurações na lataria traseira do mesmo (fls.); AAAAI do menor I.M.C (fls.); Cópia da oitiva do

menor no Juízo Menorista, na qual o mesmo admite a prática dos atos infracionais que lhes foram imputados (fls.); Termo de Reconhecimento dos réus em sede policial (fls.).

1. FAC de MARCOS, com duas anotações: 1.1 Art.155, *caput*, c/c art.14, II, ambos do Código Penal. Absolvido na instância ordinária, em grau de recurso, foi dado provimento apelo ministerial, estipulada a penas de 06 meses de reclusão, e declarada extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal. Trânsito em julgado em 15/03/2015.

1.2 Art. 155, *caput* do Código Penal – 01 ano de reclusão. Em grau de recurso de ambas as partes.

2. FAC de JOÃO, com três anotações: 2.1 Art. 157, *caput*, c/c art.14, II, ambos do Código Penal – 01 ano e 04 meses de reclusão em reg. Aberto e 03 dms. Trânsito em julgado: 21/10/2007.

2.2 Art.155, *caput* do Código Penal – 01 ano de reclusão em regime aberto e 10dms. Em grau de recurso, a Nona Câmara Criminal reconheceu a tentativa, redimensionou a resposta para 06 meses e 05dms, e declarou a prescrição da pretensão executória. Trânsito em julgado: 15/07/2013.

2.3 Art.157, §2º, I e II, do Código Penal – 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão em regime fechado e 14dms. Trânsito em julgado: 22/10/2015.

Em sede de audiência de custódia, as prisões em flagrante foram convertidas em preventivas.

Recebida a denúncia tal como ofertada e citados os acusados, suas defesas técnicas apresentaram respostas preliminares nas quais pugnaram por suas absolvições por insuficiência de provas, pleitearam suas liberdades e apresentaram seus respectivos róis de testemunhas.

Mediante decisão fundamentada, foram indeferidos os pleitos libertários formulados e designada AIJ.

Na data aprazada, realizada a audiência, foram colhidos os depoimentos dos dois policiais militares responsáveis pela prisão de Marcos, daquele responsável pelo flagrante de João, e dos lesados Carlos, Raquel e Renata. Também foi ouvida a testemunha arrolada pela defesa de MARCOS e as duas testemunhas arroladas pela defesa de JOÃO, destacando-se que, com a concordância das defesas e do *parquet*, toda prova oral foi produzida sem a presença dos réus que, a despeito de devidamente requisitados, não foram apresentados. Em seus depoimentos, as testemunhas e os lesados ratificaram integralmente suas declarações prestadas em sede inquisitorial, detalhando os fatos tal como narrados na denúncia, e, diante das fotos constantes dos autos, reconheceram os denunciados como os autores dos delitos. Quanto às testemunhas de defesa, estas nada puderam esclarecer quanto aos fatos porque nada presenciaram, apenas limitaram-se a aduzir conhecer os acusados, e que estes se tratavam de "rapazes trabalhadores". Ante a inexistência de requerimento pelas partes a ser apreciado, foi declarado encerrado o ato e designada data para interrogatório dos denunciados.

Na data aprazada, MARCOS, quando interrogado, negou ter proferido disparos contra o

veículo de Carlos, alegando que sequer se encontrava armado, e, no que concerne ao roubo perpetrado contra a lesada Renata, alega tê-lo praticado apenas fazendo uso de palavras intimidatórias, sem empregar qualquer artefato. Aduziu que seu irmão foi quem teve a ideia de fazer "um ganho" com utilização de arma de fogo para "caso desse alguma coisa errada, reagissem", e que ele, MARCOS, chamara JOÃO, a quem conhecera poucos dias antes dos fatos, apenas "por saber de sua experiência na prática de roubos". O denunciado JOÃO, por sua vez, negou a prática do latrocínio assim como a dos roubos, aduzindo que apenas fora chamado por um conhecido para "mudar a placa" de um reboque que se encontrava em uma oficina abandonada, momento em que foi preso. Por fim, alega que, a despeito de conhecer MARCOS há pouco tempo, não sabia que I. M. C. era seu irmão e sequer que era menor de idade. Ao final, foi declarada encerrada a instrução e determinada a vinda das derradeiras alegações, por memoriais.

Alegações finais do Ministério Público nas quais pugnou pela condenação dos acusados nos termos da exordial acusatória. Outrossim, requereu, no que concerne ao delito perpetrado em face da lesada Renata, também a incidência da majorante relativa à restrição de liberdade da vítima (inciso V, do §2º, do art.157 do CP), haja vista a mesma ter sido mantida privada de sua liberdade por cerca de 40 minutos, na forma como descrito na denúncia e comprovado na instrução.

Nas derradeiras alegações, a defesa de **MARCOS** argui preliminar de nulidade do feito posto que não foi observado o disposto no art. 226 do CPP quando da oitiva das testemunhas arroladas pelo *parquet*. No mérito, requer precipuamente a absolvição do denunciado por fragilidade de provas. Ou, acaso não seja este o entendimento do julgador, o reconhecimento de participação de menor importância. Subsidiariamente pleiteia:

• No que concerne ao delito previsto no art. 244-B, do ECA – a absolvição posto que o menor I.M.C, seu irmão, já possuía diversas passagens pelo sistema menorista, tendo partido dele, inclusive, a ideia de "fazer um ganho", ocasião em que ele (MARCOS) decidiu chamar João, a quem fora apresentado apenas dias antes dos fatos, mas que sabia já ter praticado outros delitos, para auxiliá-los. Ainda segundo alega, João não conhecia I.M.C., não sabia era seu irmão, e sequer que era menor, somente tendo ciência disso na Delegacia, quando da lavratura do flagrante.

• No que tange ao crime de latrocínio tentado, a desclassificação para o de roubo majorado tentado em concurso com o crime de disparo de arma de fogo. Neste ponto destaca que sequer os supostos lesados foram alvejados, mas apenas atingida a lataria do automóvel em que estavam.

• Outrossim, em caráter subsidiário, persegue: a) o afastamento das majorantes dos crimes de roubo; b) o reconhecimento de crime único entre os delitos patrimoniais perpetrados contra as vítimas Renata e Raquel. Por fim, no que concerne à dosimetria, a) a fixação das penas bases no mínimo legal, ante a primariedade e a ausência de maus antecedentes; b) o reconhecimento da continuidade delitiva entre o latrocínio e os roubos; c) o reconhecimento da tentativa no tocante ao roubo do Fiat Palio, na medida em que, além do fato de que em nenhum momento houve a posse mansa e pacífica da *res*, todos os bens subtraídos da lesada foram apreendidos e devidamente restituídos; d) a incidência da atenuante da menoridade relativa do agente com a consequente redução da reprimenda, posto que, à época dos fatos, ele era menor de 21 anos, conforme certidão acostada às fls.; e) a aplicação da detração, levando em consideração o tempo que se encontra acautelado.

Em alegações finais, a defesa de **JOÃO,** realizada por advogado constituído para tal, argui preliminar de nulidade de todos os atos, *ab ovo*, por incompetência absoluta do juízo. Destaca, neste aspecto, que a exordial acusatória narra que, em ao menos um dos delitos imputados ao acusado, este teria agido com dolo de matar, razão pela qual, obrigatoriamente, haveria o deslocamento da competência para um dos Tribunais do Júri da Comarca da Capital. Argui, outrossim, preliminar de nulidade da audiência por afronta aos arts. 400 e 212 do CPP, posto que no ato "o magistrado iniciou as perguntas para as testemunhas, em evidente afronta ao sistema acusatório e ao devido processo legal". No mérito, pugna, precipuamente, pela absolvição do acusado de todas as imputações que sobre ele recai sob os seguintes fundamentos:

• No que concerne aos delitos de latrocínio e roubos, aduz que não houve flagrante e que o acusado nega veementemente a sua participação nos mesmos, não sendo as provas produzidas nos autos, hábeis à prolação de juízo de censura. Neste aspecto, pleiteia a desclassificação para o crime de receptação.

• No que tange ao delito de corrupção de menores, sustenta que, em sua companhia não foi encontrado nenhum menor, não havendo, por conseguinte, prova acerca da aduzida corrupção.

• No que diz respeito ao crime do Estatuto do Desarmamento, sustenta que a arma estava desmuniciada, razão pela qual sequer foi colocado em risco o bem jurídico tutelado na espécie.

• Outrossim, *ad argumentandum tantum*, em caráter subsidiário, a sobredita defesa pugna: a) pela absolvição quanto ao delito de corrupção de menores posto que, a despeito de o acusado ter admitido que já conhecer MARCOS há pouco tempo, não tinha intimidade com o mesmo e sequer sabia que ele possuía um irmão menor de idade. Ademais, destaca, ainda, que a compleição física de I.M.C., mais forte e mais alto que MARCOS; b) pela desclassificação do delito de latrocínio tentado para o de roubo tentado, na medida em que o único bem atingido foi o veículo; c) pela absorção do delito de posse de arma pelos crimes de roubos. Por fim, no que concerne à dosimetria, requer: a) a fixação das penas bases no mínimo legal; b) o reconhecimento da continuidade delitiva em relação aos três crimes perpetrados contra o patrimônio.

É o relatório. Decida.

SUMÁRIO

ALIMENTOS
65383 / 2013 - STJ - (HC) - Alimentos. Impetração de *Habeas Corpus* visando concessão preventiva da ordem. Iminência de prisão. Ausência de prova de quitação de três meses de verba alimentar provisória. Depósitos efetuados sem quantia alguma. Binômio necessidade/possibilidade. Alegação de incapacidade financeira para honrar pagamento. Discussão que deve ser feita em ação revisional de alimentos. Provimento negado 134

ATOS LIBIDINOSOS
0006886-22.2014.8.19.0001
2594 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Atos libidinosos. Adolescente. Vizinho da vítima. Episódios vivenciados pela vítima. Não configuração de crime sexual. Contravenção penal.....303

A Validade da Cláusula de Não Indenizar Relativa à Obrigação Principal
MARIA PROENÇA MARINHO 89

BLOG
0193501-28.2011.8.19.0001
100397 / 2015 - TJ - (AC) - Responsabilidade Civil. Criação de blog na *internet*. Publicação de reportagem. Ofensa não caraterização. Assédio Moral. Não comprovação. Honorários. Enunciado Administrativo nº 7.....198

0048609-53.2016.8.19.0000
151 / 2016 - TJ - (MS) - Remoção de *blog* da *internet*. Meio lícito de expressão. Alegação de incompetência do juízo e inobservância de preceito do artigo da lei - Marco Civil da Internet. Especificação dos conteúdos ofensivos. Poder geral de cautela. Juízo cível ou criminal. Indiferença. Meio inadequado para obtenção da tutela..... 321

0035937-39.2014.8.19.0014
10123 / 2016 - TJ - (AC) - Ação indenizatória. Comentários publicados por internautas em *blogs*. Matérias caluniosas e difamatórias. Alegação de ofensa à honra subjetiva. Notícias de cunho informativo e opinativo sem qualquer abuso à liberdade de expressão. Recurso negado..... 264

0001769-84.2009.8.19.0014
68137 / 2016 - TJ - (AC) - Publicação em *blog*. Comentários agressivos à empresa do ramo de comunicação. Análise das circunstâncias do caso concreto. Juízo de ponderação. Liberdade de expressão. Direito a imagem. Dano Moral..... 191

CARTÃO DE CRÉDITO
0001578-46.2006.8.19.0078
8246 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Furto de cheques e cartão de crédito da gaveta de recepção de pousada. Recepcionista do estabelecimento. Crime consumado com a retirada da *res furtiva* do domínio do lesado. Testemunhas com depoimentos harmônicos. Prova robusta. Princípio da insignificância. Descabimento 309

0063674-30.2014.8.19.0042
66932 / 2016 - TJ - (AC) - Instituição bancária. Bloqueio de Cartão de crédito internacional. Continuidade de emissão de boletos para pagamento de anuidade. Descumprimento da obrigação de fazer. Violação do princípio da boa-fé objetiva. Danos morais caracterizados. Multa. Incidência diária..... 277

CENSURA PRÉVIA
0039104-06.2014.8.19.0001
5177 / 2015 - TJ - (AC) - Concurso público. Inspetor de Polícia. Candidata excluída. Investigação social. Declarações proferidas em drede social. Incitação à violência. Declarações anteriores ao certame. Censura prévia. Vedação. Liberdade de pensamento e de expressão. Concessão da segurança..... 181

CIRURGIA PLÁSTICA
1442236 / 2013 - STJ - (RESP) - Paciente com obesidade mórbida. Cirurgia bariátrica necessária. Elevada perda de peso. Procedimento estético reparador indicado pelos médicos. Não autorização do plano de saúde.

Reembolso. Limites do contrato. Manutenção do acórdão 118

COBRANÇA
0065479-81.2013.8.19.0000
3 / 2014 - TJ - (PRCV) - Uniformização de jurisprudência. Cobrança de cotas condominiais. Penhora de imóvel. O possuidor responderá com seu patrimônio, não com os bens que não lhe pertencem. Necessidade de citação daquele em nome de quem o bem está registrado. Voto vencido..... 230

COMPETÊNCIA
1552913 / 2008 - STJ - (RESP) - Separação de casal. Regime de bens: Meação. Partilha de um único bem. Quantia em dinheiro no exterior. Direito do crédito a ser executado no Brasil ou no exterior. Respeito ao princípio da soberania. Competência do juízo 111

0012649-36.2016.8.19.0000
562 / 2016 - TJ - (CC) - Conflito Negativo de Competência. Direito do Consumidor versus Direito Civil. Contrato de Seguro de Saúde Coletivo entre banco e pessoa jurídica. Empresa contratante não é destinatária final e nem vulnerável técnica, econômica ou juridicamente. Declaração de Competência de Câmara Cível 227

COMPRA E VENDA
0043271-98.2016.8.19.0000
53626 / 2016 - TJ - (AI) - Contrato de promessa de compra e venda. Imóvel. Atraso na entrega. Inadimplência das prestações. Leilão extrajudicial. Tutela antecipada para impedir realização do leilão. Deferimento 254

CONCESSIONÁRIA
0075185-25.2013.8.19.0021
69891 / 2016 - TJ - (AC) - Ação de regresso. Acidente em malha rodoviária. Animais na pista. Contrato de seguro. Seguradora que pretende reaver indenização paga pelos danos em automóvel. Negligência da concessionária. Dever de zelar pelo eficiente serviço público. Provimento ao recurso..... 250

CONSUMIDOR
0185965-29.2012.8.19.0001
56170 / 2015 - TJ - (AC) - Indenização. Plano de saúde dental. Consumidor. Erro da cirurgiã-dentista. Extração de dente não prevista. Agulha deixada no local da sutura. Necessidade de de cirurgia de emergência. Prova pericial relevante. Dano moral e material. Responsabilidade solidária..... 272

CONTRAVENÇÃO PENAL
0006886-22.2014.8.19.0001
2594 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Atos libidinosos. Adolescente. Vizinho da vítima. Episódios vivenciados pela vítima. Não configuração de crime sexual. Contravenção penal.....303

DANO MORAL
1243699 / 2009 - STJ - (RESP) - Publicação de fotografia em revista masculina, sem autorização. Mulher de biquíni na praia. Conotação erótica. Ponderação. Contexto constrangedor e violador dos direitos da personalidade. Fins econômicos. Dano moral.... 173

0013343-31.2014.8.19.0208
89123 / 2015 - TJ - (AC) - Responsabilidade civil. Publicação de livro. Nome do autor veiculado em lista de torturadores da época da ditadura. Responsabilidade solidária da editora. Dano moral 216

0001769-84.2009.8.19.0014
68137 / 2016 - TJ - (AC) - Publicação em blog. Comentários agressivos à empresa do ramo de comunicação. Análise das circunstâncias do caso concreto. Juízo de ponderação. Liberdade de expressão. Direito a imagem. Dano Moral..... 191

DEVER DO ESTADO
0032479-85.2016.8.19.0000
40359 / 2016 - TJ - (AI) - Ação Civil Pública. Superlotação em presídio. População carcerária em situação calamitosa. CRFB. Dever do Estado garantir sobrevivência aos detentos. Tutela antecipatória. Proibição de ingresso de novos presos. Desprovimento do recurso..... 240

DIREITO À INFORMAÇÃO
0432939-43.2012.8.19.0001
90371 / 2015 - TJ - (AC) - Obrigação de fazer c/c indenizatória. Obra literária. Alegação de dano à memória de militante político. Ex-preso da ditadura militar. Direito à informação. Desprovimento do recurso..... 282

DIREITO AO ESQUECIMENTO
0089001-76.2009.8.19.0001
83413 / 2013 - TJ - (AC) - Responsabilidade Civil. Matéria publicada em revista informativa de âmbito nacional. Cidadão apenado aprovado em concurso público para ingresso na Polícia Federal. Reabilitação por sentença transitada em julgado. Revolvimento da matéria. Disponibilização no acervo digitalizado. Direito ao esquecimento. Retirada do nome do autor da matéria 201

DIREITO DE IMAGEM
595600 / 2003 - STJ - (RESP) - Indenização. Publicação de imagem em jornal de circulação estadual. *Topless* em local público, em dia de feriado. Inexistência de conteúdo sensacionalista. Liberdade de informação. Proteção à privacidade. Limites. Recurso não conhecido 170

DIREITO DE INFORMAÇÃO
0413363-30.2013.8.19.0001
89717 / 2014 - TJ - (AC) - Obrigação de fazer e indenizatória. Matéria jornalística sobre fraude de quadrilha em hospital. Neurocirurgião suspeito. Notícia antiga nos *sites* de busca. Insuficiente para sua exclusão. Não há excesso no uso do direito de informar. Improcedência do pedido..... 187

0134504-18.2012.8.19.0001
49723 / 2015 - TJ - (AC) - Publicação de fotografia em jornal eletrônico. Polícial militar há mais de dez anos. BOPE. Imagem do policial veiculada à notícia de ato por ele não praticado. Extrapolação do direito de informar. Dano moral 285

0315765-42.2014.8.19.0001
65300 / 2015 - TJ - (AC) - Responsabilidade Civil. Publicação de notícia tendenciosa em jornal de grande circulação. Repercussão negativa. Campanha de candidatos ao governo do Estado do Rio. Matéria que se ateve ao teor da inicial e da decisão proferida pela Justiça Eleitoral. Liberdade de expressão. Direito de informar 219

DIREITO DE RESPOSTA
0374757-59.2015.8.19.0001
59864 / 2016 - TJ - (AC) - Direito de resposta. Polícia militar do Estado do Rio de Janeiro. Livro publicado resultante de dissertação de mestrado. Citação de metáfora. Matéria publicada em boletim informativo da associação de oficiais militares sobre o livro. Críticas consideradas ofensivas. Periódico de pequena circulação. Caráter informativo. Sentença mantida. Majoração de honorários..... 257

Ética e Moralidade Discursiva como Limite da Hiperdiscricionariedade da Administração Pública
SÉRVIO TÚLIO SANTOS VIEIRA 13

ENTORPECENTES
0018151-92.2014.8.19.0042
2187 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Homicídio qualificado.Sentença condenatória. Tribunal do júri. Jurados têm soberania e competência. CRFB. Acusado identificado**.** Crime relacionado à dívida de drogas. Recurso negado.....314

EXTORSÃO
368161 / 2016 - STJ - (HC) - *Habeas Corpus*. Extorsão mediante sequestro. Absolvição no juízo de primeiro grau. Apelação do Ministério Público provida. Prisão preventiva. Esgotamento dos recursos nas instâncias ordinárias. Ordem não conhecida..... 136

FALHA DO SERVIÇO
0009973-14.2013.8.19.0003
54866 / 2016 - TJ - (AC) - Vítima com problemas cardíacos. Óbito. Alegação de medicamento vencido. Ausência de comprovação mínima do fato constitutivo do alegado direito. Recurso improvido 297

FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO
0185965-29.2012.8.19.0001
56170 / 2015 - TJ - (AC) - Indenização. Plano de saúde dental. Consumidor. Erro da cirurgiã-dentista. Extração de dente não prevista. Agulha deixada no local da sutura. Necessidade de de cirurgia de emergência. Prova pericial relevante. Dano moral e material. Responsabilidade solidária..... 272

FURTO
0001578-46.2006.8.19.0078
8246 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Furto de cheques e cartão de crédito da gaveta de recepção de pousada. Recepcionista do estabelecimento. Crime consumado com a retirada da res furtiva do domínio do lesado. Testemunhas com depoimentos harmônicos. Prova robusta. Princípio da insignificância. Descabimento 309

HOMICÍDIO
0018151-92.2014.8.19.0042
2187 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Homicídio qualificado. Sentença condenatória. Tribunal do júri. Jurados têm soberania e competência. CRFB. Acusado identificado. Crime relacionado à dívida de drogas. Recurso negado.....314

Honorários Advocatícios de Sucumbência e a Deformação do Processo Civil Brasileiro. Inconstitucionalidade do Artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015
AYLTON CARDOSO VASCONCELLOS 37

HONRA
1627863 / 2016 - STJ - (RESP) - Indenização. Notícia veiculada em sítio eletrônico. Distância da margem tolerável da crítica. Ofensa à honra e reputação da vítima. Dano moral 149

IMAGEM
1243699 / 2009 - STJ - (RESP) - Publicação de fotografia em revista masculina, sem autorização. Mulher de biquíni na praia. Conotação erótica. Ponderação. Contexto constrangedor e violador dos direitos da personalidade. Fins econômicos. Dano moral.... 173

INDENIZAÇÃO
0134504-18.2012.8.19.0001
49723 / 2015 - TJ - (AC) - Publicação de fotografia em jornal eletrônico. Polícial militar há mais de dez anos. BOPE. Imagem do policial veiculada à notícia de ato por ele não praticado. Extrapolação do direito de informar. Dano moral 285

0022711-06.2014.8.19.0001
56250 / 2016 - TJ - (AC) - Responsabilidade Civil. Notícia sensacionalista em jornal. Abuso do direito à liberdade de informação jornalística. Violência doméstica. Maus-tratos contra familiares envolvendo vida pessoal de artista. Registro de ocorrência policial. Divulgação e exposição sem autorização. Limites do direito de divulgar a matéria que devem ser observados. Majoração da verba indenizatória 292

1627863 / 2016 - STJ - (RESP) - Indenização. Notícia veiculada em sítio eletrônico. Distância da margem tolerável da crítica. Ofensa à honra e reputação da vítima. Dano moral 149

INTERNET
0413363-30.2013.8.19.0001
89717 / 2014 - TJ - (AC) - Obrigação de fazer e indenizatória. Matéria jornalística sobre fraude de quadrilha em hospital. Neurocirurgião suspeito. Notícia antiga nos sites de busca. Insuficiente para sua exclusão. Não há excesso no uso do direito de informar. Improcedência do pedido..... 187

0048609-53.2016.8.19.0000
151 / 2016 - TJ - (MS) - Remoção de *blog* da *internet*. Meio lícito de expressão. Alegação de incompetência do juízo e inobservância de preceito do artigo da lei - Marco Civil da *Internet*. Especificação dos conteúdos ofensivos. Poder geral de cautela. Juízo cível ou criminal. Indiferença. Meio inadequado para obtenção da tutela 321

0036375-96.2013.8.19.0209
37868 / 2016 - TJ - (AC) - Responsabilidade Civil. Foto de ex-jogador profissional de futebol em publicação na *internet*. Imputação da sua imagem a crime de estupro cometido por quatro atletas. Grande repercussão do ato. Indenização. Majoração 290

INVESTIGAÇÃO SOCIAL
0039104-06.2014.8.19.0001
5177 / 2015 - TJ - (AC) - Concurso público. Inspetor de Polícia. Candidata excluída. Investigação social. Declarações proferidas em drede social. Incitação à violência. Declarações anteriores ao certame. Censura prévia. Vedação. Liberdade de pensamento e de expressão. Concessão da segurança..... 182

IPTU
1624836 / 2015 - STJ - (RESP) - Gávea Golf & Country Club. Imóvel declarado por lei integrante do patrimônio paisagistico do município. Isenção de IPTU de natureza condicionada. Benefício instituído no Código Tributário do Município. Ausência de reconhecimento do pedido na via administrativa. Recurso especial não conhecido. 128

LEILÃO
0043271-98.2016.8.19.0000
53626 / 2016 - TJ - (AI) - Contrato de promessa de compra e venda. Imóvel. Atraso na entrega. Inadimplência das prestações. Leilão extrajudicial. Tutela antecipada para impedir realização do leilão. Deferimento 254

LIBERDADE DE EXPRESSÃO
0039104-06.2014.8.19.0001
5177 / 2015 - TJ - (AC) - Concurso público. Inspetor de Polícia. Candidata excluída. Investigação social. Declarações proferidas em drede social. Incitação à violência. Declarações anteriores ao certame. Censura prévia. Vedação. Liberdade de pensamento e de expressão. Concessão da segurança..... 182

0315765-42.2014.8.19.0001
65300 / 2015 - TJ - (AC) - Responsabilidade Civil. Publicação de notícia tendenciosa em jornal de grande circulação. Repercussão negativa. Campanha de candidatos ao governo do Estado do Rio. Matéria que se ateve ao teor da inicial e da decisão proferida pela Justiça Eleitoral. Liberdade de expressão. Direito de informar 219

0193501-28.2011.8.19.0001
100397 / 2015 - TJ - (AC) - Responsabilidade Civil. Criação de *blog* na *internet*. Publicação de reportagem. Ofensa não caraterização. Assédio Moral. Não comprovação. Honorários. Enunciado Administrativo nº 7 198

0035937-39.2014.8.19.0014
10123 / 2016 - TJ - (AC) - Ação indenizatória. Comentários publicados por internautas em *blogs*. Matérias caluniosas e difamatórias. Alegação de ofensa à honra subjetiva. Notícias de cunho informativo e opinativo sem qualquer abuso à liberdade de expressão. Recurso negado 264

0213372-39.2014.8.19.0001
28571 / 2016 - TJ - (AC) - Exibição de documentos. Provedor. Identificação de usuários (internautas) que se pronunciaram sobre a reportagem. Ofensa à honra do apelante. Obrigação cumprida pela ré. Recurso desprovido 262

0348989-05.2013.8.19.0001
40800 / 2016 - TJ - (AC) - Indenização. Desavença casal. Equipe de reportagem. Filmagem sem autorização. Imagens exibidas em programa televisivo. Autora que dá causa aos fatos. Exposição de fatos íntimos em logradouro público. Parte ré que adota cuidados na exibição das cenas. Ponderação de direitos. Dano moral inexistente..... 184

0001769-84.2009.8.19.0014
68137 / 2016 - TJ - (AC) - Publicação em *blog*. Comentários agressivos à empresa do ramo de comunicação. Análise das circunstâncias do caso concreto. Juízo de ponderação. Liberdade de expressão. Direito a imagem. Dano Moral..... 191

LIBERDADE DE INFORMAÇÃO
595600 / 2003 - STJ - (RESP) - Indenização. Publicação de imagem em jornal de circulação estadual. *Topless* em local público, em dia de feriado. Inexistência de conteúdo sensacionalista. Liberdade de informação. Proteção à privacidade. Limites. Recurso não conhecido 170

LICITAÇÃO
0043731-85.2016.8.19.0000
19883 / 2016 - TJ - (HC) - Licitação pública. Formulação de proposta comercial com preço fictício. Superfaturamento. Ausência na peça acusatória de imputações certas e determinadas ao paciente. Vício/defeito na denúncia. Inépcia da inicial. Atipicidade da conduta.Trancamento da ação penal em relação ao paciente. Fim da restrição patrimonial 315

Matérias de Ordem Pública: O Prequestionamento à Luz do CPC de 2015
ERIC CESAR MARQUES FERRAZ..... 46

MEDICAMENTO
0009973-14.2013.8.19.0003
54866 / 2016 - TJ - (AC) - Vítima com problemas cardíacos. Óbito. Alegação de medicamento vencido. Ausência de comprovação mínima do fato constitutivo do alegado direito. Recurso improvido. ...297

MILITAR
368161 / 2016 - STJ - (HC) - *Habeas Corpus*. Extorsão mediante sequestro. Absolvição no juízo de primeiro grau. Apelação do Ministério Público provida. Prisão preventiva. Esgotamento dos recursos nas instâncias ordinárias. Ordem não conhecida 136

MUNICÍPIO
1624836 / 2015 - STJ - (RESP) - Gávea Golf & Country Club. Imóvel declarado por lei integrante do patrimônio paisagistico do município. Isenção de IPTU de natureza condicionada. Benefício instituído no Código Tributário do Município. Ausência de reconhecimento do pedido na via administrativa. Recurso especial não conhecido 128

OBRIGAÇÃO DE FAZER
0432939-43.2012.8.19.0001
90371 / 2015 - TJ - (AC) - Obrigação de fazer c/c indenizatória. Obra literária. Alegação de dano à memória de militante político. Ex-preso da ditadura militar. Direito à informação. Desprovimento do recurso..... 282

0063674-30.2014.8.19.0042
66932 / 2016 - TJ - (AC) - Instituição bancária. Bloqueio de Cartão de crédito internacional. Continuidade de emissão de boletos para pagamento de anuidade. Descumprimento da obrigação de fazer. Violação do princípio da boa-fé objetiva. Danos morais caracterizados. Multa. Incidência diária 277

PARTILHA
1552913 / 2008 - STJ - (RESP) - Separação de casal. Regime de bens: Meação. Partilha de um único bem. Quantia em dinheiro no exterior. Direito do crédito a ser executado no Brasil ou no exterior. Respeito ao princípio da soberania. Competência do juízo 111

PLANO DE SAÚDE
1442236 / 2013 - STJ - (RESP) - Paciente com obesidade mórbida. Cirurgia bariátrica necessária. Elevada perda de peso. Procedimento estético reparador indicado pelos médicos. Não autorização do plano de saúde. Reembolso. Limites do contrato. Manutenção do acórdão 118

POLICIAL
0134504-18.2012.8.19.0001
49723 / 2015 - TJ - (AC) - Publicação de fotografia em jornal eletrônico. Polícial militar há mais de dez anos. BOPE. Imagem do policial veiculada à notícia de ato por ele não praticado. Extrapolação do direito de informar. Dano moral 285

0374757-59.2015.8.19.0001
59864 / 2016 - TJ - (AC) - Direito de resposta. Polícia militar do Estado do Rio de Janeiro.

Livro publicado resultante de dissertação de mestrado. Citação de metáfora. Matéria publicada em boletim informativo da associação de oficiais militares sobre o livro. Críticas consideradas ofensivas. Periódico de pequena circulação. Caráter informativo. Sentença mantida. Majoração de honorários 257

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
0032479-85.2016.8.19.0000
40359 / 2016 - TJ - (AI) - Ação Civil Pública. Superlotação em presídio. População carcerária em situação calamitosa. CRFB. Dever do Estado garantir sobrevivência aos detentos. Tutela antecipatória. Proibição de ingresso de novos presos. Desprovimento do recurso..... 240

PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO DE DIREITOS
0348989-05.2013.8.19.0001
40800 / 2016 - TJ - (AC) - Indenização. Desavença casal. Equipe de reportagem. Filmagem sem autorização. Imagens exibidas em programa televisivo. Autora que dá causa aos fatos. Exposição de fatos íntimos em logradouro público. Parte ré que adota cuidados na exibição das cenas. Ponderação de direitos. Dano moral inexistente..... 184

PRISÃO
65383 / 2013 - STJ - (HC) - Alimentos. Impetração de *Habeas Corpus* visando concessão preventiva da ordem. Iminência de prisão. Ausência de prova de quitação de três meses de verba alimentar provisória. Depósitos efetuados sem quantia alguma. Binômio necessidade/possibilidade. Alegação de incapacidade financeira para honrar pagamento. Discussão que deve ser feita em ação revisional de alimentos. Provimento negado 134

PROVA
0064247-34.2014.8.19.0021
3582 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Tráfico de entorpecentes. Elementos suspeitos. Mochila com drogas e rádio transmissor. Flagrante delito em comunidade. Verbete nº 70 da súmula de jurisprudência. Ausência de comprovação de vínculo associativo à facção criminosa..... 323

0009973-14.2013.8.19.0003
54866 / 2016 - TJ - (AC) - Vítima com problemas cardíacos. Óbito. Alegação de medicamento vencido. Ausência de comprovação mínima do fato constitutivo do alegado direito. Recurso improvido 297

PROVEDOR
0213372-39.2014.8.19.0001
28571 / 2016 - TJ - (AC) - Exibição de documentos. Provedor. Identificação de usuários (internautas) que se pronunciaram sobre a reportagem. Ofensa à honra do apelante. Obrigação cumprida pela ré. Recurso desprovido.....262

Publicização do Direito Comercial
JORGE LOBO.....70

REABILITAÇÃO
0089001-76.2009.8.19.0001
83413 / 2013 - TJ - (AC) - Responsabilidade Civil. Matéria publicada em revista informativa de âmbito nacional. Cidadão apenado aprovado em concurso público para ingresso na Polícia Federal. Reabilitação por sentença transitada em julgado. Revolvimento da matéria. Disponibilização no acervo digitalizado. Direito ao esquecimento. Retirada do nome do autor da matéria 201

REGIME DE BENS
1552913 / 2008 - STJ - (RESP) - Separação de casal. Regime de bens: Meação. Partilha de um único bem. Quantia em dinheiro no exterior. Direito do crédito a ser executado no Brasil ou no exterior. Respeito ao princípio da soberania. Competência do juízo.....111

RESPONSABILIDADE CIVIL
0036375-96.2013.8.19.0209
37868 / 2016 - TJ - (AC) - Responsabilidade Civil. Foto de ex-jogador profissional de fu-

tebol em publicação na *internet*. Imputação da sua imagem a crime de estupro cometido por quatro atletas. Grande repercussão do ato. Indenização. Majoração 290

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA
0185965-29.2012.8.19.0001
56170 / 2015 - TJ - (AC) - Indenização. Plano de saúde dental. Consumidor. Erro da cirurgiã-dentista. Extração de dente não prevista. Agulha deixada no local da sutura. Necessidade de de cirurgia de emergência. Prova pericial relevante. Dano moral e material. Responsabilidade solidária..... 272

0013343-31.2014.8.19.0208
89123 / 2015 - TJ - (AC) - Responsabilidade civil. Publicação de livro. Nome do autor veiculado em lista de torturadores da época da ditadura. Responsabilidade solidária da editora. Dano moral 216

SEGURO
0075185-25.2013.8.19.0021
69891 / 2016 - TJ - (AC) - Ação de regresso. Acidente em malha rodoviária. Animais na pista. Contrato de seguro. Seguradora que pretende reaver indenização paga pelos danos em automóvel. Negligência da concessionária. Dever de zelar pelo eficiente serviço público. Provimento ao recurso..... 250

SEGURO SAÚDE
0012649-36.2016.8.19.0000
562 / 2016 - TJ - (CC) - Conflito Negativo de Competência. Direito do Consumidor versus Direito Civil. Contrato de Seguro de Saúde Coletivo entre banco e pessoa jurídica. Empresa contratante não é destinatária final e nem vulnerável técnica, econômica ou juridicamente. Declaração de Competência de Câmara Cível 227

TRÁFICO
0064247-34.2014.8.19.0021
3582 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Tráfico de entorpecentes. Elementos suspeitos. Mochila com drogas e rádio transmissor. Flagrante delito em comunidade. Verbete nº 70 da súmula de jurisprudência. Ausência de comprovação de vínculo associativo à facção criminosa..... 323

TUTELA
0048609-53.2016.8.19.0000
151 / 2016 - TJ - (MS) - Remoção de *blog* da *internet*. Meio lícito de expressão. Alegação de incompetência do juízo e inobservância de preceito do artigo da lei - Marco Civil da Internet. Especificação dos conteúdos ofensivos. Poder geral de cautela. Juízo cível ou criminal. Indiferença. Meio inadequado para obtenção da tutela 321

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA
0065479-81.2013.8.19.0000
3 / 2014 - TJ - (PRCV) - Uniformização de jurisprudência. Cobrança de cotas condominiais. Penhora de imóvel. O possuidor responderá com seu patrimônio, não com os bens que não lhe pertencem. Necessidade de citação daquele em nome de quem o bem está registrado. Voto vencido..... 230

VÍCIO
0043731-85.2016.8.19.0000
19883 / 2016 - TJ - (HC) - Licitação pública. Formulação de proposta comercial com preço fictício. Superfaturamento. Ausência na peça acusatória de imputações certas e determinadas ao paciente. Vício/defeito na denúncia. Inépcia da inicial. Atipicidade da conduta.Trancamento da ação penal em relação ao paciente. Fim da restrição patrimonial 315

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA
0022711-06.2014.8.19.0001
56250 / 2016 - TJ - (AC) - Responsabilidade Civil. Notícia sensacionalista em jornal. Abuso do direito à liberdade de informação jornalística. Violência doméstica. Maus-tratos contra familiares envolvendo vida pessoal de artista. Registro de ocorrência policial. Divulgação e exposição sem autorização. Limites do direito de divulgar a matéria que devem ser observados. Majoração da verba indenizatória 292

SUMÁRIO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MIN. ANTONIO CARLOS FERREIRA (65383/2013) - STJ — *HABEAS CORPUS* 134

MIN. BENEDITO GONÇALVES (1624836/2015) - STJ — RECURSO ESPECIAL - CÍVEL 128

MIN. CESAR ASFOR ROCHA (595600/2003) - STJ — RECURSO ESPECIAL - CÍVEL 170

MIN. JOEL ILAN PACIORNIK (368161/2016) - STJ — *HABEAS CORPUS* 136

MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO (1627863/2016) - STJ — RECURSO ESPECIAL - CÍVEL 149

MIN. MARCO BUZZI (1442236/2013) - STJ — RECURSO ESPECIAL - CÍVEL 118

MIN. MARIA ISABEL GALLOTTI (1552913/2008) - STJ — RECURSO ESPECIAL - CÍVEL 111

MIN. RAUL ARAÚJO (1243699/2009) - STJ — RECURSO ESPECIAL - CÍVEL 173

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DES. ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE
0036375-96.2013.8.19.0209 (37868/2016) - TJ — APELAÇÃO CÍVEL 290

DES. ANDRÉA FORTUNA TEIXEIRA
0043271-98.2016.8.19.0000 (53626/2016) - TJ — AGRAVO DE INSTRUMENTO 254

DES. ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO
0009973-14.2013.8.19.0003 (54866/2016) - TJ — APELAÇÃO CÍVEL 297

DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA
0213372-39.2014.8.19.0001 (28571/2016) - TJ — APELAÇÃO CÍVEL 262

DES. CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA
0134504-18.2012.8.19.0001 (49723/2015) - TJ APELAÇÃO CÍVEL..... 285

DES. CUSTÓDIO DE BARROS TOSTES
0315765-42.2014.8.19.0001 (65300/2015) - TJ APELAÇÃO CÍVEL..... 219

DES. EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA
0075185-25.2013.8.19.0021 (69891/2016) - TJ APELAÇÃO CÍVEL..... 250

DES. FERDINALDO DO NASCIMENTO
0022711-06.2014.8.19.0001 (56250/2016) - TJ APELAÇÃO CÍVEL..... 292

DES. FLÁVIA ROMANO DE REZENDE
0001769-84.2009.8.19.0014 (68137/2016) - TJ APELAÇÃO CÍVEL..... 191

DES. GILBERTO CLÓVIS FARIAS MATOS
0374757-59.2015.8.19.0001 (59864/2016) - TJ APELAÇÃO CÍVEL..... 257

DES. GILBERTO DUTRA MOREIRA
0413363-30.2013.8.19.0001 (89717/2014) - TJ APELAÇÃO CÍVEL..... 187

DES. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA
0006886-22.2014.8.19.0001 (2594/2016) - TJ APELAÇÃO CRIMINAL..... 303

DES. GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA
0001578-46.2006.8.19.0078 (8246/2016) - TJ APELAÇÃO CRIMINAL..... 309

DES. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO
0032479-85.2016.8.19.0000 (40359/2016) - TJ AGRAVO DE INSTRUMENTO..... 240

DES. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO
0043731-85.2016.8.19.0000 (19883/2016) - TJ *HABEAS CORPUS*..... 315

DES. JOSÉACIR LESSA GIORDANI
0432939-43.2012.8.19.0001 (90371/2015) - TJ APELAÇÃO CÍVEL..... 282

DES. JOSÉ CARLOS MALDONADO DE CARVALHO
0012649-36.2016.8.19.0000 (562/2016) - TJ CONFLITO DE COMPETÊNCIA..... 227

DES. MÁRCIA PERRINI BODART
0064247-34.2014.8.19.0021 (3582/2016) - TJ APELAÇÃO CRIMINAL..... 323

DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM
0348989-05.2013.8.19.0001 (40800/2016) - TJ APELAÇÃO CÍVEL..... 184

DES. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES
0065479-81.2013.8.19.0000 (3/2014) - TJ UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA..... 230

DES. MÁRIO ASSIS GONÇALVES
0089001-76.2009.8.19.0001 (83413/2013) - TJ APELAÇÃO CÍVEL..... 201

DES. MÔNICA DE FARIA SARDAS
0035937-39.2014.8.19.0014 (10123/2016) - TJ APELAÇÃO CÍVEL..... 264

DES. MÔNICA FELDMAN DE MATTOS
0185965-29.2012.8.19.0001 (56170/2015) - TJ APELAÇÃO CÍVEL..... 272

DES. PAULO DE TARSO NEVES
0018151-92.2014.8.19.0042 (2187/2016) - TJ APELAÇÃO CRIMINAL..... 314

DES. PLÍNIO PINTO COELHO FILHO
0013343-31.2014.8.19.0208 (89123/2015) - TJ APELAÇÃO CÍVEL..... 216

DES. ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA
0039104-06.2014.8.19.0001 (5177/2015) - TJ APELAÇÃO CÍVEL..... 181

DES. SUELY LOPES MAGALHÃES
0048609-53.2016.8.19.0000 (151/2016) - TJ MANDADO DE SEGURANÇA.....321

DES. TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES
0193501-28.2011.8.19.0001 (100397/2015) - TJ APELAÇÃO CÍVEL..... 198

DES. WILSON DO NASCIMENTO REIS
0063674-30.2014.8.19.0042 (66932/2016) - TJ APELAÇÃO CÍVEL..... 277

SUMÁRIO

(595600/2003) - STJ (RESP)	MIN. CESAR ASFOR ROCHA 170
(1552913/2008) - STJ (RESP)	MIN. MARIA ISABEL GALLOTTI 111
0009046-33.2008.8.19.0000 (1243699/2009) - STJ (RESP)	MIN. RAUL ARAÚJO 173
0159527-10.2005.8.19.0001 (65383/2013) - STJ (HC)	MIN. ANTONIO CARLOS FERREIRA 134
(1442236/2013) - STJ (RESP)	MIN. MARCO BUZZI 118
(1624836/2015) - STJ (RESP)	MIN. BENEDITO GONÇALVES 128
(368161/2016) - STJ (HC)	MIN. JOEL ILAN PACIORNIK 136
(1627863/2016) - STJ (RESP)	MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO 149
(83413/2013) - TJ (AC) 0089001-76.2009.8.19.0001	REL. DES. MÁRIO ASSIS GONÇALVES 201
0065479-81.2013.8.19.0000 (3/2014) - TJ (PRCV)	REL. DES. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES 230
0413363-30.2013.8.19.0001 (89717/2014) - TJ (AC)	REL. DES. GILBERTO DUTRA MOREIRA 187
0039104-06.2014.8.19.0001 (5177/2015) - TJ (AC)	REL. DES. ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA 181
0134504-18.2012.8.19.0001 (49723/2015) - TJ (AC)	REL. DES. CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA 285
0185965-29.2012.8.19.0001 (56170/2015) - TJ (AC)	REL. DES. MÔNICA FELDMAN DE MATTOS 272
0315765-42.2014.8.19.0001 (65300/2015) - TJ (AC)	REL. DES. CUSTÓDIO DE BARROS TOSTES 219
0013343-31.2014.8.19.0208 (89123/2015) - TJ (AC)	REL. DES. PLÍNIO PINTO COELHO FILHO 216
0432939-43.2012.8.19.0001 (90371/2015) - TJ (AC)	REL. DES. JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI 282
0193501-28.2011.8.19.0001 (100397/2015) - TJ (AC)	REL. DES. TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES 198
0048609-53.2016.8.19.0000 (151/2016) - TJ (MS)	REL. DES. SUELY LOPES MAGALHÃES 321
0012649-36.2016.8.19.0000 (562/2016) - TJ (CC)	REL. DES. JOSÉ CARLOS MALDONADO DE CARVALHO 227
0018151-92.2014.8.19.0042 (2187/2016) - TJ (ACRIM)	REL. DES. PAULO DE TARSO NEVES 314
0006886-22.2014.8.19.0001 (2594/2016) - TJ (ACRIM)	REL. DES. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA 303
0064247-34.2014.8.19.0021 (3582/2016) - TJ (ACRIM)	REL. DES. MÁRCIA PERRINI BODART 323
0001578-46.2006.8.19.0078 (8246/2016) - TJ (ACRIM)	REL. DES. GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA 309
0035937-39.2014.8.19.0014 (10123/2016) - TJ (AC)	REL. DES. MÔNICA DE FARIA SARDAS 264
0043731-85.2016.8.19.0000 (19883/2016) - TJ (HC)	REL. DES. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO 315
0213372-39.2014.8.19.0001 (28571/2016) - TJ (AC)	REL. DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA 262
0036375-96.2013.8.19.0209 (37868/2016) - TJ (AC)	REL. DES. ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE 290
0032479-85.2016.8.19.0000 (40359/2016) - TJ (AI)	REL. DES. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO 240
0348989-05.2013.8.19.0001 (40800/2016) - TJ (AC)	REL. DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM 184
0043271-98.2016.8.19.0000 (53626/2016) - TJ (AI)	REL. DES. ANDRÉA FORTUNA TEIXEIRA 254
0009973-14.2013.8.19.0003 (54866/2016) - TJ (AC)	REL. DES. ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO 297
0022711-06.2014.8.19.0001 (56250/2016) - TJ (AC)	REL. DES. FERDINALDO DO NASCIMENTO 292
0374757-59.2015.8.19.0001 (59864/2016) - TJ (AC)	REL. DES. GILBERTO CLÓVIS FARIAS MATOS 257
0063674-30.2014.8.19.0042 (66932/2016) - TJ (AC)	REL. DES. WILSON DO NASCIMENTO REIS 277
0001769-84.2009.8.19.0014 (68137/2016) - TJ (AC)	REL. DES. FLÁVIA ROMANO DE REZENDE 191
0075185-25.2013.8.19.0021 (69891/2016) - TJ (AC)	REL. DES. EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA 250

SUMÁRIO

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